



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Graz

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Graz hat als Berufungsgericht durch seine Richter Dr.Galli (Vorsitzende), Dr.Sommerauer und Mag.Tanczos in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KEG in Wien, gegen die beklagte Partei **Sparda-Bank Villach/Innsbruck reg.Gen.m.b.H.**, Bahnhofplatz 7, 9500 Villach, vertreten durch Doralt Seist Csoklich, Rechtsanwalts-Partnerschaft in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert EUR 26.000,--), infolge Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes Klagenfurt vom 18. September 2009, 21 Cg 38/09m-8, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen (**I.**) und zu Recht erkannt (**II.**):

I. Die Berufung wegen Nichtigkeit wird **verworfen**.

II. Im Übrigen wird der Berufung **keine Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen EUR 2.041,56 (darin EUR 340,26 Umsatzsteuer) an bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt jeweils EUR 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist hinsichtlich der Unterlassungsbegehren **zulässig**, hinsichtlich des Begehrens auf Urteilsveröffentlichung ist die ordentliche Revision **nicht zulässig**.

Entscheidungsgründe:

Der Kläger ist ein klagsberechtigter Verein, der Unterlassungsansprüche nach §§ 28f KSchG erhebt. Die beklagte Bank betreibt ihre Geschäfte vor allem in den Bundesländern Vorarlberg, Tirol, Kärnten und Steiermark. Sie kontrahiert auch mit Verbrauchern. Den Verträgen legt sie ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern zugrunde, die unter anderem „**Besondere Bedingungen für Fremdwährungsfinanzierung**“ enthalten.

Der Kläger begehrt, die Beklagte schuldig zu erkennen, es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie den von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt, oder in den von ihr dabei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der noch näher darzustellenden Klauseln 1-4 oder sinngleicher Klauseln zu verwenden oder sich darauf zu berufen, soweit sie in bereits geschlossenen Verträgen unzulässig vereinbart wurden. Schließlich stellt er auch noch ein auf

Urteilsveröffentlichung gestelltes Begehren.

Die Klausel 1 (*Aufwandersatzanspruch des Kreditinstituts*) widerspräche § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, aber auch § 6 Abs 2 Z 3 und § 6 Abs 3 KSchG, sowie § 6 Abs 2 Z 4 KSchG. Denn der Text umschreibe die "Kosten" nicht näher, damit wären auch von der Bank beeinflussbare Kosten denkbar. Bei den Kosten handle es sich um typischerweise bereits durch das Entgelt abgegoltene wirtschaftlichen Risiken bei der Vergabe von Krediten. Für die Klausel fehle jede sachliche Rechtfertigung. Darüber hinaus sei die Klausel intransparent. Die Klausel verletzte auch das Gebot der Zweiseitigkeit. Die Beklagte versuche unstatthaft, die vom Verbraucher bezahlten Zinsen in eine Eigenkostenkomponente (Kosten der Refinanzierung) und in einen Aufschlag dazu (Entgelt) zu zergliedern. Die Konvertierung des Fremdwährungskredits in inländische Währung führe zu einer unzumutbaren Leistungsänderung. Indem die Bank den Kredit konvertiere, fixiere sie den durch die Währungsschwankungen verursachten Währungsnachteil und sie verrechne von nun an die höheren Zinsen im Euro-Raum; die Klausel gestatte entgegen § 6 Abs 2 Z 4 KSchG eine Anhebung des Entgelts innerhalb der ersten beiden Monate nach Vertragsschluss.

Die Klausel 2 (*ordentliche Aufkündigung des*

Kreditvertrages) wertet der Verein als grob nachteilig nach § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 1 Z 1 KSchG. Die Klausel berechtigte die Beklagte ohne sachliche Rechtfertigung zur Vertragslösung, wobei das Recht weder eingeschränkt werde noch an sonstige Voraussetzungen geknüpft sei. Übe die Beklagte das Recht aus, könne der Verbraucher verhalten werden, den Kredit zurückzuzahlen, obwohl der Wert des für die Tilgung des Fremdwährungskredits angesparten Tilgungsträgers nicht einmal annähernd die Höhe der Kreditsumme erreicht habe, was zu dramatischen Verlusten im Verhältnis zu den einbezahlten Prämien führen könne. Wegen der Währungsschwankungen müsse der Verbraucher möglicherweise einen wesentlich höheren Kreditbetrag als einst übernommen zurückzahlen. Die Möglichkeit, den Kredit auch selbst kündigen zu können, räume das Gesetz dem Verbraucher bereits in § 33 Abs 8 BWG ein.

Die Klausel 3 (*Konvertierung des Fremdwährungs- in einen Euro-Kredit bei Wechselkursschwankungen oder bei Unmöglichkeit der Refinanzierung*) sieht der Verein im Konflikt mit § 879 Abs 3 ABGB, aber auch mit § 6 Abs 2 Z 3 KSchG und § 6 Abs 3 KSchG.

Bei Fremdwährungskrediten rechneten die Vertragsparteien mit Währungsschwankungen, die für

beide Parteien vorhersehbar seien und mit denen sie spekulierten. Daher fehle jeder gerechtfertigte Grund für die Beklagte, bei Eintreten des erwartbaren Risikos den Kredit konvertieren zu dürfen, zumal dann, wenn sie ein nachhaltiges Steigen des Zinssatzes undefiniert lasse. Das Recht, den Kredit in Euro-Währung zu konvertieren, vereitle den Vertragszweck und überwälze die Nachteile von Kursänderungen einseitig an den Verbraucher. Zusätzlich berechtigte die Klausel die Beklagte selbst dann dazu, den Kredit zu konvertieren, wenn der Kredit trotz der Wechselkursverluste noch ausreichend besichert sei.

Die Klausel 4 (*Zustimmung der Sicherungsgeber zur Konvertierung des Fremdwährungs- in einen Euro-Kredit*) umschreibe eine weitreichende Zustimmungsfiktion und sei deshalb grob benachteiligend, weil nicht jede Konvertierung sachlich gerechtfertigt sei; die Klausel widerspräche § 6 Abs 1 Z 9 KSchG. Konvertierungen beeinflussten im hohen Maße die Interessen der Sicherungsgeber, weil sich damit das Zinsniveau und das Währungsrisiko veränderten. Die Möglichkeit, die Verbindlichkeitspflichten gegenüber dem Sicherungsgeber abzuwälzen, dürfe nicht ohne weiteres auf Verbraucher übertragen werden. Bei unbeschränkter Möglichkeit zur Konvertierung könne auch unter Umständen das Risiko für

den Sicherungsgeber deutlich vergrößert werden, weil die Kreditschuld dann massiv anwachsen könne. Die Klausel saniere darüber hinaus unzulässige Konvertierungen durch die Bank. Denn konvertiere die Bank trotz noch genügender Sicherheiten, müsse sie davon weder den Sicherungsgeber verständigen, noch brauche der Sicherungsgeber dem zustimmen, was jeden Schadenersatz wegen einer unzulässigen Konvertierung selbst bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit der Bank ausschliesse.

Die Bank bestritt.

Die Klausel 1 (*Aufwandersatzanspruch des Kreditinstituts*) betreffe gar nicht das Entgelt, sondern nur die eigenen Kosten zur Refinanzierung des dem Verbraucher gewährten Fremdkredits. Die Bestimmung sei auch transparent, weil sie dem Verbraucher das Wahlrecht einräume, entweder die höheren Refinanzierungskosten zu ersetzen oder aber den Kredit zu konvertieren. Den Vertragsparteien stünde es frei, Refinanzierungskosten als Aufwand zu definieren. Der Verbraucher könne wählen, ob er eine höhere Marge bezahle und das Risiko von Währungsschwankungen an die Bank überwälze, oder ob er eine geringere Marge bezahlen wolle; dann müsse er dafür der Bank deren Finanzierungskosten als Aufwand stets "eins-zu-eins"

ersetzen. Die Klausel räume auch nicht der Bank, sondern allein dem Verbraucher das Recht zur Konvertierung ein.

Die Klausel 2 (*ordentliche Aufkündigung des Kreditvertrages*) sei sachlich gerechtfertigt und behandle beide Vertragsparteien gleich. Sie erhalte Fremdwährungen am internationalen Geldmarkt nur für kurze Zeit; ob sie nach Anlaufen einer Refinanzierungsvereinbarung Fremdwährung erhalte, stünde für sie nicht von vornherein fest. Die Klausel Sorge daher nur für den Fall der zufälligen nachträglichen Unmöglichkeit der Vertragserfüllung vor. Vor allem aber betreffe die Laufzeit des Kredits, die sich naturgemäß ganz wesentlich nach den ordentlichen Kündigungsmöglichkeiten richte, eine Hauptleistung, die der Kontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB entzogen sei.

Die Klausel 3 (*Konvertierung des Fremdwährungs- in einen Euro-Kredit bei Wechselkursschwankungen oder bei Unmöglichkeit der Refinanzierung*) berücksichtige das Risiko veränderter Wechselkurse einvernehmlich dahin, dass nachhaltige Kursänderung zu einer Konvertierung in Inlandswährung führten. Die Klausel diene sowohl den Interessen des Verbrauchers als auch jenen der Bank. Änderten sich die Kurse nachhaltig, verhindere die Konvertierung ein Ausufern der Verbind-

lichkeit. Sie selbst müsse ihr betriebswirtschaftliches Risiko begrenzen, wozu sie das Gesetz (BWG) und die Aufsichtsbehörde verpflichteten. Die Währungsänderungen könne sie nicht kalkulieren, weshalb sie nicht sogleich Sicherheiten in einer Höhe verlangen könne, die für jeden Fall einer künftigen nachhaltigen Wechselkursänderung ausreiche.

Die Klausel 4 (*Zustimmung des Sicherungsgebers zur Konvertierung des Fremdwährungs- in einen Euro-Kredit*) meine den Sicherungsgeber. Eine Bestimmung in Verträgen, die den Umfang der Hauptpflichten des Sicherungsgeber regle, sei der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB entzogen. Darüber hinaus sei die Klausel ohne normativen Gehalt, weil die Konvertierung als bloße Schuldänderung den Bestand der Verpflichtung des Sicherungsgebers gar nicht beeinflusse; damit berühre die Klausel gar nicht die Interessen des Sicherungsgebers, zumal er sich bewusst sein müsse, dass seine Haftungszusage eine grundlegende Voraussetzung für die Weitergewährung des Kredits auch nach einer Konvertierung in eine andere Währung sei. Gleichzeitig wahre die Klausel die Interessen des Kreditnehmers, indem sie gestattete, rasch auf Wechselkursänderungen zu reagieren. Die Pflicht, den Sicherungsgeber von Schuldänderungen verständigen zu müssen,

könne abbedungen werden. Die Klausel meine nur Konvertierungen, die im Verhältnis zum Kunden und Bank bereits wirksam geworden seien und sie erfasse nur rechtlich begründete Konvertierungen. Sei die Konvertierung unzulässig, schuldeten der Kreditnehmer und kraft Akzessorietät der Sicherheit zur Hauptschuld auch der Sicherungsgeber ohnehin nur die Rückzahlung in der „alten“ Währung.

Das Veröffentlichungsbegehren stritt die Beklagte mit dem Vorbringen ab, sie vergebe keine Fremdwährungskredite mehr und sie werde ihre Alt-Kreditnehmer (rund 250) im Falle eines Prozessverlustes verständigen, weshalb jedes Veröffentlichungsinteresse fehle.

Das Erstgericht gab dem Unterlassungs- und Veröffentlichungsbegehren statt.

Die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts wird bei Behandlung der einzelnen Klauseln wiedergegeben.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Berufung der Beklagten. Sie rügt Nichtigkeit, Mangelhaftigkeit des Verfahrens, unrichtige Beweiswürdigung und unrichtige rechtliche Beurteilung mit dem Antrag, das Urteil - allenfalls nach Beweiswiederholung und -ergänzung - dahin abzuändern, dass die Klage in allen Punkten

abgewiesen werde. Hilfsweise beantragt sie, das Urteil aufzuheben und die Sache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückzuverweisen.

Der Kläger erstattete eine Berufungsbeantwortung. Er tritt den geltend gemachten Berufungsgründen entgegen und beantragt, der Berufung keine Folge zu geben.

Die Berufung ist unberechtigt.

Zur Besetzung des Berufungsgerichtes:

Am Beginn ihres Berufungsvortrages merkt die Beklagte an, das Erstgericht hätte als Handelsgericht entscheiden sollen (Seite 2 der Berufung). Im Urteil fehlt der ausdrücklich Beisatz über die Ausübung der Gerichtsbarkeit in Handelssachen. Die Aufnahme eines derartigen Beisatzes hatten die Parteien jedoch vor dem Erstgericht nicht beantragt, sie forderten dies auch nicht für das Berufungsverfahren. Das Berufungsgericht hat daher ohne Beiziehung eines fachmännischen Laienrichters zu entscheiden (§ 479a ZPO).

Zur Nichtigkeit:

- In den Vorbemerkungen zu ihrer Berufung rügt die Beklagte, während sich das Erstgericht mit ihren Argumenten nicht einmal ansatzweise auseinander gesetzt habe, habe es das Vorbringen des Klägers wörtlich

übernommen. Darin erblickt sie einen Verstoß gegen § 6 EMRK.

Das Vorbringen betrifft den Vorwurf einer Nichtigkeit.

Der Vorwurf ist jedoch ungerechtfertigt: Obwohl das Erstgericht bei seinen Überlegungen mitunter wortgetreu auf die Überlegungen des Klägers zurückgegriffen haben mag, setzte es sich dennoch mit beiden Parteivorbringen gedanklich auseinander.

- Eine quasi unreflektierte Übernahme der Gedanken des Klägers will die Beklagte schließlich aus der „exzessiven“ Unterlassungsverfügung ableiten. Gleichlautend mit dem Begehren des Klägers habe das Erstgericht ihr das Verwenden sinngleicher Vertragsbestimmungen untersagt (Seiten 3f der Berufung). Das Erstgericht entschied jedoch übereinstimmend mit der Judikatur. Die Fassung eines Urteilsgebots hat nämlich so zu beschaffen sein, dass dem Verbotspflichtigen nicht jede Umgehung allzu leicht gemacht wird. Schon durch geringfügige Änderungen an den inkriminierten Vertragspassagen könnte ein derart erwirktes Verbot umgangen und der Verbotstitel entwertet werden. Nach ständiger Rechtsprechung ist daher eine gewisse allgemeine Fassung des Unterlassungsgebots - im Verein mit konkreten Einzelverboten - meist unvermeidbar.

Deshalb wird es als zulässig angesehen, im Besitzstörungsverfahren den Beklagten nicht nur eine konkret beschriebene Handlung zu verbieten, sondern ihm auch das Unterlassen „derartiger“ oder „ähnlicher“ Störungen aufzutragen. Für das Wettbewerbsrecht sprach der OGH aus, dass auf § 7 UWG (oder § 1330 ABGB) gestützte Unterlassungsgebote grundsätzlich eng zu fassen und auf die konkrete Behauptung sowie auf die Behauptungen gleichen Inhalts zu beschränken seien. Bestünde die Befürchtung, der Verletzer werde bei einem Verbot dessen, was er tatsächlich begangen habe, das Gleiche auf andere Weise wiederholen, wäre es nahezu sinnlos, ihm nur die konkrete Verletzungshandlung im engsten Sinn zu untersagen. Nach der Natur des Verstoßes und dem bisherigen Verhalten des Verbotspflichtigen sei eine weitere, allgemeinere Fassung des Verbots oder aber eine enge Fassung des Unterlassungsgebots mit dem Verbot „gleicher“ Verstöße gerechtfertigt. Im Verfahren über eine Verbandsklage ist eine nach ihrem Wortlaut bestimmte Vertragsklausel zu prüfen und dem Beklagten ein auf § 28 Abs 1 KSchG gestütztes Verbot der Verwendung dieser gesetz- oder sittenwidrigen Klausel aufzuerlegen. Dem dargelegten Zweck, eine Umgehung des Verbots nicht allzu leicht zu machen, kann nur entsprochen werden, wenn das Verbot

auf die Verwendung sinngleicher Klauseln ausgedehnt wird, daher auf solche, die denselben verpönten Regelungszweck zum Inhalt haben. Der Beklagte ist nicht nur verpflichtet, die bisher gewählte Formulierung einer Vertragsbedingung zu unterlassen, sondern auch die Verwendung solcher Vertragsbedingungen, die, bei anderer Formulierung, denselben verpönten Zweck anstreben (OGH 5 Ob 227/98b, ecolex 1999, 216). Der Zuspruch im Unterlassungsbegehren ist daher weder "exzessiv" noch Ausdruck einer unreflektierten Übernahme eines Parteivorbringens.

- Sollte die Beklagte die Nichtigkeit nach § 477 Abs 1 Z 9 ZPO meinen, dann ist der Vorwurf von vornherein ungerechtfertigt. Angesichts des Urteilsinhalts kann keineswegs mit Recht davon gesprochen werden, das Urteil sei so ungenügend abgefasst, dass es nicht mehr mit Sicherheit überprüft werden könne, es widerspräche sich selbst oder es enthalte gar keine Gründe für die Entscheidung (*Kodek in Rechberger*³ § 477 ZPO Rz 12).

Die Berufung wegen Nichtigkeit war in nicht öffentlicher Sitzung mit Beschluss zu verwerfen.

Zur Mangelhaftigkeit:

- Die Beklagte rügt Begründungsmängel des Urteils.

An mehreren Stellen ihrer Berufung beanstandet die Beklagte, das Erstgericht habe "dislozierte" - in der rechtlichen Beurteilung verborgene - Feststellungen getroffen. Diese Feststellungen seien unbegründet.

Diese Ausführungen betreffen die Überlegungen im Ersturteil, sie verlange von Kunden ein zusätzliches Entgelt als Gegenleistung für die Übernahme des Refinanzierungsrisikos (Seite 12 des Urteils; Seite 6 der Berufung), die Aussagen im Ersturteil, wie sich eine vorzeitige Auflösung des Kreditvertrages auf den Tilgungsträger des Kunden auswirke (Seite 15 der Entscheidung, Seite 12 der Berufung), die im Ersturteil enthaltene Annahme über das Vorliegen eines einvernehmlichen (beiderseitigen) Spekulationsgeschäfts (Seite 16 der Entscheidung; Seite 15 der Berufung), die Ausführungen über das während der 20jährigen oder längeren Vertragslaufzeit mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwartende Risiko von Währungsschwankungen (Seite 16 der Entscheidung, Seite 16 der Berufung).

Damit macht sie einen Verstoß nach § 272 ZPO geltend: Das Urteil hat offen zu legen, warum das Gericht bestimmte Tatsachen als erwiesen oder andere behauptete Tatsachen als nicht erwiesen angesehen hat. Das Fehlen einer solchen Begründung führt zu einem wesentlichen Verfahrensmangel (*Rechberger in Rech-*

*berger*³ § 272 ZPO Rz 3; *Rechberger in Fasching/Konecny*² § 272 ZPO Rz 8).

Die Beklagte nennt diese Erfordernisse zutreffend. Die angesprochenen Urteilspassagen betreffen jedoch keine Urteilsannahmen auf Basis einer Abwägung von unterschiedlichen Beweisergebnissen. Das Erstgericht zog vielmehr rechtliche Schlüsse oder es sah Tatsachen als offenkundig an. Im Ergebnis nimmt die Beklagte daher zu Unrecht einen Verstoß gegen § 272 ZPO an.

- Die Beklagte rügt einen Verstoß gegen richterliche Anleitung- und Erörterungspflichten (§ 182a ZPO).

Dieser Vorwurf betrifft abermals die Annahme im Urteil, Kreditinstitute verlangten von Kunden ein zusätzliches Entgelt als Gegenleistung für die Übernahme des Finanzierungsrisikos. Die Beklagte macht geltend, hätte das Erstgericht mit ihr den Sachverhalt erörtert, hätte sie dargelegt, dass die Refinanzierungskosten für sie ein kostenneutraler Durchlaufposten seien, sie selbst trage daher kein Risiko; demgemäß müsse der Kunde keinen Risikoaufschlag bezahlen. Zusätzlich hätte sie argumentiert, Kunden müssten eine weitaus höhere Marge für Fremdwährungskredite bezahlen, wenn sie als Kreditinstitut das Risiko der Refinanzierung hätte übernehmen sollen. Hätte das Erstgericht mit ihr den Sachverhalt erörtert, hätte sie

dafür weitere Beweismittel benannt (Seite 7 der Berufung).

Diesem Berufungsgrund subsumiert sie schließlich den Einwand, hätte das Erstgericht mit ihr die - nach den Behauptungen des Klägers - nachteiligen Konsequenzen bei vorzeitiger Auflösung des Kreditvertrages auf den Tilgungsträger erörtert, hätte sie argumentiert, dass sie die Wahl des Kunden nicht beeinflussen könne, für welchen Tilgungsträger er sich entscheide (Seite 12 der Berufung). Schließlich hätte das Erstgericht den Sachverhalt mit ihr auch dahin erörtern sollen, dass Fremdwährungskredite geradezu typischerweise Wohnraumbeschaffungskredite betreffen, weshalb sie mit ihren Kunden nach § 33 Abs. 8 BWG eine Vorfälligkeitsentschädigung hätte vereinbaren dürfen, ein Aufwand, den sich der Kunde nach der Gestaltung ihrer Klauseln erspare (Seite 13 der Berufung).

Nach den bei Behandlung der Rechtsrüge noch darzustellenden Grundsätzen sind Klauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern im kundenfeindlichsten Sinn auszulegen. Die Auslegung hat sich auch nicht daran zu orientieren, wie der Verwender die Klausel im Rechtsverkehr mit ihren Kunden tatsächlich handhabt, und ob sie auf einen statthaften Inhalt reduziert werden können (Verbot der geltungserhaltenden

Reduktion). Um dem Gebot der kundenfeindlichen Deutung zu entsprechen, kann es dem Erstgericht nicht verwehrt sein, Sachverhalte darzustellen, welche die Konsequenzen einer kundenfeindlichen Interpretation der Klauseln verdeutlichen. Es mag daher durchaus sein, dass die Beklagte ihre Refinanzierungskosten als Durchlaufkosten kalkuliert. Die Klauseln umschreiben derartiges nicht. Ebenso kommt es für Beurteilung nicht entscheidend darauf an, inwieweit eine andere Kalkulation dazu führen müsste, die kalkulierte Marge anzuheben. Ebenso wenig bestand eine Erörterungspflicht, um die nachteiligen Konsequenzen bei einer vorzeitigen Vertragsauflösung für die (bei endfälligen Krediten verwendeten) Tilgungsträger und die überwiegende Verwendung von Fremdwährungskredite als dem § 33 Abs. 8 BWG unterstellbare Kredite darzulegen. Eine kundenfeindliche Interpretation der Klausel hat eben auch nahe liegende Sachverhalte zu berücksichtigen, bei denen die im Ersturteil genannten Nachteile bei Verwendung eines Tilgungsträgers und einer vorzeitigen Vertragslösung eintreten. Dass nicht alle Fremdwährungskredite dem § 33 Abs. 8 BWG unterstellt werden können, gesteht die Beklagte selbst ein, indem sie von einer überwiegenden (jedoch nicht ausschließlichen) Konstellation ausgeht. Dass die Vereinbarung einer Vor-

fälligkeitsschädigung nicht in jedem Fall dem Gesetz (§ 33 Abs.8 BWG) entspricht, stellt der Berufungssenat noch bei Behandlung der Rechtsrüge dar. Auch diese Mangelhaftigkeit liegt daher nicht vor.

- Mit der Verfahrensrüge beanstandet die Beklagte schließlich noch die Verwerfung ihres Beweisantrages auf Beiziehung eines Sachverständigen für das Bankwesen und den Kapitalmarkt als Stoffsammlungsmangel (Seite 10 der Berufung). Sie behauptet, nach den konkreten Wettbewerbsbedingungen im Fremdwährungssegment regle die Klausel 2 (*ordentliche Aufkündigung des Kreditvertrages*) eine Vertragshauptleistung. Die Beurteilung der Hauptleistung ist jedoch Rechts- und keine Tatsachenfrage im Sinne der Ausführungen der Beklagten.

Auch der geltend gemachte Stoffsammlungsmangel liegt daher nicht vor.

Zur Aktenwidrigkeit:

Die Beklagte rügt mehrere Passagen in der rechtlichen Beurteilung des Ersturteils als aktenwidrig. Im einzelnen betreffen die Vorwürfe die

- Klausel 1 (*Aufwandersatzanspruch des Kreditinstituts*), wo sie die Annahme beanstandet, sie fordere zusätzliches Entgelt als Gegenleistung für die

Übernahme des Refinanzierungsrisikos (Seite 12 der Entscheidung);

- Klausel 2 (*ordentliche Aufkündigung des Kreditvertrages*), hier bezogen auf jene Überlegungen, mit denen das Erstgericht die Nachteile beschreibt, die eine Pflicht zur vorzeitige Rückzahlung bei endfälligen Krediten mit Tilgungsträgern auslöst (Seite 15 der Entscheidung);

- Klausel 3 (*Konvertierung des Fremdwährungs- in einen Euro-Kredit bei Wechselkursschwankungen oder bei Unmöglichkeit der Refinanzierung*), indem das Erstgericht ein "einvernehmliches Spekulationsgeschäft" unterstelle (Seite 16 der Entscheidung) und davon ausgeht, während der typisch langen Vertragsart von 20 oder mehr Jahren müsse mit "*großer Wahrscheinlichkeit*" mit "*größeren Währungsschwankungen*" gerechnet werden (Seite 16 der Entscheidung).

Der Berufungsgrund der Aktenwidrigkeit liegt jedoch in einem Widerspruch zwischen dem Akteninhalt und den die Entscheidung tragenden wesentlichen Tatsachen (*Pimmer in Fasching/Konecny*² § 467 ZPO Rz 38). Die referierten Stellen in der rechtlichen Beurteilung des Erstgerichts meinen jedoch entweder überhaupt rechtliche Schlussfolgerungen als Ergebnis eines Werturteils oder sie beziehen sich auf Tatsachen,

die das Erstgericht als offenkundig erachtet. Offenkundige Tatsachen und Erfahrungssätze sowie gerichtskundige Umstände muss das Gericht in den Prozessakten gar nicht beurkunden, um sie als Urteilsgrundlage verwerten zu dürfen. Demnach kann die Beachtung solcher Tatsachen von vornherein nicht aktenwidrig sein (*Zechner in Fasching/Konecny*² § 503 ZPO Rz 161). An einer Stelle (Seite 15 der Entscheidung) bezog sich das Erstgericht überhaupt auf Aussagen in einer Entscheidung des OGH (7 Ob 140/06y).

Der Vorwurf der Aktenwidrigkeit ist daher jedenfalls ungerechtfertigt

Zur Beweisrüge:

Die Beweisrüge dient zur Darlegung, einzelne angegriffene Feststellungen seien das Ergebnis einer unrichtigen Würdigung der aufgenommenen Beweise oder einer unrichtigen Anwendung von Erfahrungssätzen oder der Heranziehung unzutreffender Erfahrungssätze (*Kodek in Rechberger*³ § 471 ZPO Rz 8). Wie bereits gezeigt, betreffen die mit den Berufungsgründen der Mangelhaftigkeit, der Aktenwidrigkeit und nun der unrichtigen Beweiswürdigung angesprochenen, alle im Rahmen der rechtlichen Beurteilung des Erstgerichts enthaltenen Textstellen rechtliche Schlussfolgerungen und Überlegungen, die Sachverhalte vor Augen haben, um die

Konsequenzen einer kundenfeindlichen Auslegung der inkriminierten Klauseln aufzuzeigen.

Zur Rechtsrüge:

- Das Berufungsgericht geht von folgenden, vom Obersten Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung vertretenen (zuletzt beispielsweise in den Entscheidungen 4 59/09v und 5 Ob 138/09v zusammengefassten) Grundsätzen aus:

-- Wer im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er seinen Verträgen zugrunde legt, oder in hierbei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, kann nach § 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 wurde.

-- Nach § 879 Abs 3 ABGB ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Teil grob benachteiligt. Dabei ist einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die „ver-

dünnte Willensfreiheit" zu berücksichtigen. Weicht eine Klausel vom dispositiven Recht ab, liegt eine grobe Benachteiligung eines Vertragspartners im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB schon dann vor, wenn es für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung gibt. Das ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht (RIS-Justiz RS0016914): Die Beurteilung, ob eine Klausel den Vertragspartner grob benachteiligt, orientiert sich am dispositiven Recht, das als Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs für den Durchschnittsfall dient (RIS-Justiz RS0014676).

-- Die Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB beschränkt sich auf Nebenbestimmungen. Sie erfasst nicht die Hauptleistungspflicht, für die in den §§ 879 Abs 2 Z 4 und 934 ABGB spezielle Regelungen enthalten sind. Lehre und Rechtsprechung ziehen die Abgrenzung der Haupt- von den Neben-(Leistungs-)Pflichten so, dass die Ausnahmen dieser Gesetzesbestimmung möglichst eng verstanden werden. Hauptpunkte sind daher nur diejenigen Vertragsbestandteile, welche die individuelle zahlenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistungen festlegen. Bestimmungen, welche die Preisberechnung in allgemeiner Form regeln, fallen demgegenüber nicht

unter die Ausnahme von der Inhaltskontrolle im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB. Auch die im dispositiven Recht geregelten Modalitäten der Hauptleistung, also vor allem Ort und Zeit der Vertragserfüllung, gehören nicht zu dieser Ausnahme (RIS-Justiz RS0016908; RS0016931). Klauseln, die das eigentliche Leistungsversprechen einschränken, verändern oder aushöhlen, unterliegen ebenfalls der Inhaltskontrolle (6 Ob 253/07k).

-- Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Durch diese Bestimmung wurde die Vertragsklausel-RL 93/13/EWG umgesetzt und damit ausdrücklich das so genannte Transparenzgebot für Verbrauchergeschäfte normiert. Dieses soll dem Kunden ermöglichen, sich aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsbestandteilen zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren. Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden. Es soll verhindert werden, dass der Verbraucher durch ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird.

-- Bei Klagen nach § 28 KSchG hat die Auslegung

der Klausel im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen.
Auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Klausel darf nicht Rücksicht genommen werden; eine geltungserhaltende Reduktion scheidet aus (RIS-Justiz RS0038205; RS0016590 [T1, T15]). Unmaßgeblich ist dabei, ob allenfalls auch eine kundenfreundliche Auslegung denkbar ist (OGH 5 Ob 138/09v).

-- Maßgeblich für die Qualifikation einer Klausel als „eigenständig“ im Sinne des § 6 KSchG ist nicht die Gliederung des Klauselwerks. Es können vielmehr auch zwei unabhängige Regelungen in einem Punkt oder sogar in einem Satz der Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sein. Es kommt darauf an, ob ein materiell eigenständiger Regelungsbereich vorliegt. Das ist dann der Fall, wenn die Bestimmungen isoliert von einander wahrgenommen werden können (RIS-Justiz RS0121187).

- Zu den einzelnen Klauseln:

-- Zur Klausel 1 (*Aufwandsersatzanspruch des Kreditinstituts*):

„Bei Eintritt von Umständen, welche die Kosten für die Bereitstellung, Aufrechterhaltung oder Refinanzierung des Kredits erhöhen sollten, wird der Kreditnehmer entweder die erhöhten Kosten zu den jeweiligen Zinsfälligkeiten bezahlen oder von der Möglichkeit Gebrauch machen, den Kredit unter Einhaltung einer angemessenen Frist in Euro zu konvertieren.“

Nach der Beurteilung des Erstgerichts widerspricht diese Klausel § 6 Abs 1 Z 5 KSchG (Entgeltänderung), § 6 Abs 2 Z 3 KSchG (Leistungsänderung), § 6 Abs 2 Z 4 KSchG (kurzfristige Entgeltänderung) und § 6 Abs 3 KSchG (Transparenzgebot). Zusammenfassend meint das Erstgericht, die Klausel definiere die Umstände nicht, die für die Entgeltänderung maßgebend seien. Der Text der Klausel erlaube den Rückgriff auf Umstände, welche der Verwender der Klausel selbst zu vertreten habe. Für die Klausel fehle jede wirtschaftliche Rechtfertigung, weil Währungsschwankungen das typische Risiko bei Fremdwährungskrediten betreffen. Außerdem denke die Regelung nur an das Erhöhen des Entgelts. Berufe sich der Verwender auf die Klausel, so fixiere er das Währungsrisiko als typisches Risiko von Fremdwährungskrediten zum Nachteil des Verbrauchers. Außerdem könne der Verwender der Klausel eine Entgeltänderung innerhalb von zwei Monaten nach Vertragsabschluss erreichen. Vor allem sei die Klausel intransparent.

Die Beklagte sieht in ihrer Berufung die Regeln über einseitige Preisänderungen schon deshalb für unanwendbar, weil die Klausel keine Änderung des Entgelts betreffe, sondern Aussagen über den Aufwandsersatz mache. Der Aufwandsersatz gleiche zusätzliche,

spezifisch für das einzelne Vertragsverhältnis entstandene Aufwendungen aus; derartige Aufwendungen seien bei einem Vertragsteil nur Durchlaufposten, der andere müsse sie „eins-zu-eins“ ersetzen. Allein die Parteienvereinbarung zöge die Grenze, was Gegenleistung (Entgelt) und was Aufwand sei. Fremdwährungskredite näherten sich inhaltlich einer Einkaufskommission über die fremde Währung, weshalb die Parteien vertraglich bestimmen könnten, die Refinanzierungskosten als Aufwand zu definieren, den der Kunde eben stets im Verhältnis "eins-zu-eins" zu ersetzen habe. Wenn der Ministerialentwurf zur Umsetzung der Richtlinie 2008/48/EG künftig Kosten und Gebühren als Entgelt qualifizieren wolle, belege dies, dass nach derzeitiger Rechtslage die Parteien vertraglich selbst die Grenze von Kosten und Gebühren einerseits, andererseits des Entgelts festlegen könnten. Die Vertragsautonomie erlaube Verbrauchern zu wählen, ob sie entweder für die Überwälzung des Refinanzierungsrisikos an die Bank eine höhere Marge zahlen wollen oder ob sie der Bank eine geringere Marge zahlen und dafür die Refinanzierungskosten als Aufwand tragen müssen. Dementsprechend setzten sich die dem Verbraucher verrechneten Zinsen aus (von Laufzeit und Fremdwährung abhängigem) Libor, dem von ihr selbst auszulegenden Refinanzierungsauf-

schlag und erst zuletzt aus ihrer Marge zusammen. Nach dieser branchenüblichen, auch von ihr verwendeten Konstruktion gliederten sich die Zinsen in einem Teil in das Entgelt und in dem anderen Teil in den Aufwandsersatz.

Obwohl § 6 Abs 1 Z 5 KSchG für den Aufwandsersatz unanwendbar sei, wahre die Klausel die Interessen der Verbraucher. Die Zweiseitigkeit folge schon aus dem Wesen des Aufwandsersatzes: Der Verbraucher partizipiere im Verhältnis „eins-zu-eins“ an niedrigeren Kosten. § 6 Abs 2 Z 3 KSchG sei dagegen schlicht unanwendbar, weil die Klausel nicht dem Verwender, sondern dem Kunden (Verbraucher) ein Wahlrecht einräume; sie habe dagegen kein Wahlrecht, sondern nur die Möglichkeit, den Aufwandsersatz zu fordern. Die Klausel sei auch nicht intransparent, weil sie dem Verbraucher die Wahl eröffne, entweder den höheren Aufwand zu tragen oder den Kredit in Inlandswährung zu konvertieren. Im Fall der Bestreitung müsse sie dagegen ohnehin die konkreten Refinanzierungskosten nachweisen. Da die künftigen Aufwendungen für die Refinanzierung unwägbar seien, könne sie die Klausel nicht konkreter fassen.

Das Berufungsgericht hält den Berufungsvortrag für nicht stichhältig.

§ 6 Abs 1 Z 5 KSchG (Entgeltänderung) behandelt insbesondere Preisänderungsklauseln, die zwar das Bedürfnis des Unternehmers anerkennen, das Entgelt für Vertragsleistungen bei Eintritt bestimmter Umstände einseitig ändern zu können, sie knüpfen daran aber gewisse Voraussetzungen. Zutreffend betont die Beklagte in ihrer Berufung, die Norm meine nur das Entgelt für Leistungen des Unternehmers, daher nicht „Kosten und Aufwendungen“. Kosten und Aufwendungen, die dem Unternehmer entstehen, jedoch Gegenstand der Preiskalkulation sind, spielen bei der Frage nach dem Entgeltbegriff dieser Norm allerdings bestenfalls als ausgewiesene Umstände für die Berechnung der Preiserhöhung eine Rolle; ansonsten zählen sie zum verlangten Preis. Freilich werden mitunter neben dem Entgelt zusätzlich diverse Kosten und Aufwendungen verrechnet, beispielsweise Kosten, die mit der Vertragsabwicklung im Zusammenhang stehen, wie Versicherungs-, Transport- oder Verpackungs- und Nachnahmekosten. Auch Kosten für Sonder- und Nebenleistungen gehören hierher. Der Anfall solcher Kosten stellt keine Entgelterhöhung dar, solange der Unternehmer nicht versucht, eine Preiserhöhung zu umgehen, indem er eigentlich zum Preis gehörende Kosten hinzurechnet. Ob ein derartiger Fall vorliegt, ist im Einzelfall zu prüfen. Was

typischerweise zum Bereich des Geschuldeten gehört und dementsprechend typischerweise mit dem Preis entgolten wird, darf nicht zum Gegenstand gesonderter Kostenverrechnungen gemacht werden (*Krejci in Rummel*³ § 6 KSchG Rz 80).

Die Zinsen für gewährte Kredite sind typisches Entgelt. Ob eine Leistung einen Zins darstellt oder nicht, kann sich nie nach ihrer Bezeichnung („Gebühr“, „Provision“, „Spesen“ etc.) richten, sondern immer nur nach ihrem wahren wirtschaftlichen Zweck. Keine Zinsen sind daher Vergütungen für besondere Leistungen (Aufwendungen) bei der Kapitalbeschaffung und -auszahlung wie Bereitstellungs-„Zinsen“ und echte Bearbeitungs- und Verwaltungsentgelte. Die dahin lautenden Überlegungen in der Berufung sind daher nicht von Anfang an unbegründet. Dagegen gehört zu den Zinsen beispielsweise ein zur Senkung des Nominalzinses führendes Disagio, weil es sich in der Bankenpraxis zu einem Rechenfaktor für die Zinsbemessung entwickelt hat (*Knops in Derleder/Knops/Bamberg, Handbuch Bankrecht*², 368).

Zinsen für Fremdwährungskredite werden in der Regel durch einen Aufschlag auf den Libor festgesetzt. Der Libor ist dabei der Wert, mit dem die Bank in diese Währung refinanziert. Der Aufschlag zum Libor entspricht der Marge der Bank. Mit den dabei oft ver-

wendeten Rundungsklauseln für die Zinshöhe war der OGH bereits mehrfach konfrontiert (OGH 7 Ob 207/04y, ÖBA 2005/1260; RIS-Justiz RS0117240). Auch in den im Prozess zitierten Verfahren über die Zinsgleitklauseln war die Zuordnung der Zinsen als Entgelt nie Streitpunkt. Das Berufungsgericht sieht keinen Grund für eine davon abweichende Wertung, dies vor allem deshalb, weil die von der Beklagten verwendeten Klauseln die fraglichen Kosten nicht als Aufwand begreifbar machen, der dem Verwender der Klausel gerade bei der Abwicklung des konkreten Vertrages entsteht und den der Verbraucher im Verhältnis „eins-zu-eins“ zu ersetzen habe. Der Kläger hält der von der Beklagten in diesem Zusammenhang genannten Literaturstelle (*Iro in Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II Rz 1/203, Kommentierung zu Punkt 46 ABB [Aufwandersatz]) überzeugend entgegen, die Refinanzierungskosten könnten gar nie genau den einzelnen Vertrag zuordenbar den wahren Aufwand der Bank meinen.

Sobald die in der Klausel genannten Kosten als Entgelt begriffen werden müssen, ist der Konflikt mit § 6 Abs 1 Z 5 KSchG unvermeidbar: Abweichend von der noch in erster Instanz aufgestellten Behauptung gilt die Norm auch für Dauerschuldverhältnisse (OGH 3 Ob 180/08d, RdW 2009/357). Um statthaft zu sein, muss die Preisänderungsklausel ausdrücklich vorsehen, dass

beim Eintritt der vereinbarten Umstände in gleicher Weise wie eine Erhöhung des Entgelts auch eine Reduktion des Entgelts erfolgen muss (Symmetriegebot). Die von der Beklagten verwendeten Klauseln missachten dieses Gebot. Für den Erfolg oder Misserfolg des Unterlassungsbegehrens in dem vom Kläger angestregten Prozess interessiert dagegen nicht, wie die Beklagte die Klausel tatsächlich anwendet, daher auch nicht, ob sie Kunden an den verminderten Kosten partizipieren lässt. Vielmehr entscheidet, dass die Klausel selbst keine derartige Aussage trifft.

Vor allem aber enthält die Klausel keine vertragliche Umschreibung der Umstände, die zu einer Entgeltänderung führen können. Die Lehre bezeichnet § 6 Abs 1 Z 5 KSchG mitunter - im Verhältnis zu § 6 Abs 3 KSchG - als „*kleines Transparenzgebot*“. Danach wird nach einem strengen Maßstab verlangt, dass die für eine Änderung maßgebenden Umstände vollständig, möglichst genau und im Fall des Zusammenwirkens mehrerer Faktoren auch in ihrer Gewichtung zueinander beschrieben werden (*Eccher in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang*³ § 6 Abs 1 Z 5 KSchG Rz 4). Der ganz generelle Hinweis auf nicht näher definierte Kosten für die Bereitstellung, Aufrechterhaltung oder Refinanzierung enthält keine Beschreibung der maßgebenden Umstände

nach den vorhin erwähnten Kriterien.

Darüber hinaus gestattet § 6 Abs 1 Z 5 KSchG Entgeltänderungen nur bei Eintreten von Umständen, die vom Willen des Unternehmers unabhängig sind. Der Wortlaut der von der Beklagten verwendeten Klausel erlaubt die Berücksichtigung von Umständen, welche sie zu vertreten hat, etwa, wenn die angesprochenen Kosten innerbetriebliche Ereignisse betreffen.

Die Beklagte setzt sich in ihrer Berufung mit § 6 Abs 2 Z 4 KSchG (kurzfristige Entgeltänderungen) nur insoweit auseinander, als sie abstreitet, die Klausel enthalte Aussagen über das Entgelt. Sobald jedoch die in der Klausel genannten Kosten als Entgelt begriffen werden, widerspricht der Klauselinhalt auch § 6 Abs 2 Z 4 KSchG. Die genannte Norm will verhindern, dass der Verbraucher mit einseitigen Entgelterhöhungen für eine kurz nach Vertragsabschluss zu erbringende Leistung überrascht wird. Auch diese Bestimmung gilt sowohl für Ziel- als auch für Dauerschuldverhältnisse (*Eccher Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 6 Abs 2 Z 4 KSchG Rz 1*).

Die Beklagte versucht vergebens einen Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG (Transparenzgebot) abzustreiten.

Eine in allgemeinen Geschäftsbedingungen oder

Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung ist nach § 6 Abs 3 KSchG unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Das Transparenzgebot soll, wie bereits einleitend ausgeführt, dem Kunden ermöglichen, sich aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren (4 Ob 28/01y, ÖBA 2001/977). Insbesondere darf der Verbraucher durch die Formulierung einer Klausel nicht von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten werden. Dadurch sollen nicht nur gesetzwidrige Klauseln verboten, sondern auch jene Klauseln beseitigt werden, die dem Verbraucher ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild von seiner vertraglichen Position vermitteln (4 Ob 179/02f, ÖBA 2003/1090).

Die Klausel definiert die kostenerhöhenden Umstände nur durch allgemeine Beschreibungen: Kosten für die Bereitstellung, Aufrechterhaltung oder Refinanzierung des Kredits. Der Verwender der Klausel erlaubt dem Verbraucher daher keine überlegte Wahl, ob er erhöhte Kosten tragen oder ob er für eine Konvertierung des Kredits in inländischer Währung optieren will, weil er weder die Rechtmäßigkeit der Erhöhung, deren Angemessenheit beurteilen oder für die Zukunft abschätzen kann, ob der Kostenfaktor kurz- oder

längerfristig wirkt und wie er sich in der Zukunft entwickeln könnte.

-- Zur Klausel 2 (*ordentliche Aufkündigung des Kreditvertrags*):

"Das Kreditverhältnis kann unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten jeweils zum Ende einer Zins- bzw. Abschlussperiode schriftlich von beiden Seiten gekündigt werden."

Das Erstgericht beanstandete die der Bank eingeräumte Möglichkeit, das befristete Dauerschuldverhältnis grundlos zu kündigen. Die Klausel knüpfe das Recht der Bank zur Aufkündigung an keine weiteren Voraussetzungen. Die Aufkündigung könne daher auch zur Unzeit geschehen. Kündige die Bank einen endfälligen Kredit mit Tilgungsträger zu einem Zeitpunkt, zu dem der angesparte Wert beim Tilgungsträger nicht einmal annähernd die Höhe der Kreditsumme erreicht habe, müsse der Verbraucher den Tilgungsträger unter erheblicher Kostenmehrbelastung vorzeitig lösen und er müsse wegen des dann verwirklichten Währungsrisikos einen höheren Kredit als einst aufgenommen zurückzahlen. Die Klausel vereitle dadurch geradezu den Vertragszweck, nämlich die Gewährung eines günstigen Kredits. Dass die Klausel auch den Verbraucher zur Vertragslösung berechtige, hebe den Vorwurf der Sittenwidrigkeit nicht auf, weil bereits das Gesetz ein derartiges Recht des Verbrau-

chers in § 33 Abs 8 BWG festschreibe. Zusätzlich sei die unbeschränkte Möglichkeit, den Vertrag durch ordentliche Kündigung zu lösen, mit § 6 Abs 1 Z 1 KSchG unvereinbar.

Die Beklagte argumentiert dagegen in der Berufung, § 879 Abs 3 ABGB bezöge sich nur auf Preisnebenabsprachen. Nach den konkreten Wettbewerbsbedingungen im betroffenen Marktsegment beträfe die Laufzeit des Kredits, die sich naturgemäß ganz wesentlich nach den ordentlichen Kündigungsmöglichkeiten richte, eine Hauptleistung. Unabhängig davon sei die Klausel wegen der Art der Refinanzierung sachlich gerechtfertigt. Denn der Klauselinhalt Sorge nur für den Fall der nachträglich unmöglichen Vertragserfüllung vor. Der Klauselinhalt wahre auch den Aspekt der Zweiseitigkeit. Denn nicht nur sie, sondern auch der Verbraucher sei zur ordentlichen Aufkündigung ohne Anführen von Gründen berechtigt. § 33 Abs 8 BWG erlaube dagegen der Bank, vom Verbraucher eine "Vorfälligkeitsentschädigung" zu verlangen. Der Inhalt der Klausel erspare daher dem Verbraucher, eine derartige Vorfälligkeitsentschädigung bei Ausübung seines Kündigungsrechts zu bezahlen. Der Hinweis auf § 6 Abs 2 Z 1 KSchG versage schon deshalb, weil diese Norm auf die ordentliche Aufkündigung von Dauerschuldverhältnissen unanwendbar sei. Das Erstge-

richt berufe sich zu Unrecht auf die Entscheidung OGH 5 Ob 266/02g. Denn dort habe der OGH gerade einen Fall einer außerordentlichen Kündigung abgehandelt.

Auch in diesem Punkt hält das Berufungsgericht die von der Beklagten vorgetragene Argumente für nicht stichhältig:

Die Klausel verletzt § 6 Abs 2 Z 1 KSchG. Die Regelungen sind in Vertragsformblättern oder allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten und daher jedenfalls nicht gesondert ausverhandelt.

Die Beklagte will die Norm allein auf Zielschuldverhältnisse anwenden. Sie hat nur insoweit recht, als die ordentliche Kündigung von Dauerschuldverhältnissen ohne wichtige Gründe durch die Bestimmung in § 6 Abs 2 Z 1 KSchG nicht berührt wird. Prinzipiell gilt die Norm aber sowohl für Ziel- als auch für Dauerschuldverhältnisse, wenn der Unternehmer eine vertragliche Vereinbarung ohne sachliche Gründe beenden darf. Der in § 6 Abs 2 Z 1 KSchG verwendete Begriff „Rücktritt“ ist insoweit auch auf ähnlich der Vertragsbeendigung dienende Rechtsinstitute - etwa: Kündigung - anzuwenden. Ein davon abweichendes Verständnis eröffnete allzu leicht Umgehungsmöglichkeiten. Freilich kann bei Dauerschuldverhältnissen ein einseitiger Rücktritt durch den Unternehmer eher als bei Zielschuldverhältnissen gerechtfertigt

tigt sein. Damit entscheidet die Differenzierung zwischen Ziel- und Dauerschuldverhältnisse nicht über die Anwendbarkeit und Unanwendbarkeit der Norm, sondern nur über die sachliche Rechtfertigung der Regelung (*Schurr in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang*³ § 6 Abs 2 Z 1 KSchG R 6). Die Klausel, wonach ein befristetes Dauerschuldverhältnis ohne wichtige Gründe gekündigt werden kann, widerspricht daher § 6 Abs 2 Z 1 KSchG (*Apathy in Schwimann*³ § 6 KSchG Rz 66 unter Hinweis auf Graff, ÖBA 1989, 965). *Krejci (in Rummel*³ § 6 KSchG Rz 159) nimmt zwar an, die ordentliche Kündigung bedürfe prinzipiell keiner sachlichen Rechtfertigung, sie sei nur durch das Verbot der Kündigung zur Unzeit beschränkt. Aber auch er hält fest: *„Die Vereinbarung eines jederzeit ausübaren Kündigungsrechts mit sofortiger Lösungswirkung ohne wichtigen Grund kann eine ungebührliche Lockerung der Vertragstreue darstellen“*. Um nichts anderes geht es bei der vorliegenden Klausel: Das Vertragsverhältnis kann – freilich von beiden Vertragsteilen – unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist ohne Angabe von Gründen gekündigt werden. Der OGH beurteilte in der Entscheidung 5 Ob 266/02g (ÖBA 2003/1106 = SZ 2002/154) eine Klausel, welche die sofortige Kündigung des Kreditverhältnisses aus wichtigem Grund gestattete. Als wichtige Gründe waren dort angeführt: Wesentliche

Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen eines Kreditnehmers oder eines etwaigen Bürgen, unrichtige Angaben des Kreditnehmers oder Bürgen gegenüber der Bank, Unterlassung von nach den Bedingungen verpflichtenden Meldungen (etwa des Wechsels von Wohnsitz oder Arbeitgeber) und Tod des Arbeitnehmers oder Bürgen. Der OGH hielt die Klausel dennoch für sachlich ungerechtfertigt, weil sie - bei der geforderten kundenfeindlichsten Auslegung - eine vorzeitige Kündigung bei Eintritt dieser Umstände schlechthin ermögliche, ohne dass es auf die nach allgemeinen Grundsätzen erforderliche Gefährdung der Rechtsstellung der Bank ankomme. In der Entscheidung 4 Ob 221/06p (ÖBA 2007/1450; *Gehring*, Verbraucherschutz als Gerechtigkeitserfordernis?, RdW 2008/10) schrieb der OGH diese Wertung fort. Die in jener Entscheidung beurteilten Klauseln erlaubten etwa die vorzeitige Fälligestellung entgegen § 13 KSchG schon bei Verzug mit einem ganz geringfügigen Teil der vereinbarten Rate (ohne qualifizierte Mahnung) oder nach unrichtigen (unvollständigen) Angabe und Auskünften selbst dann, wenn die unrichtige Angaben keine erkennbare Bedeutung für die Kreditgewährung hatten: Schlage eine unrichtige Angabe für den Vertragsabschluss nicht aus, hätte die Bank den Kreditvertrag auch in Kenntnis des wahren Sachverhalts abgeschlossen, dann fehle nach

allgemeinen Grundsätzen ein wichtiger Grund für eine vorzeitige Vertragslösung; die vorzeitige Fälligkeitstellung des Kredits sei sachlich ungerechtfertigt und verstoße grob gegen die Interessen des Kreditnehmers.

Die in der Entscheidung des OGH ausgedrückte Wertung kann hier nicht unbedacht bleiben: Die Beklagte wendet zwar zutreffend ein, dass die genannte Entscheidung den Fall einer vorzeitigen Aufkündigung betraf. Wenn jedoch bereits die vorzeitige Aufkündigung einer sachlichen Rechtfertigung bedarf, dann muss dies umso eher für eine ordentliche Aufkündigung befristeter Dauerschuldverhältnisse gelten. In 4 Ob 221/06p urteilte der OGH, die in der dort behandelten Klausel genannten Umstände seien durchaus geeignet, das Vertrauen der Bank in die Kreditwürdigkeit des Kreditnehmers zu erschüttern; diese Erkenntnis ändere nichts daran, dass der für eine vorzeitige Beendigung erforderliche wichtige Grund erst dann verwirklicht sei, wenn der in der Klausel angeführte Umstand die Erfüllung der Verbindlichkeit gegenüber der Bank tatsächlich gefährden können. Diese Gedanken müssen um so eher für eine grundlose Kündigung eines befristeten Dauerschuldverhältnisses gelten.

Der Hinweis, dass die Klausel auch den Verbraucher zur ordentlichen Aufkündigung berechtigte, ohne

dass sie von ihm dafür ein zusätzliches Entgelt (Vorfälligkeitsentschädigung) begehre, entscheidet die Auslegung keineswegs zugunsten der Beklagten. Zunächst gilt das Verbot nach § 6 Abs 2 Z 1 KSchG ganz allgemein auch dann, wenn die Klausel dem Verbraucher ein gleiches Rücktrittsrecht einräumt (*Apathy in Schwimann*³ § 6 KSchG Rz 64). Vor allem aber weist das Erstgericht richtig auf § 38 Abs 8 BWG hin:

In seiner Leitentscheidung 4 Ob 60/06m (*ecolex* 2006/321 = ÖBA 2006/1364; *Kellner*, Die gemäß § 33 Abs. 8 BWG zulässige Beschränkungen des Rechts auf vorzeitige Rückzahlung von Verbraucherkrediten, ÖBA 2006, 661; derselbe, Zu Zulässigkeit und Höhe von Vorfälligkeitsentschädigungen nach § 33 Abs. 8 BWG, ÖBA 2008, 117) fand der OGH zu einem Auslegungsergebnis, das in der Lehre zwar nicht uneingeschränkte Zustimmung fand, von dem abzugehen der Berufungssenat jedoch keinen Anlass findet, zumal der OGH auch in einer späteren Entscheidung (10 Ob 67/06k) kein Abweichen von dieser Auslegung erwog.

Nach den tragenden Gründen der genannten Entscheidung kann eine Vorfälligkeitsentschädigung von einem Kreditinstitut nur dann verrechnet werden, wenn es sich um einen Kredit zur Schaffung und Sanierung von Gebäuden mit einer Laufzeit von zumindest 10 Jahren

oder einem hypothekarisch gesicherten Kredit handelt, und wenn zulässigerweise eine Kündigungsfrist nach § 33 Abs. 8 Z 1 KSchG (höchstens 6 Monate) oder Z 2 leg. cit. (Dauer der Festzinsperiode) vereinbart wurde und wenn der Verbraucher diese Kündigungsfrist nicht einhält. Verzichtet dagegen das Kreditinstitut beispielsweise von vornherein auf eine mögliche Befristung, indem es mit dem Kreditnehmer keine Kündigungsfrist nach § 33 Abs. 8 Z 1 oder Z 2 BWG vereinbart, oder hält der Verbraucher die vereinbarte Kündigungsfrist ohnehin ein, dann kann das Kreditinstitut keine Vorfälligkeitsentschädigung für den Fall vereinbaren, dass der Verbraucher seine Schulden aus einem Kredit ganz oder teilweise vorzeitig zurückzahlt.

Nach § 33 Abs. 8 Satz 1 BWG muss die Bank ja prinzipiell die vorzeitige Rückzahlung uneingeschränkt dulden. Für Kredite zur Schaffung und Sanierung von Gebäuden und für hypothekarisch gesicherte Kredite werden in § 33 Abs. 8 Satz 4 BWG bestimmte Befristungen erlaubt. Wird eine Kündigungsfrist vereinbart, so entsteht eine zeitliche Bindung des Verbrauchers. Das Ausmaß dieser Bindung wird dann durch § 33 Abs. 8 Z 1 und Z 2 BWG lediglich zeitlich beschränkt. Für die Entlassung aus dieser Bindung kann eine besondere Entschädigung vereinbart werden. Erst das Erfordernis einer vor-

her (zulässig) vereinbarten Kündigungsfrist sichert den Schutz der Gesetzesbestimmungen: Sind Befristung und Vorfälligkeitsentschädigung vereinbart, dann kann der Verbraucher die für ihn günstigere Variante wählen. Selbst eine unangemessen hohe Vorfälligkeitsentschädigung schadet daher im Ergebnis nicht. Ist nur eine Befristung vereinbart, so hat der Verbraucher zumindest den Schutz des § 33 Abs. 8 Satz 4 BWG; nach Ablauf der danach zulässigen Frist ist er frei. Könnte dagegen eine Vorfälligkeitsentschädigung unabhängig von einer Kündigungsfrist vereinbart werden, so gebe es diesen Ausweg nicht mehr. Ein Verbraucher, der sich von einem Kredit lösen will, wäre zunächst der Berechnung der Gebühr der Bank ausgesetzt und könnte nur (mit ungewissem Ausgang) deren Höhe bekämpfen.

Eine Vorfälligkeitsentschädigung darf nach alledem von einem Kreditinstitut nicht vereinbart werden,

-- wenn es sich nicht um einen Kredit zur Schaffung und Sanierung von Gebäuden mit einer Laufzeit von zumindest 10 Jahren oder einem hypothekarisch gesicherten Kredit handelt, oder

-- wenn keine Kündigungsfrist im Sinne von § 33 Abs. 8 Z 1 oder Z 2 BWG vereinbart wurde, das Kreditinstitut also auf eine mögliche Befristung von vornherein verzichtet, oder

-- wenn die Vereinbarung einer Kündigungsfrist nicht gemäß § 33 Abs. 8 Z 1 oder Z 2 BWG erfolgte und daher unzulässig war oder

-- für den Fall, dass der Verbraucher die vereinbarte Kündigungsfrist einhält (vgl. das zutreffende Resümee über die Auswirkungen des Urteils 4 Ob 60/06m in VR Info 2006 H6, 3).

Die Beklagte geht damit zu Unrecht aus, sie begünstige den Verbraucher durch die Klausel, weil er sonst nach § 33 Abs 8 BWG immer damit konfrontiert sein müsse, dass die Bank bei vorzeitiger Lösung von ihm eine Vorfälligkeitsentschädigung verlangen könne. Die Klausel differenziert auch gar nicht zwischen den Fällen der erlaubten und unerlaubten Vereinbarung von Vorfälligkeitsentschädigungen.

Zu Unrecht widersetzt sich die Beklagte auch der Beurteilung nach § 879 Abs 3 ABGB: Betreffen Nebenbestimmungen in AGB oder Vertragsformblätter nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen, dann erklärt § 879 Abs 3 ABGB solche Bestimmungen schon deshalb für nichtig, wenn sie grob benachteiligend sind. Für die Bestimmung des Umfangs der von der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB ausgenommenen Hauptleistung fordert die Rechtsprechung eine enge Auslegung; dies wurde einleitend schon gezeigt. § 879 Abs 3 ABGB meint daher

eher die in § 885 ABGB genannten Hauptpunkte, also diejenigen Bestandteile des Vertrages, welche die Parteien vereinbaren müssen, damit überhaupt eine hinreichend bestimmte Vereinbarung zustande kommt (*Krejci in Rummel*³ § 879 ABGB Rz 283). Ort und Zeit der Vertragserfüllung fallen nicht unter diese Ausnahme; auch darauf wurde schon einleitend hingewiesen.

Die zu § 6 Abs 1 Z 1 KSchG genannten Kriterien gelten auch für die Beurteilung der groben Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB. Die Klausel enthält keinerlei Voraussetzungen für die Ausübung des ordentlichen Kündigungsrechts durch die Bank. Die Kündigung wird daher auch nicht durch die Kündigung zur Unzeit eingeschränkt. Die im Ersturteil genannten Kriterien für die Unzeit sind zwar nicht zwingend. Die Klausel verhindert aber auch nicht, dass die Bank auf solche Umstände gar nicht achtet. Wie bereits mehrfach erwähnt, entscheidet die kundenfeindlichste Interpretation der Klausel, nicht aber, wie die Beklagte die Klausel konkret im Vertragsverhältnis mit einzelnen Kunden handhabt.

-- Klausel 3 (*Konvertierung des Fremdwährungs- in einen Euro-Kredit bei Wechselkursschwankungen oder bei Unmöglichkeit der Refinanzierung*):

„Sollten jedoch die Wechselkurse im Verhältnis zu dem zum Zeitpunkt der Kreditaufnahme gültigen Wechsel-

kurse nachhaltig steigen oder sollte aufgrund gesetzlicher bzw. anderer nicht im Einflussbereich der Bank stehenden Faktoren sich eine Refinanzierung als unmöglich erweisen, so ist die Bank berechtigt, aber nicht verpflichtet, ohne besondere Zustimmung des Kreditnehmers oder (des) Sicherungsgeber(s) den jeweils aushaftenden Währungssaldo in EUR so konvertieren oder auf einem gesonderten Konto zur Verfügung zu stellen.“

Das Erstgericht nimmt einen Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB an. Denn Fremdwährungskredite seien letztlich einvernehmliche Spekulationsgeschäfte. Über die typische Vertragslaufzeit von 20 Jahren oder mehr sei mit hoher Wahrscheinlichkeit mit größeren Währungsschwankungen zu rechnen. Derartige Änderungen wären für beide Parteien von vornherein erwartbar gewesen. Deshalb bestehe kein Grund für ein Recht der Bank, bei Eintreten des vorhersehbaren und akzeptierten Risikos den Kredit zu konvertieren, dies insbesondere dann, wenn die Klausel die *"nachhaltige"* Steigerung des Zinsatzes nicht näher definiere. Das Konvertierungsrecht der Bank vereitle den Vertragszweck: nämlich die Gewährung eines günstigen Kredits. Gleichzeitig schreibe die Konvertierung den sich aus der Änderung des Fremdwährungskurses ergebenden Nachteil definitiv fest. Die Klausel sei auch deshalb nachteilig, weil sie der Bank auch dann ein Konvertierungsrecht zugestehe, wenn der Kredit trotz der *„nachhaltigen“* Änderung der Wechsel-

kurse immer noch ausreichend besichert sei. Die Konvertierung führe zu einer wesentlichen Leistungsänderung, die dem Verbraucher unzumutbar sei. Immerhin führe die Konvertierung zu einer Fixierung des durch die Währungsschwankungen verursachten Währungsnachteils und in späterer Folge zu einem höheren Zinsniveau im Euro-Raum. Eine Rechtfertigung dafür sei nicht ersichtlich, weil Wechselkursschwankungen dem Fremdwährungskredit immanent seien. Die Klausel verstoße auch gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG. Insbesondere sei unklar, ob mit „nachhaltig“ eine zeitlich länger anhaltende Steigerung der Wechselkurse oder eine Überschreitung einer bestimmten Wechselkursgrenze gemeint sei. Auch die zeitliche Dauer der erforderlichen „Nachhaltigkeit“ oder die allenfalls damit gemeinte Höhe der Wechselkursgrenze sei vollkommen undefiniert. Vergebens berufe sich die Beklagte auf das BWG und Regeln der Finanzmarktaufsicht. Das Einhalten der Mindeststandards nach den Regeln der Finanzmarktaufsicht und das damit verbundene einzuschränkende wirtschaftliche Risiko dürfe nicht auf dem Rücken der Verbraucher ausgetragen werden. Die in der Klausel angeführte Unmöglichkeit der Refinanzierung aufgrund gesetzlicher oder anderer nicht im Einflussbereich der Bank stehenden Faktoren sei mit dem Transparenzgebot unvereinbar. Selbst wenn die in

der Klausel genannten Umstände von der Bank nicht beeinflussbar sein mögen, so könne es sich - bei kundenfeindlichster Auslegung - dennoch um von ihr zu vertretende Umstände handeln, etwa, wenn sie keine geeigneten Maßnahmen gesetzt habe, um die Unmöglichkeit abzuwenden. Ebenso unterscheide der Text der Klausel nicht, ob ein Unterlassen als nicht im Einflussbereich der Bank stehend qualifiziert werden könne, oder ob damit nur ein aktives Handeln gemeint sei. Die Klausel hätte nur darauf abstellen dürfen, ob die Unmöglichkeit von der Bank zu vertreten sei oder nicht. Die Klausel decke beispielsweise auch einen Sachverhalt, wo die Bank wegen ihrer nicht mehr erhaltenen Bonität keine Fremdwährung erhalte, während andere Banken die Fremdwährung durchaus zu angemessenen Konditionen erhalten könnten. Die Beklagte hätte es selbst in der Hand, Maßnahmen zu setzen, um ihre Bonität zu verbessern. Ein derartiger Fall einer subjektiven Unmöglichkeit wäre jedenfalls kein Grund für eine Konvertierung mit anschließender weiterer Bindung des Kunden. Darüber hinaus könnten bei einer von der Beklagten zu vertretenden Unmöglichkeit Schadenersatzansprüche bestehen, die durch die Klausel ausgeschlossen seien.

Die Beklagte differenziert dagegen einerseits zwischen der Konvertierung des Fremdwährungs- in einen

Euro-Kredit bei „nachhaltigen“ Wechselkursschwankungen, andererseits bei Unmöglichkeit der Refinanzierung. Sie wendet zunächst ein, das Gericht unterstelle unzutreffend ein beiderseitiges Spekulationsgeschäft. Für sie seien Fremdwährungskredite kein Spekulationsgeschäft, allein der Verbraucher spekuliere mit günstigen Währungskursen. Schwankungen der Wechselkurse gereichten ihr weder zum Vorteil noch zum Nachteil. Sie trage nur insoweit ein Risiko, als sie das Risiko der Einbringlichkeit des Kredits beim Kunden übernehmen müsse, dieses Risiko steige gewiss mit dem Wechselkurs der fremden Währung zum Euro an. Das Risiko im Vorhinein so zu kalkulieren sei unmöglich, dass sie prophylaktisch Sicherheiten in einer Höhe verlange, die selbst bei nachhaltigen Wechselkursänderungen ausreichten. Sie müsste dann auf einer exzessiven Übersicherung bestehen, was für den Kunden nicht nur höhere Gebühren, sondern auch den Verlust von Liquidität bedeute. Eine bessere Präzisierung der Klausel sei unmöglich. Ob der Wechselkurs einer bestimmten Fremdwährung zum Euro derart steige, dass auch beim individuellen Kredit das Ausfallrisiko steige, hänge von vielen Faktoren ab, beispielsweise von der Bonität des Kunden, von der Vertragslaufzeit und vom aushaftenden Obligo. Wegen der individuellen Umstände lasse sich kein genereller Schwellenwert für

Kursschwankungen finden, der in allen Fällen sachgerecht einen Anstieg des Ausfallrisiko ausdrücke. Daher sei sie zu einer generalisierenden Beschreibung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen gezwungen gewesen. Wenn das Erstgericht den zweiten Teil des Regelungsinhalt der Klausel moniere, dann greife es zu einer unvertretbaren, abwegigen Auslegung. Gerade die vom Erstgericht genannten Umstände beträfen unstrittig ihren Einflussbereich.

Abermals hält das Berufungsgericht die Rechtsmittelausführungen für nicht stichhältig:

Abweichend vom Berufungsvortrag ist der Verstoß gegen das Transparenzgebot evident. Die Klausel spricht von einem im Verhältnis zum Zeitpunkt der Kreditaufnahme gültigen Wechselkurs "nachhaltigen" Ansteigen des Kurses. Es soll dahin stehen, inwieweit Fremdwährungskredite typischerweise beiderseitige Spekulationsgeschäfte sind. In ihrer Berufung geht die Beklagte wohl prinzipiell zutreffend davon aus, das Transparenzgebot verlange keine unmögliche Präzisierungen (4 Ob 28/01y, ÖBA 2001, 645). Sie führt dann aus, ob der Wechselkurs einer bestimmten Fremdwährung zum Euro derart steige, dass sich auch beim individuellen Kredit das Ausfallrisiko erhöhe, hänge von diversen Faktoren ab. Beispielsweise erwähnt sie die Bonität des Kunden, die Vertrags-

laufzeit und das aushaftende Obligo. Dabei beachtet sie aber zu wenig die von der Rechtsprechung und der Literatur erarbeiteten Leitlinien für das Transparenzgebot: Ein Vertrag erfüllt die Anforderungen der Klarheit und Verständlichkeit dann nicht, wenn der Verbraucher nicht in klarer und dem Vertragstyp adäquater Weise über die eigenen Rechten und Pflichten informiert wird (4 Ob 179/02f, ÖBA 2003/1090; Schurr in Fenyves/Kerschner/Vonkilch Klang³ § 6 Abs 3 KSchG Rz 29). Das Erstgericht erwähnt konsequent die Mehrdeutigkeit des Begriffs "*nachhaltig*". "*Nachhaltig*" heißt anhaltend, auf lange/längere Sicht, dauerhaft, aber auch eindringlich, einschneidend, entscheidend, fühlbar, fortgesetzt oder fortwährend. Die Klausel stellt es daher in das Belieben des Verwenders, ob er dem Begriff die Bedeutung gibt, die Klausel meine eine länger anhaltende Steigerung der Wechselkurse im Verhältnis zum Ausgangskurs oder aber das Überschreiten einer bestimmten Wechselkursgrenze. Der Verbraucher kann sich daher gerade nicht in klarer und adäquater Weise über seine eigenen Rechten und Pflichten informieren, namentlich, ob die Beklagte eine Wechselkursänderung willkürlich als nachhaltig begreifen will. Das Berufungsgericht verkennt durchaus nicht, dass der Gesetzgeber selbst den Begriff nachhaltig gebraucht (vgl. §§ 146c, 216,

283 und 284 ABGB), wenngleich er dann mitunter "Nachhaltigkeitsfaktoren" benennen muss (vgl. § 108e ASVG). All dies ändert aber nichts daran, dass der Verbraucher beim Lesen der Klausel wegen der mehrdeutigen Formulierung keineswegs klar seine Rechte und Pflichten begreifen kann.

Die Klausel verstößt dadurch auch gegen § 879 Abs 3 ABGB. Zutreffend urteilte das Erstgericht, bei einer - ohnehin nicht näher definierten - "*nachhaltigen*" Änderung der Wechselkurse könne die Beklagte auch dann eine Konvertierung erzwingen, wenn trotz des nun ungünstigeren Wechselkurses immer noch ausreichende Sicherheiten bestehen. Der Hinweis der Beklagten sei unzutreffend, es widerstreite Kundeninteressen, wenn sie im Vorhinein Sicherheiten in exzessiver Höhe verlange, um auch bei einer "*nachhaltig*" ungünstigen Änderung der Wechselkurse noch über ausreichende Sicherheiten zu verfügen. Es ging nämlich nie davon aus, die Beklagte wäre verhalten gewesen, Sicherheiten im Vorhinein in dieser Höhe zu beanspruchen. Vielmehr zeigte es, dass eine Konvertierung für den Verbraucher nachteilig sein kann, weshalb von der Bank zu fordern gewesen wäre, Sicherheiten im Fall eines ungünstigen Wechselkursniveaus ergänzen zu lassen. Allein darum geht es.

Auch im übrigen Teil verstößt die Klausel gegen

das Transparenzgebot. Die Klausel geht freilich von einer außerhalb des Einflussbereiches der Bank stehenden Unmöglichkeit der Refinanzierung aus. Nicht zu Unrecht beharrt das Erstgericht darauf, die Klausel differenziere nicht danach, ob die Beklagte die Unmöglichkeit zu vertreten habe. Es sind nämlich durchaus Konstellationen vorstellbar, wo die Bank die Unmöglichkeit der Leistungserfüllung nicht mehr beeinflussen kann, diese Umstände daher außerhalb ihres Einflussbereiches liegen, sie aber das Eintreten dieser Umstände dennoch zu vertreten hat, beispielsweise, aus vorangegangener (schuldhafter) Untätigkeit. Die Klausel enthält in dieser Hinsicht keine Differenzierung. Damit verstößt der Klauselinhalt bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung abermals dem Transparenzgebot. Eine Differenzierung zwischen der von einer Vertragspartei verschuldeten oder sonst zu vertretenden Unmöglichkeit und der Unmöglichkeit, die weder vom Schuldner noch dem Gläubiger vorzuwerfen ist, ist dem Gesetz immanent (§§ 920, 1447 ABGB). Erst in dieser Hinsicht werden die vom Erstgericht vorgestellten Gedanken über die Nachteile der Konvertierung bedeutsam.

-- Zur Klausel 4 (*Zustimmung des Sicherungsgebers zur Konvertierung des Fremdwährungs- in einen Euro-Kredit*):

„Sie [Sicherungsgeber] erklären ferner, allfälligen Konvertierungen in eine andere Fremdwährung, oder EUR – aus welchem Grund immer diese erfolgen – unter Verzicht auf eine gesonderte Verständigung vorweg zuzustimmen.“

Das Erstgericht beurteilte die in der Klausel enthaltene weitreichende Zustimmungsfiktion als grob benachteiligend. Konvertierungen bei Fremdwährungskrediten beeinflussten im hohen Maße die Interessen des Sicherungsgebers, weil damit eine Veränderung des Zinsniveaus und des Währungsrisikos verbunden sei. Die Chance des Kreditnehmers, rasch auf Kursänderungen reagieren zu können und damit „Kursgewinne“ mitzunehmen, dürfe nicht auf dem Rücken des Sicherungsgebers getragen werden. Die Konvertierung eines Fremdwährungskredits in einen (teureren) Euro-Kredit sei nur dann zulässig, wenn sich durch die Kursentwicklung der Fremdwährung das Kreditrisiko erhöht und die Bank trotz Setzung einer angemessenen Frist keine Sicherstellung erlangt habe. Nehme die Bank trotz ausreichender Sicherheiten eine Konvertierung vor, führe die beanstandete Klausel dazu, dass sie den Sicherungsgeber nicht verständigen brauche, er der Konvertierung auch nicht zustimmen müsse und andererseits Schadenersatz wegen der unzulässig durchgeführten Konvertierung – kraft Zustimmungsfiktion – ausgeschlossen sei. Damit verletze die Klausel auch § 6 Abs 1 Z 9 KSchG.

Die Beklagte setzt wiederum bei § 879 Abs 3 ABGB an, der die Inhaltskontrolle auf Nebenleistungen beschränke. Vertragsbestimmungen, die den Umfang der Hauptpflicht des Sicherungsgebers regelten und damit, wenn der Hauptschuldner nicht zahle, auch den Umfang seiner Hauptleistung bestimmten, seien zwangsläufig von der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB ausgenommen. Die Klausel benachteilige den Sicherungsgeber jedoch gar nicht, sie weise nämlich keinen normativen Inhalt auf. Die Konvertierung des Kredits bedeute keine Schuldänderung, die den Bestand der Verpflichtung des Sicherungsgebers beeinflusse. Die Klausel berühre daher in Wahrheit die Rechtsposition des Sicherungsgebers gar nicht. Außerdem müsse der Sicherungsgeber wissen, dass Fremdwährungskredite wahrscheinlich ein- oder mehrfach in eine andere Währung konvertiert werden würden. Der Sicherungsgeber wisse, dass seine Haftungszusage eine grundlegende Voraussetzung für die Weitergewährung des Kredits auch nach einer Konvertierung in eine andere Währung sei. Die Bestimmung diene vorrangig den Interessen des Kreditnehmers. Um den Vorteil eines Fremdwährungskredits voll lukrieren zu können, müsse der Kreditnehmer rasch auf Wechselkursänderungen reagieren. Dann müsste die ursprünglich bestellte Sicherheit nach der Konvertierung fortbestehen, ansonsten wäre das Ge-

schäftsmodell insgesamt gefährdet. Um dies eindeutig klarzustellen, erklärten Sicherungsgeber in der Klausel vorsorglich ihre Zustimmung zu jedweder Konvertierung des Kredits in eine andere Währung. Die Verpflichtung des Kreditgebers zur Verständigung des Sicherungsgebers von Schuldänderungen könne wirksam abbedungen werden, denn es sei dem Sicherungsgeber zuzumuten, sich Informationen eigeninitiativ direkt beim Hauptschuldner zu verschaffen. Es möge zutreffen, dass eine Konvertierung unzulässig sei, wenn das Kreditinstitut dem Kunden nicht zuvor Gelegenheit geboten habe, neue Sicherheiten binnen angemessener Frist beizustellen. Diese Verpflichtung folge aber ohnehin aus dem dispositiven Recht und sie räume ihren Kunden in der Praxis auch tatsächlich eine derartige Gelegenheit ein. Die Bestimmung meine nur bereits wirksam gewordene Konvertierungen. Eine rechtsgrundlose, unzulässige und daher wirkungslose einseitige Konvertierungserklärung des Kreditinstituts erfasse die angegriffene Vertragsbestimmung bei vernünftiger Auslegung gar nicht. Eine unzulässige einseitige Konvertierungserklärung bliebe ohnehin dem Kreditnehmer gegenüber und kraft Akzessorietät auch gegenüber dem Sicherungsgeber wirkungslos.

Der Berufungssenat billigt die Auslegung im Ersturteil:

Im Vortrag der Beklagten in ihrer Berufung stimmt der Einwand nicht, die Klausel regle die Hauptleistungen, weshalb eine Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB ausscheide. Wie bereits ausgeführt, ist der Begriff der von der Inhaltskontrolle ausgenommen Hauptleistung eng zu begreifen. Eine Klausel, die den Umfang der Sicherungsverpflichtung erweitert, fällt in den Anwendungsbereich des § 879 Abs 3 ABGB. Das Erstgericht unterstellt zutreffend den Sinn von Fremdwährungskrediten. Fremdwährungskredite werden nicht (primär) wegen ihres spekulativen Elements aufgenommen, sondern deshalb, um von einem günstigeren Zinsniveau außerhalb des Euro-Raums zu profitieren. Werden Fremdwährungskredite wegen des ungünstigen Wechselkurses konvertiert, muss dies beinahe zwangsläufig zu einem höheren Zinsniveau führen. Damit beschwert die Konvertierung die Rechtsposition des Sicherungsgebers. Gerade die von der Beklagten referierte Entscheidung 8 Ob 31/05z (ecolex 2005/351 = JBl 2005, 722 = ÖBA 2005/1315) belegt diesen Ansatz. Die Konvertierung des Kredits ist bloß Schuldänderung, die den Bestand der Verpflichtung des Sicherungsgebers nicht beeinflusst. Trotz der Konvertierung wird die Sicherheit daher nicht frei. Deswegen benachteiligt eine Klausel den Sicherungsgeber, wenn die Konvertierung ohne sachliche Rechtfertigung erfolgt. Die-

sen Aspekt betont das Erstgericht zutreffend. Hier geht es allein um die vom Sicherungsgeber vorab erklärte Zustimmung, die damit auch sachlich ungerechtfertigte Konvertierungen erlaubt. Freilich nennt die Beklagte an zutreffend die seit der Entscheidung 8 Ob 43/88 (JBl 1990, 373) geprägte Judikatur. Danach liegt keine Sittenwidrigkeit vor, wenn die Bank die Verständigung des Bürgen vom Verzug des Hauptschuldners bei der Rückzahlung des verbürgten Kredits oder von der Gewährung weiterer, teilweise zur Umschuldung (nämlich zur Bewirkung der Rückzahlungsverpflichtungen aus dem ersten Kreditvertrag) verwendeter Kredite unterlassen dürfe. Dem Bürgen sei grundsätzlich zumutbar, sich in erster Linie beim Hauptschuldner die notwendigen Auskünfte zu verschaffen (RIS-Justiz RS0016904; OGH 2 Ob 50/02w, ecolex 2002/249 = ÖBA 2003/1092).

Diese Judikatur muss nicht umgestoßen werden, um die Klausel als nichtig zu sehen.

Gerade der Hinweis in den genannten Entscheidungen darauf, dem Bürgen sei es grundsätzlich zuzumuten, sich in erster Linie beim Hauptschuldner die notwendigen Auskünfte zu verschaffen, gilt nicht für die Konstellation einer Konvertierung von Fremdwährungskrediten und den Ursachen eine solche Konvertierung, die ja eine sachliche Rechtfertigung voraussetzt.

Informationen über Währungskursschwankungen oder über das Zinsniveau kann sich der Sicherungsgeber evidentermaßen beim Hauptschuldner gerade nicht besorgen.

Die einzige Auskunft, die der Sicherungsgeber vom Hauptschuldner erlangen könnte, ist die Tatsache der - berechtigt oder unberechtigt erfolgten - vorgenommenen Konvertierung.

- Zum Urteilsveröffentlichungsbegehren:

Das Erstgericht hat sich mit den noch vor dem Prozessgericht vorgebrachten Einwänden der Beklagten in seiner rechtlichen Beurteilung auseinander gesetzt. Die Beklagte setzt dem in ihrer Rechtsrüge nichts entgegen.

Das Berufungsgericht geht daher davon aus, dass die Beklagte die einst vor dem Prozessgericht vorgebrachten Einwände im Berufungsverfahren nicht mehr aufrecht erhält.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 41, 50 ZPO.

Unter Bedachtnahme auf die Anzahl der betroffenen Verträge war gemäß § 500 Abs 2 Z 1 lit b ZPO auszusprechen, dass der Wert des Entscheidungsgegenstandes jeweils EUR 30.000,-- übersteigt.

Die ordentliche Revision nach § 502 Abs 1 ZPO war hinsichtlich der Unterlassungsbegehren zuzulassen, weil - soweit überblickbar - Judikatur zu den nun inkrimi-

nierten Klauseln fehlt.

Hinsichtlich des Urteilsveröffentlichungsbegehrens liegen die im Gesetz genannten Voraussetzungen dagegen nicht vor.

Oberlandesgericht Graz
Senatsabteilung 3 , am 4. Februar 2010

Dr. Gerlinde Galli
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG