



Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Vizepräsidentin des Oberlandesgerichts Dr. Fink-Hopf als Vorsitzende sowie die Richter Dr. Rassi und Mag. Kunz in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei **pay-box Bank AG**, Lassallestraße 9, 1020 Wien, vertreten durch Dr. Wolfgang W. Richter, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert EUR 36.000,--s. A.), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 17.02.2014, GZ 19 Cg 126/13w-6, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 2.724,06 (darin EUR 454,01 USt) bestimmten Kosten der Berufungsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt insgesamt EUR 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist **nicht zulässig**.

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 legi-

timiert, Unterlassungsansprüche nach § 28 und § 28a KSchG geltend zu machen. Die beklagte Bank bietet Zahlungsformen an, die über Handys abgewickelt werden (zB Handyparken, Lösen von Fahrscheinen etc). Sie verwendet im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), die folgende Klausel enthalten (Stand 31.10.2013):

„Änderungen der Geschäftsbedingungen/Entgeltänderungen:

Die paybox Bank darf dem Kunden Änderungen dieses Vertrages, insbesondere auch der Entgelte, spätestens zwei Monate vor dem geplanten Wirksamwerden dieser Änderungen vorschlagen. Der Kunde wird via SMS-Nachricht auf sein mobiles Endgerät, E-Mail (sofern er eine solche Adresse bekanntgegeben hat) oder Brief verständigt. Die Zustimmung des Kunden zur Vertragsänderung gilt als erteilt, wenn dieser seine Ablehnung mittels E-Mail, SMS-Nachricht oder Brief (Datum der Postaufgabe) nicht vor dem vorgesehenen Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderung gegenüber der paybox Bank angezeigt hat. Der Kunde hat jedoch auch das Recht, vor Inkrafttreten der Änderungen seinen Vertrag kostenlos und fristlos (zu) kündigen. Nimmt der Kunde den Änderungsvorschlag nicht an, hat die paybox Bank die Möglichkeit der ordentlichen Vertragsbeendigung/-kündigung.“

Der Kläger begehrt, es der Beklagten im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu untersagen, die referierte Klausel oder sinngleiche Klauseln in den den Verträgen zugrundeliegenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen (oder Vertragsformblättern) zu verwenden oder sich darauf zu berufen sowie die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung. Zur Unzulässigkeit der inkriminierten Klausel berief er sich auf § 864a und § 879 Abs 3 ABGB, § 6 Abs 1 Z 2, § 6 Abs 1 Z 5, § 6 Abs 2 Z 3 und § 6 Abs 3 KSchG. Die Klausel verstoße auch gegen § 26 Abs 1 Z 1 und § 29 ZaDiG.

Die Beklagte wandte ein, dass mit den von ihr angebotenen Diensten im Niedrigpreissegment keine

wirtschaftliche Abhängigkeit des Verbrauchers verbunden sei. Der Kunde habe jederzeit die Möglichkeit, bei einer von der Beklagten angestrebten Vertragsänderung von seinem Vertragsbeendigungsrecht Gebrauch zu machen, oder sich zunächst gegen eine Vertragsänderung auszusprechen. Die Beklagte habe in der Vergangenheit ihre Produkte teilweise für Endkunden unentgeltlich (bzw ohne Zusatzkosten) angeboten. Die Verbraucher konnten bei Vertragsabschluss nicht damit rechnen, dass die Unentgeltlichkeit auf alle Zeit erhalten bleiben werde. Das für die Kunden einzuführende Entgelt von monatlich EUR 1,49 sei keine Grundlage für eine Sittenwidrigkeit oder Ausnutzung der Vertragsübermacht.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht der Klage statt. Unter Zugrundelegung des Umstands, dass die Beklagte die oben referierte Klausel gegenüber ihren Altkunden verwende, ging es in seiner rechtlichen Beurteilung davon aus, dass eine Erklärungsfiktion des Verbrauchers zwar nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG grundsätzlich möglich sei. Dies setze aber nach § 879 Abs 3 ABGB voraus, dass zwischen wirtschaftlich nicht gleichwertigen Partnern kein Missbrauch der Privatautonomie und keine Äquivalenzstörung vorliege. Es sei grob benachteiligend, wenn ein Verwender von AGB über eine Zustimmungsfiktion das Äquivalenzverhältnis von Leistungen und Gegenleistungen uneingeschränkt und erheblich zu seinen Gunsten verschieben und die Position des Vertragspartners entwerten könne. Dem Kunden stehe eine vergleichbare Änderungsmöglichkeit nicht zu. Darüber hinaus sei die Klausel intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, weil der Umfang der auf diese Weise zu vereinbarenden Änderungen nicht absehbar sei. Wegen der großen Kundenzahl sei auch das Veröffentlichungsbegehren zur Aufklärung des Publikums angemessen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, es is einer Klagsabweisung abzuändern. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

Vom Obersten Gerichtshof wurden in jüngster Zeit in Verbandsprozessen gegen Banken durchaus vergleichbare Klauseln beurteilt. Die zu 1 Ob 210/12g bzw 2 Ob 131/12x zu beurteilenden AGB sahen vor, dass Änderungen der Entgelte sowie Änderungen des Leistungsumfangs nur mit Zustimmung des Kunden möglich seien, wobei es dazu hieß:

„Solche Änderungen werden zwei 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 beiden Entscheidungen gelangte der Oberste Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass die inkriminierte Klausel gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG und gegen § 879 Abs 3 ABGB verstoße. Zur Begründung der Intransparenz wurde ausgeführt, die Klausel lasse Änderungen des Vertrags über eine Zustimmungsfiktion nach Inhalt und Ausmaß nahezu unbeschränkt zu. Welche Leistungen die beklagte Bank mit fingierter Zustimmung einschränken kann, bleibe völlig unbestimmt, ebenso der Umfang einer Änderung der vom Kunden zu entrichtenden Entgelte. Eine gröbliche Benachteiligung der Vertragspartner der beklagten Partei (Verbraucher) liege

darin, dass die Klausel nicht einmal ansatzweise irgendeine Beschränkung erkennen lasse, die den Verbraucher vor dem Eintritt unangemessener Nachteile bei Änderungen des Vertrags mittels Zustimmungsfiktion schützen könnte. Sie lasse 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 werde ermöglicht; geändert werden könnten auch ohne irgendeine Einschränkung alle von der Bank geschuldeten Leistungen.

Dieser Entscheidungslinie entspricht auch die Entscheidung 4 Ob 27/13v. Dort berief sich ein beklagtes Telekommunikationsunternehmen auf eine nicht näher konkretisierte und unbeschränkte Möglichkeit der Vertragsänderung mittels Erklärungsfiktion. Auch dazu hielt das Höchstgericht fest, dass keine genügende Grundlage für eine Erklärungsfiktion vorliege. Es wäre an der Beklagten gelegen, Art und Ausmaß der möglichen Vertragsänderung in ihren AGB zu konkretisieren, um den Konsumenten/Kunden in die Lage zu versetzen, sich ein klares Bild über mögliche Änderungen der Leistungsverrechnung zu machen. Eine derartige Konkretisierung fehlte der Vertragsklausel zur Gänze, weshalb sie gegen § 6 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB verstoße.

Die Grundsätze der referierten Entscheidungen gelten auch im vorliegenden Fall. Auch die hier zu beurteilende Klausel erlaubt nämlich über eine Zustimmungsfiktion schrankenlos die „*Änderungen dieses Vertrages, insbesondere auch der Entgelte.*“ Die Klausel lässt nicht einmal ansatzweise irgendeine Beschränkung erkennen, die den Verbraucher vor dem Eintritt unangemessener Nachteile bei Änderungen des Vertrags mittels Zustimmungsfiktion

schützen könnte (vgl 1 Ob 210/12g). Sie lässt auch eine Änderung wesentlicher Pflichten der Parteien zu Gunsten der Beklagten 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 beklagten Bank geschuldeten Leistungen (arg „Änderung des Vertrags“).

Damit liegt sowohl eine unklare bzw unverständlich abgefasste Vertragsbestimmung als auch eine (den Kunden) gröblich benachteiligende Vertragsbestimmung vor. 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.

Auch die Berufung erkennt die Parallelität der hier zu beurteilenden Klausel zu den Klauseln in den Verfahren 1 Ob 210/12g und 2 Ob 131/12x. Sie argumentiert aber damit, dass diese Entscheidungen „typische Kreditinstitute“ betrafen, während sie „kein klassisches Bankgeschäft“ betreibe. Ihre Kunden seien ihr nicht ausgeliefert und hätten stets die „Notbremse“ einer kurzfristigen Kündigung.

Dem ist entgegenzuhalten, dass sich das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG und das Verbot der gröblichen Benachteiligung von Vertragsbestimmungen des § 879 Abs 3 ABGB nicht auf typische Bankgeschäfte oder Kreditinstitute beschränkt. Auch den referierten Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs ist eine derartige Einschränkung nicht zu entnehmen, was auch die Entscheidung 4 Ob 27/13v bezüglich eines Telekommunikationsunternehmens zeigt.

Es kann auch nicht als gerichtsnotorisch angenommen werden, dass Kunden von „Großbanken“ diesen

„ausgeliefert“ seien und ihnen nicht „davonlaufen“ könnten. Auch im Bankensektor werden Kunden häufig von anderen Instituten umworben und wechseln auch dorthin.

Die bloße Möglichkeit eines ordentlichen (kurzfristigen) Kündigungsrechts (selbst nach der Vertragsänderung) von Verträgen mit der Beklagten rechtfertigt keine unterschiedliche Behandlung der hier zu prüfenden Klausel, zumal eine solche Kündigung auch im „klassischen“ Bankensektor möglich ist. So kann ein Rahmenvertrag für Zahlungsdienste, insbesondere ein Girokontovertrag jederzeit kostenlos zum letzten Tag des laufenden Monats gekündigt werden (vgl § 30 ZaDiG und die im Internet verfügbaren AGB diverser Banken, zB Z 23 AGB BAWAG PSK, Z 22a AGB Raiffeisen, Z 23 AGB der Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG etc).

Die Beklagte verweist darauf, dass sie nur im Rahmen der Möglichkeiten verpflichtet sei, die Klausel klar und verständlich zu formulieren. Auch gegen diesen Maßstab hat sie freilich im hier zu beurteilenden Fall jedenfalls verstoßen, weil ihr mit der Klausel global (jegliche) „Änderungen dieses Vertrags, insbesondere auch der Entgelte“ ermöglicht werden sollen. Ihrer Verpflichtung, die damit verbundenen Änderungen des Vertrags näher zu konkretisieren bzw einzuschränken, kann nicht mit dem Argument begegnet werden, von ihr würde hinsichtlich der gebotenen Transparenz „Unmögliches“ verlangt werden. Folgt man dieser Ansicht, hätte § 6 Abs 3 KSchG keinen Anwendungsbereich mehr, zumal eine noch allgemeinere Formulierung als „Änderungen dieses Vertrages“ schwer möglich erscheint.

Auch die Bestimmungen des ZaDiG (insb § 28 Abs 1 Z 6 lit a und § 29 Abs 1 ZaDiG) derogieren nicht die hier anzuwendende Regel des § 6 Abs 3 KSchG bzw § 879 Abs 3 ABGB. Die Möglichkeit einer wirksamen Erklärungsfiktion

ergibt sich zudem bereits aus § 6 Abs 1 Z 2 KSchG, wobei die entsprechende Klausel dessen ungeachtet nicht § 6 Abs 3 KSchG bzw § 879 Abs 3 ABGB widersprechen darf. Auch im Verfahren zu 1 Ob 210/12g hat die dortige Beklagte die Zulässigkeit einer gegen § 6 Abs 3 KSchG bzw § 879 Abs 3 ABGB verstoßenden Klausel erfolglos mit dem ZaDiG verteidigt.

Schließlich kann sich die Beklagte auch nicht darauf zurückziehen, dass ihren (Alt)Kunden nur ein monatliches Entgelt von EUR 1,49 drohe. Eine derartige Einschränkung ist aus der Klausel nicht abzuleiten. Bei der im Verbandsprozess gebotenen „kundenfeindlichsten“ Auslegung (RIS-Justiz RS0016590; RS0038205[T4]) ermöglicht die Klausel der Beklagten vielmehr, Entgelte und sonstige vertragliche Bestimmungen ohne jede inhaltliche Schranke im Weg einer Zustimmungsfiktion zu ändern.

Dem Erstgericht kann auch keine sekundäre Mangelhaftigkeit vorgeworfen werden. Die für die rechtliche Beurteilung relevante Tatsachengrundlage war unstrittig und wurde eingangs referiert. Gesonderte Feststellungen, dass die Beklagte nur ausnahmsweise Bankgeschäfte ausübt, kein typisches Bankinstitut sei, die geplante Belastung der Altkunden nur monatlich EUR 1,49 betrage und die Kunden ein jederzeitiges, kurzfristiges Kündigungsrecht hätten, waren entbehrlich, weil diesen Umständen - wie oben im Einzelnen aufgezeigt - keine rechtliche Relevanz zukommt.

Zum Veröffentlichungsbegehren erstattete die Beklagte weder im erst- noch im zweitgerichtlichen Verfahren ein inhaltliches Vorbringen. Es fehlt jegliches konkrete Vorbringen, warum die (rechtliche) Beurteilung des Erstgerichts unzutreffend sein soll. Die Berufung ist insofern nicht gesetzmäßig ausgeführt.

Der Berufung war daher nicht Folge zu geben.

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens gründet sich auf §§ 50, 41 ZPO. Der Erhöhungsbetrag für die Einbringung einer Berufungsbeantwortung im WEB-ERV beträgt allerdings nur EUR 1,80 statt EUR 3,60, weil eine Berufungsbeantwortung kein verfahrenseinleitender Schriftsatz iSd § 23a RATG ist.

Der Wertausspruch stützt sich auf die Bewertung durch den Kläger. Ein gesonderter Ausspruch war nicht geboten, weil das Unterlassungsbegehren zum Urteilsveröffentlichungsbegehren in einem rechtlichen und tatsächlichen Zusammenhang steht.

Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass die Auslegung von Klauseln in AGB bestimmter Geschäftsbranchen, welche regelmäßig für eine größere Anzahl von Kunden und damit Verbrauchern bestimmt und von Bedeutung sind, eine erhebliche Rechtsfrage darstellt, sofern solche Klauseln bisher vom Obersten Gerichtshof noch nicht zu beurteilen waren (RIS-Justiz RS0121516). Die ordentliche Revision ist daher nicht zulässig, weil der Obersten Gerichtshof zu 1 Ob 210/12g und 2 Ob 131/12x eine vergleichbare Klausel bereits iSd auch hier vertretenen Rechtsansicht ausgelegt hat und diesen Entscheidungen auch in 4 Ob 27/13v gefolgt ist.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 30, am 18. April 2014

Dr. Gabriele Fink-Hopf
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG