

Zeitschrift für

VERBRAUCHER- RECHT

Chefredakteurin **Petra Leupold**
Redaktion **Wilma Dehn, Alexander Klauser,**
Paul Oberhammer, Alexander Schopper

März 2017

02

41 – 76

Beiträge

Zum Kreditvergabeverbot nach § 9 Abs 5 HIKrG: Ein scharfes Schwert mit stumpfer Klinge? *Stephan Foglar-Deinhardstein* ➔ 44

AGB und Vertragsformblätter von Fitnessstudios

Clemens Klotzinger ➔ 49

Das Kriterium der Lage im System des Richtwertmietzinses

Walter Rosifka ➔ 54

Rechtsprechung

Verbandsprozess: Leistungsfrist bei Sich-Berufen ➔ 58 & 59

FAGG: Kein Rücktrittsrecht bei Jahresmesse ➔ 61

„Grundtarif“ bei Service-Hotlines ➔ 64

Intransparente Klauseln im Kreditvertrag *Beate Gelbmann* ➔ 65

Onlinebanking: Mitteilen auf einem dauerhaften Datenträger ➔ 68

Pro & Contra

Judikatur zu Zustimmungsfiktionsklauseln in AGB *Thomas Hirmke/Alexander Schopper* ➔ 74

Kritik an der Judikatur

Judikatur zu Zustimmungsfiktionsklauseln in AGB

VbR 2017/51

Contra

Eine Klausel, die Änderungen des Vertrags via Zustimmungsfiktion in AGB nach Inhalt und Ausmaß unbeschränkt zulässt, ist nach ständiger Rsp unwirksam. Konkret scheidet sie am Transparenzgebot, wenn sie nicht offenlegt, welche Vertragsbestimmungen künftig durch Zustimmungsfiktion geändert werden können. Nichtig gem § 879 Abs 3 ABGB ist sie, wenn sie ihrem Wortlaut nach theoretisch eine gröblich benachteiligende Vertragsänderung qua Zustimmungsfiktion ermöglicht.

Der OGH betont immer wieder, dass nicht jede Vertragsanpassung über eine Zustimmungsfiktion in AGB unzulässig sei, sondern nur eine völlig uneingeschränkte. Bei näherer Betrachtung der Judikatur bestehen aber für Zustimmungsfiktionsklauseln praktisch keine Überlebenschancen: Der einschlägige RIS-Justiz-Rechtssatz RS0128865 enthält mittlerweile zehn OGH-Entscheidungen. Keine einzige nahm ein positives Ende für die Zustimmungsfiktion. Zumindest drei weitere Entscheidungen, bei denen der OGH derartige Klauseln ebenso ausnahmslos kassierte (6 Ob 85/11 k; 6 Ob 233/15 f; 8 Ob 132/15 f), sind hierbei gar nicht mitgezählt. Die Erklärung liegt auf der Hand: Die Rsp fordert, dass bereits in der ursprünglichen Klausel alle potentiellen künftigen Änderungen determiniert sind, was praktisch nicht erfüllbar ist. Die Determinierung scheitert daran, dass niemand – auch nicht der AGB-Verfasser – in die Zukunft schauen und den künftigen Änderungsbedarf antizipieren kann.

Versuche, die strengen Anforderungen der Judikatur zu erfüllen, waren idR zum Scheitern verurteilt: In 7 Ob 180/15 v hat die beklagte Bank zB die Möglichkeit von Entgelterhöhungen auf 15% des zuletzt gültigen Entgelts beschränkt. Auch das reichte dem OGH nicht, weil die Beschränkung ohne zeitliche Mindestgeltungsdauer erfolgt sei, weshalb sie durch wiederholte Entgeltänderungen ohne weiteres umgangen werden könne. Wie man eine wirksame Zustimmungsfiktionsklausel formuliert, die ihren durchaus legitimen Zweck erfüllt (nämlich die Anpassung bestehender Dauerverträge an geänderte Verhältnisse im Massenkundengeschäft), weiß in Österreich heute wohl niemand mehr genau.

Während die ersten Entscheidungen die Änderung der geschuldeten Leistungen des Unternehmers oder des Entgelts betrafen (zB 1 Ob 210/12 g), verwarf der OGH in jüngerer Zeit en passant Klauseln, die (bloß) eine Änderung der AGB selbst ermöglichen sollten (9 Ob 26/15 m; 8 Ob 58/14 h; 6 Ob 120/15 p; zutreffend krit *Bollenberger*, ÖBA 2016, 36 f). Nach dieser Rsp-Linie können AGB von Dauerverträgen durch Zustimmungsfiktionsklauseln überhaupt nicht mehr an geänderte Umstände (zB neue gesetzliche Rahmenbedingungen, geänderte Rsp, neue technische Entwicklungen etc) angepasst werden und zwar auch nicht zu Gunsten des Verbrauchers. Selbst für Verbraucher günstige oder völlig neutrale Änderungen dürfen deswegen nicht per Zustimmungsfiktion erfolgen, weil der OGH bei der Prüfung der gröblichen Benachteiligung darauf abstellt, welche Änderungen die Klausel ihrem Wortlaut nach theoretisch zulässt. Ob sich eine konkrete Änderung negativ oder positiv für den Kunden auswirkt, wird gar nicht geprüft. Das ist schon im Ansatz zu hinterfragen, weil es weder mit dem Wortlaut noch mit dem Zweck von § 879 Abs 3 ABGB im Einklang steht. Praktisch folgt aus der Erweiterung der Rsp, dass der Unternehmer bei der Änderung jeder Lappalie in den AGB die Zustimmung jedes

einzelnen Kunden einholen müsste. Weil aber die Mehrheit der Kunden erfahrungsgemäß schweigt (vor allem, wenn es um Lappalien geht), bleibt dem Unternehmer gegenüber bestehenden Kunden mit Dauerverträgen im Massenkundengeschäft nur die Möglichkeit der Änderungskündigung. Ob damit den Interessen der Verbraucher gedient ist, muss bezweifelt werden.

Schon die Rsp zu Zustimmungsklauseln in Bezug auf die geschuldeten Leistungen des Unternehmers oder das Entgelt war aus ganz unterschiedlichen Gründen kritikwürdig (*Bollenberger*, ÖBA 2016, 36 f; *Koch*, ÖBA 2013, 898 ff; *Riss*, ÖBA 2014, 419; *Spitzer*, VbR 2013, 31; *Zöchling-Jud*, ÖBA 2015, 674). Bei der Ausweitung auf Klauseln betreffend die AGB selbst blendet der OGH aber die legitimen Interessen jedes Unternehmers, der mit Verbrauchern Dauerverträge im Massenkundengeschäft abschließt, völlig aus, noch dazu ohne jegliche Begründung (insb 9 Ob 26/15 m; 6 Ob 120/15 p). Dabei wird übersehen, dass die Sittenwidrigkeitsprüfung nach § 879 Abs 3 ABGB in einem beweglichen System vorzunehmen ist (RIS-Justiz RS0016914). Es ist eine umfassende, die Interessen des Einzelfalls berücksichtigende Interessenabwägung vorzunehmen. Was sachlich gerechtfertigt ist, kann nicht gröblich benachteiligend idS § 879 Abs 3 ABGB sein. Die Natur des Rechtsgeschäfts ist jedenfalls zu berücksichtigen (hier: Dauerverträge im Massenkundengeschäft). Ebenso fällt ins Gewicht, dass eine Zustimmungsfiktionsklausel per se für den Verbraucher gar nicht nachteilig ist. Ob sie Vor- oder Nachteile bringt, kann erst anhand der konkret vorgeschlagenen Änderungen beurteilt werden, denen der Kunde widersprechen kann und die ihrerseits (sofern es um Änderungen der AGB geht) der uneingeschränkten Geltungs- und Inhaltskontrolle unterliegen. Bei Zustimmungsfiktionsklauseln, die nur die Änderungen der AGB selbst betreffen, ist das Risiko einer gröblichen Benachteiligung des Kunden – sogar bei Auslegung im „kundenfeindlichsten Sinn“ – wesentlich geringer als bei Klauseln, die eine Änderung des Entgelts oder der vom Unternehmer geschuldeten Leistung betreffen. Es geht dann eben nicht um die Abänderung wesentlicher Pflichten (bzw des Äquivalenzverhältnisses von Leistung und Gegenleistung) zu Gunsten der Bank, sondern bloß um eine Anpassung des „Kleingedruckten“ (9 Ob 26/15 m: Kundenrichtlinien; 6 Ob 120/15 p: Kundenrichtlinien und Geschäftsbedingungen). Entgegen 8 Ob 132/15 t ist das legitime organisatorische Bedürfnis des Unternehmers nach einer einfachen Vertragsabwicklung im Massenverkehr sehr wohl im Rahmen der bei § 879 Abs 3 ABGB anzustellenden Interessenabwägung zu berücksichtigen. Gerade für eine Anpassung von AGB gibt es idR rechtfertigende Gründe. Stellt man die legitimen Interessen des Unternehmers den (bloß potentiellen) Nachteilen für den Kunden gegenüber, kann kein Zweifel daran bestehen, dass der Einsatz von Zustimmungsfiktionsklauseln bzgl die Änderung der AGB selbst nicht nur sachlich gerechtfertigt, sondern sogar notwendig ist.

Der OGH sollte somit zumindest die va in 9 Ob 26/15 m und 6 Ob 120/15 p erfolgte Erweiterung der Zustimmungsfiktionsklausel-Judikatur auf Klauseln über Anpassungen der AGB selbst überdenken.

Alexander Schopper,
Universität Innsbruck