

Zeitschrift für

# VERBRAUCHER- RECHT

VbR

*Chefredakteur:* Peter Kolba  
*Redaktionsleitung:* Petra Leupold  
*Redaktion:* Raimund Bollenberger, Wilma Dehn, Alexander Klausner,  
 Petra Leupold, Paul Oberhammer, Christian Rabl

September 2013

01

1 – 32

Beiträge**Inkassokosten**

Georg E. Kodek ↻ 8

**Der zu Unrecht empfohlene Fremdwährungskredit**

Georg Graf ↻ 4

**Prozessfinanzierung, Rechtsfreunde, quota litis und Sammelklage**

Alexander Klausner ↻ 12

**Kapitalmarktrechtliche Ansprüche von Genussrechtsinhabern  
in der Insolvenz**

Martin Trenker ↻ 16

Rechtsprechung**Leistungsänderung per Erklärungsfiktion** ↻ 20**Unzulässige Klauseln in der Rechtsschutzversicherung**

Petra Leupold ↻ 24

**Anerkennnisverbot in der Haftpflichtversicherung**

Martin Ramharter ↻ 26

**Akteneinsicht für Kartellgeschädigte** ↻ 28Pro & Contra**Erklärungsfiktionsklauseln**

Thomas Haghofer/Martin Spitzer ↻ 30

# Ein Schelm, wer Böses dabei denken könnte

## Die Erklärungsfiktion des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG nach 1 Ob 210/12g

VbR 2013/20

Alles wird teurer. Während der Greißler „am Eck“ dieser schlichten Einsicht durch Preiserhöhungen Rechnung tragen kann, tut man sich in Dauerschuldverhältnissen schwer. Im Massengeschäft Konditionen neu auszuhandeln wäre zu aufwändig und scheiterte meist am Desinteresse der Kunden. Die Wirtschaft braucht daher Mechanismen, um ohne aktive Zustimmung der Kunden eine Vertragsänderung zu bewerkstelligen. Eine Möglichkeit ist § 6 Abs 1 Z 2 KSchG (vgl zu § 6 Abs 1 Z 5 KSchG jüngst 3 Ob 107/11 y). Danach sind Klauseln unwirksam, wonach ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers (Schweigen) als Willenserklärung gilt (Zustimmung), es sei denn, er wird rechtzeitig darauf hingewiesen. Der Umkehrschluss liegt nahe; der OGH hat eine klassische – und nach Z 2 tadellose – Erklärungsfiktionsklausel jüngst (1 Ob 210/12g) aber dennoch wegen gröblicher Nachteiligkeit nach § 879 Abs 3 ABGB und Intransparenz (§ 6 Abs 3 KSchG) gekippt, schüfe sie doch die Gefahr einer schrankenlosen Vertragsanpassung.

Klar ist zunächst, dass das künftige Ergebnis einer Vertragsanpassung durch fingierte Willenserklärung der Inhaltskontrolle standhalten muss. Das beruhigte den OGH aber nicht, diese Argumentation verkenne nämlich „Sinn und Zweck des Verbandsprozesses“. Die Klausel sei aufzuheben, weil Vertragsänderungen, die durch sie bewirkt werden könnten, gröblich benachteiligend sein könnten. Die Prüfung wird also vorverlagert, wobei der Phantasie hinsichtlich schlimmer Klauseln keine Grenzen gesetzt sind: Ein Schelm ist nicht nur, wer Böses dabei denkt, sondern sich, wer künftig Böses denken könnte. Für den OGH folgt das aus der im Verbandsprozess gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung.

Das erscheint fragwürdig. Die kundenfeindlichste Auslegung (vgl jüngst die Kritik bei *Kozioł*, RdW 2011, 67) hat das Ziel, jene Auslegungsvariante zu wählen, die am ehesten ein Verbot der Klausel bewirkt. „Nur so kann der Zweck der Verbandsklage, nämlich die Sanierung des Rechtsverkehrs von unangemessenen Vertragsklauseln erreicht werden“ (Basedow in MüKo, BGB<sup>6</sup> [2012] § 305 c Rz 34), was naheliegt, weil die ganz konkrete Gefahr droht, dass der AGB-Verwender zur für sich günstigsten und damit verbraucher-schädlichsten Lesart greift. Diese Situation liegt aber bei der Erklärungsfiktion nicht vor, weil dabei ohnedies erst ein konkretes Änderungsangebot an den Kunden gehen muss, das dieser ablehnen kann. Wo der AGB-Verwender noch nicht einmal ins Versuchsstadium vorgedrungen ist, ja noch nicht einmal ein *thoughtcrime* (vgl „1984“) begeht, sind weder Bedarf noch Rechtfertigung gegeben, durch kundenfeindlichste Auslegung (im Übrigen nicht der inkriminierten Klausel, sondern der Phantasie des AGB-Verwenders für künftige Änderungsangebote) einzugreifen.

Für eine solche Idee findet sich in der Lit soweit ersichtlich kein Vorbild und auch in der Rsp ist sie erst zaghaft obiter angeklungen (6 Ob 85/11 k). Inspiration war der BGH, der zur Parallelbestimmung des § 308 Z 5 BGB judizierte, dass die Beachtung der dortigen Formalitäten nicht die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB erspare (vgl *Wurmnest* in MüKo, BGB<sup>6</sup> § 308 Nr 5 Rz 11). Allerdings hat sich diese Rsp an Extremfällen entwickelt, wie *Rummel* jüngst betont hat (Anm zu ÖBA 2012/1784): In NJW-RR 2008, 134 hatte der BGH die Sorge, dass ein Internetprovider den Vertrag geradezu

„umkrepelt“, indem Anpassungen „nicht nur von einzelnen Details“ durchgeführt werden, sondern der „*Essentialia des Vertrags* [...] ohne dass eine Einschränkung besteht“. So könnte der Unternehmer „das Vertragsgefüge insgesamt“ umgestalten, „das Äquivalenzverhältnis [...] erheblich“ verschieben und damit die „Position ihres Vertragspartners [...] entwerten“.

Die Sorge ist verständlich, aber: Beschränkte man die Erklärungsfiktion auf „*peanuts*“ (*Rummel*, ÖBA 2012/1784), wäre sie sinnlos. Nicht einmal das vom Gesetzgeber selbst gegebene (ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 23) Schulbeispiel der Verlängerung befristeter Verträge wäre dann zu bewältigen, weil damit (unkündbare) Leistungspflichten für einen Zeitraum in der Zukunft geschaffen werden, zweifellos ein *essentiale*. Es steht zu befürchten, dass eine Einschränkung von § 6 Abs 1 Z 2 KSchG um „*essentia lia*“ – was auch immer das in dem Zusammenhang bedeuten mag – das Leben von Banken, Versicherungen, Energieversorgern, Telekomanbietern unnötig schwer macht (vgl *Csoklich/Foglar-Deinhardstein*, JBl 2013) oder bei Bedarf von Vertragsänderungen – zB auch zur Anpassung an neue Gesetze – zur Massenänderungskündigung zwingt. Nur ein schwacher Trost ist, dass es dem OGH nicht darum geht, „jede Vertragsanpassung [...] auszu-schließen“, denn wie eine transparente Gestaltung von Änderungsklauseln aussieht, die jede mögliche künftige Änderung schon in den AGB antizipiert und gleich auch einen Katalog an Änderungskriterien dafür gibt, verrät der OGH nicht. Der Hinweis, das müsse er auch nicht, weil das Sache des AGB-Verwenders sei, ist nur hinsichtlich der Formulierung der AGB richtig, die Fragen nach dem Anwendungsbereich, den der OGH § 6 Abs 1 Z 2 KSchG noch lässt, und generell der Auslegung einschlägiger Normen sind aber legitim und früher oder später zu beantworten. Dasselbe gilt für die durch die Entscheidung obiter geschaffene Unsicherheit über Schriftformvorbehalte: Von 7 Ob 216/11g noch gebilligt, lässt der erste Senat die Frage nun explizit offen – keine leichte Aufgabe für den AGB-Verwender.

Für Banken kommt ein weiterer Aspekt dazu: Seit einiger Zeit gibt es §§ 28 f ZaDiG, nach denen vereinbart werden kann, dass die Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers zu einer Änderung der Bedingungen als erteilt gilt, wenn er nicht rechtzeitig widerspricht (§ 28 Abs 1 Z 6 a), wobei der Zahlungsdienstnutzer obendrein – warum auch immer – den Vertrag noch kostenlos fristlos kündigen kann (§ 29). Die Norm ist Ausfluss der vollharmonisierenden ZahlungsdiensteRL (Art 44). Zu denken gibt dabei, dass zur deutschen Parallelbestimmung des § 675 g BGB gesagt wird (*Casper* in MüKo, BGB<sup>6</sup> § 675 g Rz 2 f [8]), sie erfasse „jegliche Formen der Änderung“ und eine Zustimmungsfiktion, die diesen Anforderungen genügt, könne „nicht mehr nach § 308 Nr 5 [= § 6 Abs 1 Z 2 KSchG] der Inhaltskontrolle unterzogen werden, auch ist insoweit ein Rückgriff auf § 307 [= § 879 Abs 3 ABGB] gesperrt“. Wie sich § 879 Abs 3 ABGB zu dieser Vollharmonisierung verhält, wäre eine Frage, deren Klärung eher dem EuGH als dem OGH in der genannten Entscheidung obliegen würde.

Martin Spitzer,  
WU Wien