

Zeitschrift für

VERBRAUCHER- RECHT

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

Jänner 2019

01

1 – 40

Beiträge

AGB-Recht und Verbandsprozesse: Judikatur-Überblick 2017/18 (Teil I)

Stefan Langer ↻ 4

Datenschutz neu: Individuelle und kollektive Rechtsdurchsetzung

Susanne Augenhofner ↻ 8

Dieselfahrverbote Stefan Storr ↻ 14

Die Zulässigkeit der Sammelklage österreichischer Prägung
am Beispiel der Verfahren VKI gegen VW

Alexander Klauser und Katharina Huber ↻ 19

Rechtsprechung

Onlinedating: Wertersatz bei Rücktritt ↻ 25

Währung bei Flugpreisangaben ↻ 30

Auskunftspflicht nach § 3 VersVG ↻ 32

Schneeballsystem: Rückabwicklung ↻ 33

Pro & Contra

DSGVO: Freiwilligkeit der Einwilligung bei Cookies?

Lukas Feiler und Thomas Rainer Schmitt/

Markus Kastelitz und Christof Tschohl ↻ 38

AGB-Recht und Verbandsprozesse: Judikatur-Überblick 2017/18 (Teil I)

VbR 2019/3

§§ 6, 28 bis 30
KSchG;
§§ 864 a, 879
Abs 3 ABGB

Negativzinsen;

Onlinebanking;

optische
Gestaltung;

Kleindruck;

Hauptleistung;

Rechtswahl-
klauseln

Der OGH war in den vergangenen beiden Jahren mit zahlreichen Rechtsfragen in Verbandsklagen nach §§ 28, 28 a KSchG befasst. Der Beitrag stellt ausgewählte und für die Praxis wichtige Urteile und Judikatur-Entwicklungen im Überblick dar.

Von Stefan Langer

A. „Negativzinsen“

Mehrere Urteile im Betrachtungszeitraum befassen sich mit der Situation, dass im in den letzten Jahren atypisch niedrigen Zinsniveau manche in Kreditverträgen mit Verbrauchern für die **Berechnung des variablen Zinssatzes vereinbarte Indikatoren einen negativen Wert** aufwiesen. Typischerweise war in den Kreditverträgen mit Verbrauchern ein Indikator zuzüglich eines ziffernmäßig bestimmten Aufschlags vereinbart (zB 3-Monats-CHF-LIBOR zuzüglich 1,5%). Die betreffenden Entscheidungen ergingen zunächst zu Konstellationen, in denen die Kreditverträge keine (von der rein mathematischen Berechnung abweichende) Regelung für diesen Fall vorgesehen hatten, und in der Folge auch zu Klauseln, die Banken im Lichte dieser Entwicklung in Neuverträgen mit ihren Kunden vereinbart hatten.

In seinem U vom 21. 3. 2017, 10 Ob 13/17k¹⁾, sprach der OGH aus, dass es sich um keine nach § 28 a Abs 1 KSchG zu untersagende unzulässige Geschäftspraktik handelt, wenn eine Bank bei Krediten die **Auszahlung von (Negativ-)Zinsen ausschließt**. Es wäre von einem natürlichen Konsens beider Parteien auszugehen, nach dem die Bank (laufend) Zinsen als Entgelt erhält und demgegenüber keine Zinsen an den Kreditnehmer auszahlen muss. Diese Entscheidung betraf den Sachverhalt, dass eine Bank ihren Kunden – es gab keine Regelung im Kreditvertrag für den Fall negativer Indikatorwerte – angekündigt hatte, dass für den Fall, dass die Berechnung Indikator plus Aufschlag insgesamt einen negativen Wert ergeben würde (also der Indikator weiter unter null liegen würde als die als Aufschlag vereinbarten Prozentpunkte), trotzdem einen symbolischen Mindestzinssatz von 0,00001% pa zu verrechnen (und somit quasi eine Nullverzinsung vorzunehmen) und den Kreditnehmern für solche Zinsperioden keine Zinsen zu zahlen oder gutzubuchen.

Andere Banken hatten ihren Kunden hingegen mitgeteilt, im Fall eines negativen Werts des vereinbarten Indikators nicht den Zinssatz bei null „einzufrieren“, sondern weiterhin sogar den **gesamten Aufschlag zu verrechnen, also den negativen Wert des Indikators mit null zu fingieren**. Auch in diesen Fällen sahen die Kreditverträge keine Regelung vor. Diese Geschäftspraktik wurde vom OGH in mehreren Entscheidungen nach § 28 a KSchG untersagt (30. 5. 2017, 8 Ob 101/16k;²⁾ 30. 5. 2017, 8 Ob 107/16t;³⁾ 29. 8. 2017, 6 Ob 51/17v⁴⁾; zu OGH 28. 6. 2017, 9 Ob 35/17p.⁵⁾ wurde die Rev der Bank schon mit der Begründung zurück-

gewiesen, dass gesicherte Rsp vorliege). Begründet wurde dies schon mit einfacher Auslegung des Wortlauts der getroffenen Vereinbarungen; der OGH sicherte dieses Ergebnis für die in den Entscheidungen zu beurteilenden Verbraucherverträge noch damit ab, dass sich eine Auslegung iS des Rechtsstandpunktes der Bank (Mindestzinssatz = Aufschlag) auch dadurch verbiete, dass sie gegen das Gebot der Zweiseitigkeit in § 6 Abs 1 Z 5 KSchG verstoßen würde. Die eigentliche Begründung dieser Entscheidung, nämlich dass sich schlicht durch Auslegung der Vertragsregelung über die Berechnung des Zinssatzes ergibt, dass der Kreditgeber nicht nachträglich einseitig einen Mindestzinssatz in Höhe des auf den Indikator vereinbarten Aufschlags in den Vertrag einführen darf, weil diesbezüglich keine im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu schließende Regelungslücke gegeben wäre, ist aber mE in gleicher Weise auf Unternehmerkredite anzuwenden.⁶⁾

Die nächsten Entscheidungen betrafen den Fall, dass Banken in Kreditverträgen mit Verbrauchern – va in Kreditverträgen, die erst abgeschlossen wurden, als die Indikatoren bereit negativ waren – **vereinbart hatten, dass der Bank für den Fall eines negativen Werts des vereinbarten Indikators der vereinbarte Aufschlag als Mindestzinssatz zustehen sollte**. Diese Klausel wurde vom OGH nach § 28 Abs 1 KSchG im U v 13. 6. 2017, 4 Ob 107/17i,⁷⁾ untersagt. Sieht der Vertrag eine Zinsuntergrenze (über null), aber keine Zinsobergrenze vor, ist der Verstoß gegen das Gebot der im

- 1) VbR 2017/69 = JBI 2017, 732 = ÖBA 2017/2340 = RdW 2017/231 = ZFR 2017/173 = Zak 2017/214 = ecolex 2017/341 (Buchleitner) = EvBl 2018/37; s dazu auch Schopper, Erste OGH-Entscheidung zu Negativzinsen beim Verbraucherkreditvertrag, VbR 2017, 77; Kronthaler, Die „Negativzinsen“ in der Judikatur des OGH, Zak 2017/388; Vonklich, Keine „Negativzinsen“ (?), Zak 2017, 227; Ramharter, Negativzinsen beim Kreditvertrag – wider die Natur? VbR 2017, 144; Graf, Der OGH und die negativen Referenzwerte – Untergrenze ist auch ohne Obergrenze zulässig! ZFR 2017, 367; Schmid, „Negativzinsen“: Eine kritische Würdigung der aktuellen Rechtsprechung, RdW 2017, 671; Wilhelm, Euribor negativ – Kreditzinsen negativ? ecolex 2017, 825.
- 2) ZFR 2017/190 = ÖBA 2018/2412 (Foglar-Deinhardstein); Wilhelm, ecolex 2017, 825; Schmid, RdW 2017, 671. Davor war dies in OGH 3. 5. 2017, 4 Ob 60/17b (VbR 2017/88 = Zak 2017/306 = ÖBA 2017/2348 [Koch] = ZFR 2017/172 = ecolex 2017/343 = EvBl 2018/38), bereits in einem Einzelverfahren eines Kreditnehmers judiziert worden.
- 3) ZFR 2017/270 (Ruhm) = ecolex 2018/55; Wilhelm, ecolex 2017, 825.
- 4) ÖBA 2017/2418 = ZFR 2018/9 (Ruhm).
- 5) 9 Ob 35/17p ZFR 2017/265.
- 6) IdS auch Leupold, Negativzinsen beim Kreditvertrag, VbR 2015, 82 (83 ff); dagegen Melber, Negativzinsen im Unternehmergeschäft, ÖBA 2017, 814.
- 7) VbR 2017/113 = ZFR 2017/191 = ÖBA 2017/2411; Schmid, RdW 2017, 671; Wilhelm, ecolex 2017, 825.

Sinn der Anpassungssymmetrie⁸⁾ verstandenen Zweiseitigkeit nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG evident.

Spannend und noch nicht vom OGH ausjudiziert ist die Zulässigkeit der „nächsten Generation“ derartiger Klauseln, bei denen Banken neben dem „Floor“ (Untergrenze) zB in Höhe des Aufschlags auch ein „Roof“ (Obergrenze) in Form eines ziffernmäßig ausgedrückten Zinssatzes im Vertrag vorsehen, diese Obergrenze aber oft sehr hoch angesetzt ist.⁹⁾ ME kann die bisherige Rsp jedenfalls nicht so verstanden werden, dass jede beliebige Zinsobergrenze eine Klausel gegen den Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG immunisieren könnte. Vielmehr wird die **wirtschaftliche Gleichwertigkeit** von Ober- und Untergrenze zu fordern sein, also eine ex ante weitgehend gleich hohe Wahrscheinlichkeit, dass das Zinsniveau sich so entwickelt, dass entweder die Ober- oder Untergrenze durchstoßen wird.¹⁰⁾

Insgesamt hat der OGH zwar eine recht „salomonische“ Lösung gefunden, was die verschiedenen, unter dem Schlagwort „Negativzinsen“ diskutierten Konstellationen betrifft. Dass es ohne ausdrückliche gegenteilige Vereinbarung auch dann, wenn die Addition aus (stärker) negativem Indikator und (vergleichsweise geringem) Aufschlag einen negativen Wert ergibt, für diese Zeit nicht zur Zahlung oder Verrechnung echter „Negativzinsen“ kommen soll, sondern der Zinssatz mindestens null beträgt, überzeugt nicht: Selbst wenn man den vom OGH als zentrales Argument herangezogenen „natürlichen Konsens“¹¹⁾ über die Zinszahlung des Kreditnehmers an den Kreditgeber – und nicht umgekehrt – anerkennt, erscheint es keineswegs zwingend, dass bei typischerweise auf längere Zeit angelegten Vertragsverhältnissen wie (vielen) Verbraucherkreditverträgen dieser angebliche natürliche Konsens nicht auf die Vertragsdauer insgesamt, sondern auf jede einzelne Zinsperiode projiziert wird. Es hätte mE nichts dagegengesprochen anzuerkennen, dass zwar ex ante bei den von den Parteien erwarteten möglichen Veränderungen des Zinsniveaus damit zu rechnen sein muss, dass es insgesamt über die Vertragslaufzeit betrachtet zu einem Überhang von Zinszahlungen des Kreditnehmers an den Kreditgeber und damit zu einem Entgelt für die Überlassung der Kreditvaluta kommt, der natürliche Konsens aber nicht verhindert, dass für einzelne Zinsperioden der Zahlungsfluss oder die Verrechnung in die andere Richtung gehen kann, wodurch sich das Gesamtentgelt für die ganze Laufzeit des Vertrags eben reduziert.¹²⁾ Umgekehrt hat der OGH der Rechtsansicht jenes Teils der Kreditwirtschaft¹³⁾, der in der Verrechnung des vereinbarten Aufschlags als Mindestzinssatz ebenfalls eine Art „Naturzustand“ gesehen hat, im Wege der Vertragsauslegung und bei Verbraucherverträgen auch über § 6 Abs 1 Z 5 KSchG eine Absage erteilt. Dies gilt sowohl für jene Konstellationen, in denen der Vertrag noch keine Regelung vorsieht, als auch – im Verbrauchergeschäft¹⁴⁾ – für Klauseln, die zwar eine Mindestverzinsung bspw in Höhe des Aufschlags, aber keine Höchstverzinsung vorsehen.

B. Onlinebanking

Mit den Voraussetzungen essentieller Kommunikation bei Rahmenverträgen nach dem ZaDiG hatte sich der

OGH im U v 28. 9. 2017, 8 Ob 14/17 t,¹⁵⁾ zu beschäftigen. Die bekl Bank hatte sich vorbehalten, Änderungen des Rahmenvertrags zu einem Konto und weitere Nachrichten lediglich über das eBanking-Postfach zu kommunizieren. Die diesbezügliche Klausel lautete: „*Mitteilungen und Erklärungen (insbesondere Kontonachrichten, Kontoauszüge, Kreditkartenabrechnungen, Änderungsmitteilungen, etc), die die Bank dem Kunden zu übermitteln oder zugänglich zu machen hat, erhält der Kunde, der eBanking vereinbart hat, per Post oder durch Abrufbarkeit oder Übermittlung elektronisch im Wege des [Name der Bank] eBankings.*“ Der OGH hatte eine Vorabentscheidung des EuGH eingeholt. Nach dessen U v 25. 1. 2017, C-375/15,¹⁶⁾ kann eine E-Banking-Website unter zwei Voraussetzungen als der von § 29 ZaDiG¹⁷⁾ verlangte **dauerhafte Datenträger** in Frage kommen: Informationen müssen so **gespeichert werden können**, dass der Nutzer sie für eine angemessene Dauer einsehen kann und ihm deren **unveränderte Wiedergabe ermöglicht** wird, ohne dass es zu einer Veränderungsmöglichkeit durch den Zahlungsdienstleister bzw dessen Administrator kommen kann. Daneben muss der **Zahlungsdienstleister**, wenn der Konsument die Website zur Informationserlangung besuchen muss, **von sich aus tätig werden**, um den Zahlungsdienstnutzer zu informieren, dass Informationen bereitgestellt wurden. Eine bloß Zugänglichmachung (und nicht das von § 29 ZaDiG 2015 verlangte „Mitteilen“) liegt bei solchen Websites vor, wenn mit der Übermittlung nicht einhergeht, dass der Zahlungsdienstleister auch in der genannten Weise von sich aus tätig wird. Die Klausel der Bank konnte die vom EuGH aufgestellten Kriterien nicht erfüllen, sah sie doch eine Nachrichtenübermittlung an das E-Banking-Postfach

8) OGH 20. 11. 2001, 5 Ob 266/02 g ecolex 2003/102 = RdW 2003/202; OGH 17. 12. 2002, 4 Ob 265/02 b EvBl 2003/5 = ecolex 2003/136 (Leitner); OGH 21. 2. 2003, 4 Ob 288/02 k.

9) In einem dem Autor bekannten Praxisfall liegt sie bei 16% pa.

10) Zu den Voraussetzungen, nach denen diese Gleichwertigkeit von Unter- oder Obergrenze zu prüfen ist, s vertiefend Haghofer, Zur Wirksamkeit von Mindestverzinsungsklauseln, ecolex 2017, 291 (292 f).

11) Krit dazu Vonkilch, Negativzinsen beim Kreditvertrag? in Leupold (Hrsg), Forum Verbraucherrecht 2016 (2016) 75 (77 f).

12) Siehe dazu zB Kriegner, Negativzinsen – pacta sunt servanda? ÖBA 2016, 507; Leupold, VbR 2015/53; dagegen Koch, Negativzinsen beim Kreditvertrag – eine Replik, VbR 2015/104.

13) Sowie von Teilen der L, s dazu insb die ausführliche Untersuchung von Zöchling-Jud, Zum Einfluss von negativen Referenzwerten auf Kreditzinsen, ÖBA 2015, 318, die bei den in der Praxis häufigsten Fällen der Vereinbarung eines über die Laufzeit des Vertrags fixen Aufschlags („absolute Berechnungsmethode“) zum Ergebnis kommt, dass der Bank der Aufschlag als Mindestverzinsung zustehen würde, dies anders als bei der „relativen Berechnungsmethode“ (Abhängigkeit des Aufschlags von der Entwicklung des Indikators).

14) Siehe zu Unternehmenskredit arg § 879 Abs 3 ABGB zuletzt krit zu einer nicht rk Entscheidung des HG Wien Völk, Einige Thesen zur Zulässigkeit von Mindestzinssätzen bei Unternehmenskrediten, ZFR 2018, 492; für ein aus § 879 Abs 3 ABGB ableitbares Zweiseitigkeitsgebot zuvor bereits OGH 3 Ob 47/16 g VbR 2016/76.

15) VbR 2017/132 = RdW 2017/608 = EvBl-LS 2018/11 = ZFR 2018/7 (Ladler) = ÖBA 2018/2427 = JBl 2018, 49 = justIT 2018/3 (Klampfner) = Haas, GRUR Int 2018, 217.

16) VbR 2017/43 = ecolex 2017, 275 (Balthasar-Wach). Siehe dazu auch Gabassi/Langer, Die (elektronische) Kommunikation von Banken mit ihren Kunden nach dem BAWAG-Urteil des EuGH, VbR 2017/56, die auch auf die Auswirkungen des U auf die Rechtslage nach der PSD II (RL 2015/2366/EU) und damit nach dem ZaDiG 2018 eingehen; Spitzer/Wilfinger, Dauerhafter Datenträger und Kundenkommunikation beim Online-Banking, ÖBA 2017, 230.

17) BGBl I 2009/66.

vor, welches vom Konsumenten aber lediglich für die Kommunikation mit dem Kreditinstitut verwendet wird. Daher **bedurfte es** für die Mitteilung der Information **zusätzlich einer Form, welche eine Kenntnisnahme des Kunden wahrscheinlich macht.**¹⁸⁾ Wegen Verstoßes gegen § 29 Abs 1 Z 1 iVm § 26 Abs 1 Z 1 ZaDiG untersagte der OGH in Folge die Klausel. Die bloße Kommunikation über von Kreditinstituten selbst eingerichtete E-Postfächer ist daher kein geeignetes Mittel für die Mitteilung von Vertragsänderungen (oder sonstiger Kommunikation, für die nach damaliger Rechtslage oder zB nach § 48 Abs 1 Z 6 ZaDiG 2018 „Mitteilen“ vorgesehen ist). Ist aber parallel eine Verständigung des Verbrauchers davon, dass ihm etwas in seinem E-Postfach „mitgeteilt“ werden soll, erforderlich, stellt sich für die Bank das Thema, dass sie den Zugang dieser gesonderten Erklärung (etwa eines parallel zur Kommunikation im E-Postfach versandten E-Mails) wird beweisen müssen, soll sie die „Mitteilung“ iSd des ZaDiG als solche nachweisen. Damit ist die Nutzung solcher E-Postfächer für jene Fälle, in denen das ZaDiG eine „Mitteilung“ verlangt, in der Praxis einigermaßen erschwert. Der europäische Gesetzgeber zielt offenbar in jenen Fällen, in denen verlangt ist, eine Information „mitzuteilen“, darauf ab, dass die Wahrscheinlichkeit, dass sie dem Empfänger tatsächlich zukommt und von diesem auch wahrgenommen wird, erheblich erhöht sein soll.

C. Schriftgröße

Im U v 28. 2. 2018, 6 Ob 203/17 x¹⁹⁾, hatte sich der OGH mit der Frage zu befassen, wie klein ein Vertragsformblatt sein darf, um nicht per se mangels ausreichender Lesbarkeit intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG zu sein. Die Klausel war in einer **Druckgröße von 8 oder 9 pt** geschrieben, sie fand sich auf einem einseitigen Exposé auch nicht an einer unerwarteten oder versteckten Stelle, sondern unmittelbar unterhalb des Kaufpreises. Der OGH beurteilte die Klausel als ausreichend transparent, die Lektüre erfordere für einen Durchschnittsverbraucher keine besondere Anstrengung. Davor gab es zu dieser Frage nur zweitinstanzliche Rsp (OLG Wien 14. 9. 2010, 1 R 66/10 y), nach der eine Klausel, die in der Größe von rund **5,5 pt** und mit geringem Zeilenabstand geschrieben ist, intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG ist. Das OLG Wien folgerte damals aus dem Gebot der Erkennbarkeit, einem der Teilaspekte des Transparenzgebots, dass Klauseln in **AGB bei sonstiger Intransparenz aus normaler Lesedistanz mühelos lesbar sein müssen**, weil die schwierige Lesbarkeit von Vertragsbestimmungen ebenso ein Informationsdefizit des Verbrauchers bewirke wie eine schwierige Sinnverständlichkeit. Das damals beklagte Unternehmen hatte die bereits eingebrachte oRev gegen dieses U des OLG Wien zurückgezogen.

Es ist bemerkenswert, dass es zu dieser praxisrelevanten Thematik bisher nicht mehr Judikatur gibt. Alle Teilnehmer am Wirtschaftsleben, gleich ob Unternehmer oder Verbraucher, sind mit einer Flut an AGB oder Vertragsformblättern konfrontiert, sowohl auf elektronischem wie auch auf schriftlichem Wege. Ver-

suchen AGB-Verwender bei längeren AGB oder Vertragsformblättern die Seitenzahl für die Wiedergabe des Texts zu reduzieren, geht dies notwendigerweise zu Lasten der Schriftgröße.

Die nunmehrige Entscheidung des OGH liegt mE auf einer Linie mit dem Urteil des OLG Wien aus dem Jahr 2010. AGB oder Vertragsformblätter müssen danach zwar nicht in einer für das menschliche Auge idealen oder angenehmen Schriftgröße abgefasst sein (nicht umsonst ist umgangssprachlich oft vom „Kleingedruckten“ die Rede). Eine Schriftgröße von 8 oder 9 pt ist für viele Leser gerade bei längeren Texten nicht gut zu lesen. Exzesse bezüglich der Kleinheit der Schriftgröße oder sonstigen optischen Darstellung (etwa wenn sich die Schrift nur wenig von der Farbe des Hintergrundes abhebt, wie man immer wieder gerade bei auf Hochglanzpapier gedruckten AGB oder bei den im Wirtschaftsleben noch immer verbreiteten „Durchschlagformularen“ sieht) sind aber auch künftig konsequent damit zu sanktionieren, solche Vertragswerke insgesamt als intransparent anzusehen und ihre Regelungen insgesamt unangewendet zu lassen. Es ist dem Vertragspartner des AGB-Verwenders jedenfalls nicht zuzumuten, besondere technische Hilfsmittel wie Lupen heranziehen zu müssen, um den Inhalt von AGB oder Vertragsformblättern zu erfassen.

D. Abgrenzung der „Hauptleistung“ iSd § 879 Abs 3 ABGB

Im U v 24. 8. 2017, 4 Ob 110/17 f,²⁰⁾ hatte der OGH ua eine **Nachrangklausel** in einem Darlehensvertrag im Rahmen des sog „Crowdfunding“ zu beurteilen. Der Verbandskläger hatte sein Klagebegehren bewusst ausschließlich auf § 879 Abs 3 ABGB gestützt, um zu einer inhaltlichen Beurteilung der konkreten (für die Vertragspartner des AGB-Verwenders in verschiedenster Hinsicht nachteiligen) Gestaltung der Klausel zu gelangen und nicht etwa bloß zu deren Untersagung wegen Intransparenz nach § 6 Abs 3 KSchG. In Abänderung der klagsstattgebenden Urteile beider Vorinstanzen wies der OGH das Klagebegehren zu dieser Klausel mit der Begründung ab, sie betreffe die Hauptleistung iSd § 879 Abs 3 ABGB und wäre damit der Inhaltskontrolle entzogen. Der OGH sieht in der qualifizierten Nachrangklausel ein **für den Vertragstypus konstitutives Merkmal**. Begründet wurde dies ua damit, dass die nachträgliche Einfügung einer qualifizierten Nachrangklausel als Novation, also als Änderung des Hauptgegenstands des Schuldverhältnisses, angesehen würde und der Gesetzgeber in § 2 Z 2 AltFG aF für vergleichbare Anwendungsfälle das Nachrangdarlehen als Finanzierungsform explizit nenne. Die qualifizierte Nachrangklausel schränke daher nicht bloß das Ver-

18) Zur Bedeutung des Urteils in Hinblick auf die Erteilung der Informationspflichten nach Art 13 f DSGVO *Schilchegger*, Zur Erfüllung datenschutzrechtlicher Informationspflichten, ÖBA 2018, 319 (320 f).

19) VbR 2018/52 = AnwBl 2018/132 = Zak 2018/212 = ÖBA 2018/2492 = ecoclex 2018/345 (*Melcher*).

20) VbR 2017/136 = ÖBA 2017/2400 = immolex-LS 2017/63 = Zak 2017/677 = RdW 2017/607 = ZFR 2018/12 (*Ruhm*) = ZIK 2018/102 = ecoclex 2018/4 (*Sommerauer*), s dazu zust *Laszlo*, Die qualifizierte Nachrangabrede als Teil der essentialia negotii des Nachrangdarlehens, ZFR 2018, 64; abl *Graf*, Zur Inhaltskontrolle von Nachrangdarlehen-AGB, VbR 2018, 48.

sprechen des Darlehensnehmers auf Zahlung vereinbarter Zinsen und auf Rückzahlung des Kapitals für bestimmte Fälle ein (und höhle sie damit aus), sondern schaffe einen eigenen Vertragstypus.

Diese Entscheidung schränkt – ebenso wie die E OGH 30. 3. 2016, 6 Ob 13/16 d,²¹⁾ zu **Bearbeitungsgebühren in Kreditverträgen** von Banken – den Anwendungsbereich des § 879 Abs 3 ABGB deutlich ein. Die Rsp war bisher streng, was die Ausnahme für „Hauptleistungen“ betraf, legte diesen Begriff eng aus und unterwarf auch Klauseln, die das eigentliche Leistungsversprechen zwar betreffen, dieses aber einschränken, verändern oder aushöhlen, der Inhaltskontrolle.²²⁾ ME wäre gerade auf Linie dieser stRsp damit zu rechnen gewesen, dass der OGH die konkrete inhaltliche Ausgestaltung einer Nachrangabrede (unter welchen Voraussetzungen kann der Darlehensgeber Rückzahlung verlangen und welche konkreten wirtschaftlichen Konstellationen bei seinem Darlehensnehmer stehen dessen Zahlungspflicht nach der Klausel entgegen?) als Einschränkung des eigentlichen Leistungsversprechens auf Rückzahlung der Darlehensvaluta nach § 879 Abs 3 ABGB inhaltlich geprüft hätte. Die Grenze zwischen Kernmerkmalen eines (noch dazu wie beim Nachrangdarlehen gesetzlich nicht inhaltlich geregelten) angeblich eigenen Vertragstypus und der nach bisherigem Verständnis nach § 879 Abs 3 ABGB kontrollfähigen Verwässerung der Vertragspflichten zu Lasten des Vertragspartners erscheint fließend.²³⁾ Solche eigenen Vertragstypen gerade dann anzuerkennen, wenn die Rechte und Pflichten von einem gesetzlich geregelten Vertragstyp (hier: Darlehensvertrag nach §§ 983 ff ABGB²⁴⁾) besonders deutlich abweichen und damit die bei der Prüfung eines Verstoßes gegen § 879 Abs 3 ABGB zu beurteilende Äquivalenzstörung potenziell besonders krass zutage tritt, halte ich nicht für überzeugend.

Eine Einschränkung der Inhaltskontrolle im Wege einer extensiveren Auslegung des Begriffs der kontrollimmunen „Hauptleistung“ würde dazu führen, dass verschiedene „spannende“ Themen im AGB-Recht künftig nicht inhaltlich entschieden werden.

E. Rechtswahlklauseln

Ein Urteil mit weitreichender Bedeutung ist die „**Amazon**“-E OGH v 14. 12. 2017, 2 Ob 155/16 g.²⁵⁾ In diesem Verfahren hatte der OGH ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gerichtet (s das U EuGH 28. 7. 2016, C-191/15²⁶⁾). Im Verfahren war vorab zu klären, welches Recht für die Beurteilung der strittigen Klausel anzuwenden ist, da eine dieser Klauseln vorsah, dass luxemburgisches Recht gelte, und zunächst die Wirksamkeit dieser Rechtswahlklausel zu prüfen war. Nach dem Urteil des EuGH ist die Missbräuchlichkeit der einzelnen Klauseln durch Anwendung der Rom I-VO zu ermitteln. Da *Amazon* Verträge mit Verbrauchern schließt und seine Tätigkeit (auch) auf Österreich ausrichtet, ist Art 6 Rom I-VO anwendbar, und die objektive Anknüpfung nach Art 6 Abs 1 Rom I-VO führte zur Anwendung österreichischen Rechts. Zwar kann nach Art 6 Abs 2 Rom I-VO mit Rechtswahl (Art 3 Rom I-VO) abgewichen werden,

was aber **nicht dazu führen kann**, dass in Österreich ansässigen Verbrauchern der **Schutz zwingender Bestimmungen des österreichischen Rechts entzogen** würde. Eine Rechtswahlklausel ist missbräuchlich iSv Art 3 Abs 1 RL 93/13/EWG, wenn sie keinen Hinweis auf den ergänzenden Schutz durch Anwendung der zwingenden Bestimmungen des Verbraucherstaatsrechts enthält. Nach der nunmehr stRsp des EuGH folgt daraus, dass diese Klausel – als „unverbindlich“ bzw. „nichtig“ – nicht anzuwenden ist (C-618/10, *Banco Español de Crédito SA ua*). Daher enthielten die AGB der Beklagten **keine wirksame Wahl luxemburgischen Rechts** und waren somit gem Art 6 Abs 1 Rom I-VO nach **österreichischem Recht** zu beurteilen. Weiters enthält diese Entscheidung des OGH (ebenso wie jene des EuGH) interessante Ausführungen zu dem auf Datenschutzklauseln anzuwendenden Recht, die von den allgemeinen Kriterien nach Art 6 Abs 1 Rom I-VO abweichen, auf die hier aus Gründen des Umfangs (und auch im Hinblick auf die zwischenzeitig in Kraft getretene DSGVO) aber nicht eingegangen wird, ebenso nicht auf die einzelnen Klauseln, die bei Beurteilung nach österr Recht letztlich untersagt wurden.

In der Folge hat der OGH diese Rsp auch in der E v 21. 12. 2017, 4 Ob 228/17 h,²⁷⁾ fortgeschrieben.

Nach den Kriterien dieser Entscheidung ist ein großer Teil der (jedenfalls bis zu dieser Entscheidung) in der Praxis von international tätigen Unternehmen verwendeten Rechtswahlklauseln in deren Verträgen mit Verbrauchern unwirksam, weil Hinweise auf den ergänzenden Schutz fehlen, den dem Verbraucher die Anwendung seines Wohnsitzrechts bietet. →

21) VbR 2016/80 = ÖBA 2016/2217 (*Bollenberger/Kellner*) = RdW 2016/302 = eclex 2016/201 = Zak 2016/288 = EvBl-LS 2016/119 = JBl 2016, 533 = ZFR 2016/197; s dazu *Kellner*, Pro Nebengebühren, VbR 2016/86; *Gelbmann*, Bearbeitungsgebühr als Vertragsleistung? VbR 2016/87; *Buchleitner/Rabl*, OGH: Kreditbearbeitungsgebühr zählt zur Hauptleistung! eclex 2016, 465; *Schoditsch*, Einmalige Bearbeitungsgebühr und vorzeitige Kreditrückzahlung (§ 16 VKrG), VbR 2016, 100; *Heindler*, Volenti non fit iniuria – OGH 30. 3. 2016, 6 Ob 13/16 d, ÖJZ 2016, 797; *Reichholf-Kogler/Reichholf*, Kreditbearbeitungsgebühr – Kontrollfreie Hauptleistung? VbR 2016, 136. Vgl auch zum Begründungsansatz hinsichtlich der (Mindest-)Bindungsdauer als charakteristisches Hauptmerkmal beim Timesharing-Vertrag OGH 3 Ob 132/15 f VbR 2016/31 (geltungserhaltende Reduktion); dazu *Graf*, Überlange Vertragsbindung und Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, VbR 2016, 140.

22) OGH 7. 8. 2008, 6 Ob 253/07 k JBl 2009, 165 uva.

23) Allgemein zur Reichweite des Begriffs der Hauptleistung iZm Rechtsprodukten *Ramharter*, Der Teufel steckt oft (nicht nur) im Detail, VbR 2015, 134, vs *Kellner*, Pro marktwirtschaftliche Flexibilität! VbR 2015, 135.

24) Ausf dazu *Haghofer*, Zur Wirksamkeit qualifizierter Nachrangklauseln, VbR 2015, 43; für eine Heranziehung der Regelungen zur stillen Gesellschaft als Kontrollmaßstab *Kriegner*, Qualifizierte Nachrangdarlehen und Inhaltskontrolle, VbR 2017, 116; für eine je nach Interessenlage orientierte Heranziehung *Graf*, VbR 2018, 48.

25) VbR 2018/7 = RdW 2018/119 = ÖBA 2018/2474 = VuR 2018, 225 = JBl 2018, 464 = ÖBl 2018/76 (*Handig*).

26) VbR 2016/97 (*Leupold/Gelbmann*) = ÖJZ 2016/21 (*Brenn*) = eclex 2016/457 (*Vidmar*); davor schon *Micklitz/Reich*, Rechtswahlklauseln auf dem Prüfstand – Zum Vorabentscheidungsverfahren C-191/15 VKI/Amazon, VbR 2016/5; vgl auch *Reichholf*, Überlegungen zum Günstigkeitsprinzip gem Art 6 Abs 2 Rom I-VO, VbR 2017, 17.

27) VbR 2018/30 = RdW 2018/270.

**→ In Kürze**

Der Beitrag stellt verschiedene thematisch interessante OGH-Entscheidungen der Jahre 2017 und 2018 aus Verbandsverfahren nach §§ 28, 28 a KSchG dar und beleuchtet die Auswirkungen dieser Entscheidungen auf die Vertragspraxis und die mögliche künftige Entwicklung der Rsp.

→ Zum Thema**Über den Autor:**

Dr. Stefan Langer ist Rechtsanwalt und Partner der Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien.
Kontaktadresse: Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG, Ölzeitgasse 4, A-1030 Wien. Tel: (+43) 1 7136192, E-Mail: stefan.langer@kosesnik-langer.at, www.kosesnik-langer.at

Vom selben Autor erschienen:

Mitautor von *Kosesnik-Wehrle* (Hrsg), MKK KSchG⁴ (2015), Kommentierung uA der §§ 6, 28–30 KSchG, §§ 864 a, 879 Abs 3 ABGB;

Gabassi/Langer, Die (elektronische) Kommunikaton von Banken mit ihren Kunden nach dem BAWAG-Urteil des EuGH, VbR 2017/56;

Langer, Keine Leistungsfrist für das „Sich Berufen“, VbR 2017/100;

Langer/Felling, Einen trifft sie jedenfalls – die Informationspflicht bei der Stundungsvereinbarung – Inkassobüros als Kreditvermittler, VbR 2017/27;

Langer, Abmahnverfahren und Wiederholungsgefahr bei der Verbandsklage nach dem KSchG, VbR 2013/27.