Seminar für Bankrecht 2023

16.5.2023

Univ.-Prof. Dr. Georg Graf, MA

AKTUELLE BANKRECHTLICHE JUDIKATUR DES OGH

Oberbank

JKU | INSTITUT FÜR BANKRECHT

AKTUELLE BANKRECHTLICHE JUDIKATUR DES OGH

UNIV.-PROF. DR. GEORG GRAF

Universität Salzburg

Institut für Privatrecht

Abteilung für Bank- und Kapitalmarktrecht

Inhaltsverzeichnis

I. AGB-Kontrolle 4

1. Zur "Versicherung gegen Nachteile aus der missbräuchlichen Verwendung eines Zahlungsinstruments“ 5
2. Klauselentscheidung zu Leasing-Bedingungen – zur zulässigen Höhe der Verzugszinsen 11
3. Klauselentscheidung zu Kreditkartenbedingungen 14
4. Klauselentscheidung zu Zustimmungsfiktionen nach EuGH C-287/19 VKI/Denizbank 28

II. Konto und Sparbuch 40

5. §§ 5 ff FM-GwG: Keine Schutznorm zugunsten einzelner Geschädigter 41
6. (Keine) schuldbefreiende Auszahlung bei Namenssparbücher 45
7. Zur schuldbefreienden Auszahlung bei Großbetragssparbüchern 47
8. Zu überraschend aufgefundenen Sparbüchern 49

III. Kreditvertragsrecht im allgemeinen 52

9. Zum Verbot des ultra alterum tantum 53
10. Keine Kürzung nicht-laufzeitabhängiger Kosten nach § 33 Abs 8 BWG aF 56
11. EuGH C-383/18 Lexitor: keine richtlinienkonforme Auslegung von § 16 VKrG aF & neue Judikatur zu Verzugsfolgen 60

IV. Und FX-Kredite im Besonderen 73

12. „Die Rückführung des Kredites erfolgt in der jeweiligen ausgenützten Währung“ – ist unwirksam 74
13. FX-Kreditvertrag: Kein "Durchschlagen" der Unwirksamkeit eines Geldwechselvertrags auf FX-Kreditvertrag 79
14. Keine Gesamtnichtigkeit des FX-Kreditvertrags bei Unwirksamkeit von Konvertierungsklauseln 80
15. Klauselentscheidung zu FX-Informationsblättern 82
16. Die einzige OGH-E zugunsten eines FX-Kreditnehmers 85
17. Keine (Gesamt-)Nichtigkeit eines FX-Kreditvertrags 95
18. Die aufgrund eines FX-Kreditvertrags geschuldeten Zahlungen sind nicht mit der im Vertrag angeführten Gesamtbelastung iSd § 33 BWG idF BGBl I 2000/33 betragsmäßig gedeckelt 97
19. Rechtsmissbräuchliche Anfechtung eines FX-Kreditvertrags 99
20. FX-Kredit: ausreichende Bestimmheit des FX-Betrags 102

21. FX-Kreditvertrag – CHF bleibt CHF 106
22. FX-Kreditvertrag: Zur Wirksamkeit des Trennungsmodells 110
23. FX-Kreditvertrag selbst bei unwirksamer Konvertierungsklausel wirksam 115
24. FX-Kreditvertrag – und wieder gewinnt die Bank 118
25. Und noch eine Entscheidung zum FX-Kreditvertrag 125
V. Kreditsicherungsrecht 129
26. Der sicherungsübereignete und verpfändete Mercedes (in der Nebenrolle ein Bugatti Veyron) 130
27. Erweiterungsklausel in Pfandbestellungsvertrag – mit Kündigungsmöglichkeit zulässig 134
28. Garantievertrag - zur Identität des Begünstigten 136
29. Zur "formellen Garantiestrenge“ Fax ist Fax 139
30. Drittverbot und Fälligkeit der Bankgarantie – Müssen Zinsen bezahlt werden? 143
VI. Recht der Vermögensanlage 146
31. Angeblich zulässige Ausführung einer Bestens-Order trotz Überziehung des Verrechnungskontos 147
32. Der Linzer Swap und sein Ende 151
33. Verjährte Anlegerschäden 162
34. Keine Haftung des Anlageberaters für verlorene Bitcoins – Mining als illegales Glücksspiel? 168
35. Wer sorgfältig abwägt, handelt nicht grob fahrlässig: Keine Prospekthaftung! (Auch nicht nach allgemeinem Zivilrecht) 174
36. Zum Spät-Rücktritt bei Lebensversicherungen – ein beinahe geniales OGH-Urteil 179
37. Zur Anscheinsvollmacht des Betrügers 184
VII. Und wenn die Bank kracht 187
38. Zur Haftung des Abschlussprüfers einer Bank – ohne Vertrauen geht gar nix! 188
39. Und Amtshaftung gibt’s auch keine 194
40. Zur Einlagensicherung iZm einer erhaltenen Abfertigung 210

I. AGB-Kontrolle

1. Zur "Versicherung gegen Nachteile aus der missbräuchlichen Verwendung eines Zahlungsinstruments“

22.10.2021, 8 Ob 108/21x

Sachverhalt

Der Kläger ist eine zur Unterlassungsklage nach § 28 KSchG berechtigte Institution (§ 29 KSchG).

Die Beklagte betreibt das Bankgeschäft und bietet ihre Leistungen bundesweit an. Sie tritt in ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern im Sinn des § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit diesen Verträge. Zwischen ihr und der * AG besteht ein Gruppenversicherungsvertrag, dem Kunden der Beklagten gegen ein monatliches wertgesichertes Entgelt von 1,74 EUR (zuzüglich möglicher Buchungsspesen) beitreten können. **0,69 EUR von dieser Prämie erhält die Beklagte.** Es handelt sich dabei um eine Versicherung gegen Nachteile, die aus der missbräuchlichen Verwendung eines Zahlungsinstruments resultieren, und die die Beklagte auf ihren Webseiten unter „Just-in-Case: das Internetbanking Schutzpaket“ ua mit den Worten „Macht Schäden durch Phishing, Trojaner oder Malware wieder gut“ bewirbt. Für dieses Versicherungsprodukt verwendet die Beklagte als Gruppenversicherungsnehmerin und Gruppenspitze im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern die „JUST-IN-CASE – BEDINGUNGEN DER U* AG Fassung April 2019, gültig ab 13. 2. 2018“, die auszugsweise wie folgt lauten:

> „Umfang und Zweck der Just-in-Case
>
> Der Versicherungsschutz besteht für alle privat im Internetbanking genutzten Konten, Sparkonten, Wertpapierdepots inklusive der zugehörigen Verrechnungskonten ('Produkte') des beigetretenen Produkt-Inhabers und beginnt sofort nach Unterfertigung der Beitrittserklärung oder Zeichnung via TAN. […] [Satz 1]
>
> Versicherungsschutz für die Produkte besteht auch, wenn der Versicherungsfall grob fahrlässig herbeigeführt wurde, sei es durch den beigetretenen Produkt-Inhaber selbst, andere Produkt-Inhaber oder Produkt-Zeichnungsberechtigte im Zuge der Nutzung ihres jeweiligen Internetbankings. [Satz 2] Grob fahrlässig ist zB die vollständige Weitergabe von PIN und TAN am Telefon oder die Eingabe von Verfügernummer und persönlichen Daten auf einer Phishing Website. [Satz 3] […]
>
> Versicherungsschutz besteht
>
> • bei Phishing, wenn der beigetretene Produkt-Inhaber selbst, andere Produkt-Inhaber oder Produkt-Zeichnungsberechtigte einen Laptop/PC, ein sonstiges mobiles Endgerät oder ein anderes internetfähiges Endgerät (TV, Spielekonsole, Set-Top-Box, etc) verwendet haben, oder durch Schadsoftware, die auf einem dieser Geräte eingesetzt wurde, die Zugangsdaten und Autorisierungsdaten des beigetretenen Produkt-Inhabers selbst, anderer Produkt-Inhaber oder Produkt-Zeichnungsberechtigter zB die Verfügernummer, die persönliche Identifikationsnummer (PIN), die Transaktionsnummer (TAN), Fingerprint und alle zukünftig in der B* verwendeten Zugangs- und Autorisierungsmethoden, ausgespäht und danach missbräuchlich verwendet wurden und wenn
>
> • dies zu einem Schaden in den Produkten des beigetretenen Produkt-Inhabers geführt hat. [Satz 4]

[...]

Die maximale Entschädigung pro Versicherungsfall beträgt: 50.000 EUR“ [Satz 5]

Der Kläger begehrte – neben vier weiteren in Klage gezogenen, aber nicht mehr revisionsgegenständlichen Klauseln – die Unterlassung der gemeinsamen („iVm“) Verwendung dieser Bestimmungen der Just-in-Case-Bedingungen, die er als Klausel 1 zusammenfasste, in eventu die Unterlassung der Verwendung der Sätze zwei bis fünf von „Versicherungsschutz für [...]“ bis „50.000 EUR“, oder sinngleicher Klauseln sowie die Unterlassung der Berufung auf diese oder sinngleiche Klauseln. Weiters stellte er ein Veröffentlichungsbegehren.

Die Klausel beinhalte die primäre Umschreibung des versicherten Risikos. Im Ergebnis handle es sich um eine **Haftpflichtversicherung für solche Vermögensschäden, für die der Kunde zum Großteil gar nicht haftbar sei und bei denen insofern aus Sicht des Kunden auch kein versicherbares Risiko bestehe**. Da dies in den Vertragsbestimmungen, welche das versicherte Risiko umschreiben würden, nicht offen gelegt werde, sondern dem Verbraucher suggeriert werde, ohne die Versicherung trüge er allein und uneingeschränkt das Risiko von „Internetkriminalität“, insbesondere also für nicht von ihm autorisierte Zahlungsaufträge, sei die Klausel jedenfalls grob irreführend und intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG. Im Anwendungsbereich des ZaDiG 2018 liege zudem ein Verstoß gegen die zwingenden Bestimmungen der §§ 67 und 68 ZaDiG 2018 sowie des § 56 Abs 1 ZaDiG 2018 vor. Darüber hinaus sei sittenwidrig, dass der Kunde Versicherungsprämien zur Versicherung eines Risikos zahlen müsse, das zum Großteil den Gruppenversicherungsnehmer selbst betreffe. Im Zusammenspiel mit der (ursprünglich vierten) Klausel „Die B* behält sich den Ausschluss des Produkt-Inhabers aus der Just-in-Case vor […] bei wiederholtem schadenverursachenden und sorglosen Verhalten des Produkt-Inhabers [...]“ sei die Klausel 1 überdies gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB.

Die Beklagte bestritt. Just-in-Case beseitige vor allem die Rechtsprobleme der Abgrenzung von leichter und grober Fahrlässigkeit sowie der Bemerkbarkeit von Verlust, Diebstahl oder missbräuchlicher Verwendung. **„Klausel 1“ sei keine Klausel, sondern eine vom Kläger vorgenommene Zusammenstellung fünf einzelner Klauseln der AGB.** Die Beklagte verwende die Klauselbestandteile immer nur innerhalb der AGB in der dortigen Reihenfolge ohne „iVm“. Das Unterlassungsbegehren sei nicht hinreichend bestimmt und nicht von § 28 KSchG umfasst, weil der Kläger in Wahrheit ein Versicherungsprodukt verbieten lassen wolle. Es liege weder Intransparenz gemäß § 6 Abs 3 KSchG noch gröbliche Benachteiligung nach § 879 ABGB noch ein Verstoß gegen §§ 56 Abs 1 oder 67 f ZaDiG 2018 vor.

Das Erstgericht gab – nach Erlassung eines Teilanerkenntnisurteils zu einer der beanstandeten Klauseln – dem Klagehauptbegehren zur Gänze statt. Der Kläger habe mit „iVm“ zum Ausdruck gebracht, dass er die inkriminierten Teile der AGB in ihrem Zusammenwirken für rechtswidrig halte. Da auch zwei unabhängige Regelungen in einem Punkt oder sogar in einem Satz der AGB enthalten sein könnten, wenn ein materiell eigenständiger Regelungsbereich vorliege, könnten auch mehrere Regelungen zu einer Klausel zusammen verbunden werden, wenn eine isolierte Betrachtung nicht möglich sei. **Zwar könne sich der Kläger nicht auf § 879 Abs 3 ABGB berufen, da die unter Klausel 1 zusammengefassten Teile der AGB die Hauptleistung der Beklagten regelten.** Allerdings seien diese Bestimmungen intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG. Einerseits trete die Beklagte als Zahlungsdienstleister, andererseits als Agent und Vertreiber der Versicherung sowie als Gruppenspitze auf. Sollte die Beklagte nicht Versicherer sein, wären die AGB schon deshalb intransparent, weil dem Verbraucher sein Vertragspartner nicht

klar erkennbar sei. Die Beklagte verletzte jedenfalls ihre vertraglichen Aufklärungspflichten. Immerhin biete sie den Versicherungsschutz nur ergänzend dem Kundenkreis an, der auch ihren Zahlungsdienst in Anspruch nehme. Damit bestünden mehrere Haftungsregime mit unterschiedlichen Vertragsbestimmungen mit der Beklagten nebeneinander, worüber der Kunde nicht aufgeklärt werde. Vielmehr werde suggeriert, dass er Schadensrisiken trage, die ihn nach der Rechtslage gar nicht treffen würden.

Das Berufungsgericht gab der nur in Ansehung der „Klausel 1“ erhobenen Berufung der Beklagten Folge und änderte das Ersturteil diesbezüglich im Sinn einer Klagsabweisung ab. Klauseln mit einem eigenständigen Regelungsgehalt seien getrennt voneinander zu betrachten, auch wenn sie in einer AGB-Klausel zusammengefasst seien. **Das müsse aber auch bedeuten, dass Klauseln in AGB mit jeweils eigenem Regelungsgehalt im Rahmen der Verbandsklage nicht willkürlich zu einer Klausel zusammengefasst werden könnten.** Das jedoch mache der Kläger in seinem Unterlassungsbegehren zur „Klausel 1“. Er ziehe Bestimmungen in den AGB der Beklagten zu dem von ihr als Gruppenversicherungsnehmerin und Gruppenspitze angebotenen Versicherungsprodukt „Just-in-Case“ zusammen, die weder unmittelbar hintereinander in den AGB stünden noch inhaltlich zusammengehörten und die jeweils einen eigenen Regelungsgehalt hätten. So werde im Satz 1 geregelt, für welche Konten der Versicherungsschutz bestehe und wann er beginne. Etwas später im Text werde festgelegt, dass der Versicherungsschutz auch bestehe, wenn der Versicherungsfall durch näher definierte Personengruppen fahrlässig herbeigeführt werde [Satz 2]; danach werde ein Beispielfall für grob fahrlässiges Verhalten angeführt [Satz 3]. Deutlich später im Text werde der Versicherungsfall des „Phishing“ näher dargestellt [Satz 4]. Wieder deutlich später im Text werde die maximale Entschädigung pro Versicherungsfall mit 50.000 EUR begrenzt [Satz 5]. Der Kläger stelle nicht dar, warum gerade diese – jeweils einen eigenen Regelungsgehalt umfassenden – einzelnen Bestimmungen eine „Klausel 1“ ergeben sollten. Die einzelnen Sätze der „Klausel 1“, jeweils für sich betrachtet, seien klar verständlich und weder gröblich benachteiligend noch intransparent.

Die Revision wurde vom Berufungsgericht über Antrag des Klägers nachträglich zugelassen, weil der Oberste Gerichtshof – soweit überblickbar – zu einer derartigen Zusammenfassung einzelner Bestimmungen in AGB zu einer Klausel noch nicht Stellung genommen habe.

Gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts wendet sich die Revision des Klägers mit dem Antrag, dem Klagebegehren auch hinsichtlich der „Klausel 1“ stattzugeben; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagte beantragt, die Revision des Klägers zurückzuweisen, in eventu ihr keine Folge zu geben.

Der OGH gab der Revision statt.

Die Revision ist zulässig, weil die Rechtslage einer Klarstellung bedarf. Sie ist auch berechtigt.

Rechtliche Beurteilung

1. Die Beklagte bietet ihren Kunden als – wie das Erstgericht richtig erkannt hat – ergänzende Leistung zu ihren von den Kunden privat im Internetbanking genutzten Produkten, und zwar Konten, Sparkonten, Wertpapierdepots inklusive der zugehörigen Verrechnungskonten, den Beitritt zu einer Gruppenversicherung durch „Unterfertigung der Beitrittserklärung oder Zeichnung

via TAN“ an. Die Beklagte ist als sogenannte Gruppenspitze Vertragspartnerin der Versicherung und damit Versicherungsnehmerin, nicht aber Versicherer (vgl zur Definition der Gruppenversicherung: Wieser, Gruppenversicherungen [2006] 107 f). Die inkriminierten AGB finden im Verhältnis der Beklagten zu ihren Internetbanking-Kunden als versicherbarer Personenkreis Anwendung.

2. Unbestritten ist, dass die Beklagte Zahlungsdienstleister und die Angehörigen des versicherbaren Personenkreis Zahlungsdienstnutzer im Sinn des ZaDiG 2018 sind. Das ZaDiG 2018 regelt die Rechte und Pflichten von Zahlungsdienstleistern und Zahlungsdienstnutzern im Zusammenhang mit Zahlungsdiensten. Die Bestimmungen des 4. Hauptstücks sind nach § 55 Abs 2 leg cit zugunsten des Verbrauchers einseitig zwingend (vgl 8 Ob 106/20a [17, 19]).

Nach § 67 Abs 1 ZaDiG 2018 hat im Fall eines nicht autorisierten Zahlungsvorgangs der Zahlungsdienstleister dem Zahler den Betrag des nicht autorisierten Zahlungsvorgangs zu erstatten, außer wenn berechtigte Gründe einen Betrugsverdacht stützen (§ 67 Abs 2 ZaDiG 2018). Dem Zahler steht demnach ein Berichtigungs- bzw Erstattungsanspruch gegen den Zahlungsdienstleister zu, der kein Verschulden des Zahlungsdienstleisters am Missbrauch voraussetzt (9 Ob 48/18a).

§ 68 ZaDiG 2018 regelt die Haftung des Zahlers für Schäden, die dem Zahlungsdienstleister durch eine missbräuchliche Verwendung eines Zahlungsinstruments entstehen, die der Zahler durch eine schuldhafte Verletzung einer Pflicht gemäß § 63 ZaDiG 2018 ermöglicht hat. Hat der Zahler in betrügerischer Absicht gehandelt oder die Pflicht vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt, haftet er gemäß Abs 3 leg cit grundsätzlich für den gesamten Schaden. Ist dem Zahler nur eine leichte Fahrlässigkeit vorwerfbar, haftet er hingegen gemäß Abs 1 leg cit nur bis höchstens 50 EUR. Abweichend von Abs 1 und 3 leg cit sehen die Abs 2, 5 und 6 des § 68 ZaDiG 2018 insgesamt fünf Ausnahmetatbestände vor, bei denen der Zahler trotz Verletzung einer Pflicht gemäß § 63 leg cit von einer Haftung zur Gänze befreit wird, wobei ihm die drei Haftungsfreistellungen der Abs 5 und 6 bei jedem Grad des Verschuldens mit Ausnahme einer betrügerischen Absicht zugute kommen (Haghofer in Weilinger/Knauder/Miernicki, ZaDiG 2018 § 68 Rz 2). Insbesondere etwa ist der Zahler seinem Zahlungsdienstleister nach § 68 Abs 5 ZaDiG 2018 nicht zum Schadenersatz verpflichtet, wenn der Zahlungsdienstleister des Zahlers keine starke Kundenauthentifizierung verlangt, es sei denn, der Zahler hat in betrügerischer Absicht gehandelt (8 Ob 106/20a [49]). Abs 4 leg cit sieht schließlich abweichend von Abs 1 und 3 leg cit eine Schadensteilung in Fällen vor, in denen den Zahlungsdienstleister ein Mitverschulden trifft und der Zahler den Schaden weder in betrügerischer Absicht noch durch vorsätzliche Verletzung einer Pflicht gemäß § 63 ZaDiG 2018 herbeigeführt hat (Haghofer aaO § 68 Rz 3).

Kurz gesagt verringert die Bestimmung des § 68 ZaDiG 2018 die Haftpflichten des Zahlers gegenüber dem allgemeinen Zivilrecht und bewirkt eine Risikoverlagerung vom Zahlungsdienstnutzer auf den Zahlungsdienstleister (Haghofer aaO § 68 Rz 8).

3. Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Die AGB müssen also so gestaltet sein, dass der Verbraucher durch ihre Lektüre klare und verlässliche Auskunft über seine Rechtsposition erhält (RS0115217 [T14]). Das Transparenzgebot verlangt nicht nur formale Verständlichkeit im Sinn von Lesbarkeit, sondern auch, dass Inhalt und Tragweite für den Verbraucher durchschaubar sind, dass dem Kunden die wirtschaftliche Tragweite der Bestimmung oder die Tatsache, dass ihm künftig entstehende Kosten aufgebürdet werden, nicht verschleiert wird (RS0115217 [T23]). Aus dem Transparenzgebot kann eine Pflicht

zur Vollständigkeit folgen, wenn die Auswirkungen einer Klausel für den Kunden andernfalls unklar bleiben (RS0115219). Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen „Durchschnittskunden“ (RS0115217 [T19]; RS0126158).

4.1 Nach der Rechtsprechung ist für die Qualifikation einer Klausel als eigenständig im Sinn des § 6 KSchG nicht die Gliederung des Klauselwerks maßgeblich; es können vielmehr auch zwei unabhängige Regelungen in einem Punkt oder sogar in einem Satz der AGB enthalten sein. Es kommt darauf an, ob ein materiell eigenständiger Regelungsbereich vorliegt. Dies ist dann der Fall, wenn die Bestimmungen isoliert voneinander wahrgenommen werden können (RS0121187).

Das Berufungsgericht zieht aus dieser Rechtsprechung den Schluss, dass Klauseln in AGB mit jeweils eigenem Regelungsgehalt im Rahmen der Verbandsklage nicht willkürlich zu einer Klausel zusammengefasst werden könnten. Damit kann eine Klagsabweisung aber noch nicht begründet werden:

Das Erfordernis, den Klauselbegriff näher zu definieren, ergibt sich daraus, dass im Unterlassungsprozess nach § 28 KSchG keine Rücksicht auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingungen genommen werden kann; für eine geltungserhaltende Reduktion ist kein Raum (RS0038205). Enthält eine Klausel jedoch materiell eigenständige Regelungsbereiche, ist eine isolierte Betrachtungsweise zulässig (8 Ob 105/20d [28]). Aus diesem Grund ist es notwendig, einzelne Klauseln voneinander abzugrenzen (vgl Geroldinger, Klauselbegriff und „blue pencil test“ in der AGB-Rechtsprechung, ALJ 2/2015, 196 ff).

Dies steht aber der vom Kläger gewählten Vorgangsweise, mehrere Passagen aus den AGB zu einer Klausel zusammenzuziehen, weil er auf dem Standpunkt steht, dass diese Passagen (nur) in ihrer Gesamtheit die Umschreibung des versicherten Risikos beinhalten und schon deshalb nur als eine zusammenhängende Klausel betrachtet werden können, grundsätzlich nicht entgegen. Es ist denkbar, dass erst die Zusammenschau mehrerer Sätze deutlich macht, dass die AGB-Klausel letztlich intransparent ist, sodass diese Sätze als Einheit zu beurteilen sind (vgl 5 Ob 42/11d). **Sollten vom Kläger zu einer Klausel zusammengefasste Passagen aus AGB entgegen seinem Vorbringen indes nicht in diesem Sinn als Einheit aufzufassen sein, wäre die Konsequenz vorderhand eine isolierte Prüfung der dann in rechtlicher Hinsicht eigenständigen Klauseln auf ihre Zulässigkeit**.

4.2 Die Besonderheit im Anlassfall ist, dass der Kläger zwischen den einzelnen fünf Sätzen seines Hauptbegehrens durch Verwendung der Abkürzung von „in Verbindung mit“ einen untrennbaren Zusammenhang hergestellt hat, der – wie er klargestellt und das Erstgericht richtig erkannt hat – zum Ausdruck bringt, dass er die Klauselteile in ihrem Zusammenwirken für rechtswidrig hält. **Das Hauptbegehren steht und fällt daher mit der Richtigkeit dieser Einschätzung, zumal sich eine teilweise Stattgebung verbietet, soweit der Kläger die gemeinsame Verwendung all dieser Sätze durch die Beklagte zur Voraussetzung seines Unterlassungsanspruchs gemacht hat.** Darauf, ob – wie das Berufungsgericht gemeint hat – die einzelnen Sätze der „Klausel 1“, jeweils für sich betrachtet, klar verständlich und weder gröblich benachteiligend noch intransparent sind, kommt es damit aber nicht an.

Anders stellt sich das Eventualbegehren dar, das sich auf die Sätze 2 bis 5 bezieht, ohne sie durch „iVm“ zu einer Einheit zusammenzufassen. Hier wäre aus prozessualer Sicht auch eine isolierte Betrachtungsweise und daher eine Teilstattgebung zulässig.

4.3 **In concreto ist allerdings ohnehin der Ansicht des Klägers beizutreten, dass sich die „Klausel 1“ in Zusammenschau ihrer einzelnen Teile als intransparent erweist, weil durch die Beschreibung des Versicherungsprodukts insgesamt suggeriert wird, dass der Internetbanking-Kunde das Risiko der missbräuchlichen Verwendung eines Zahlungsinstruments trägt, was – wie zu Pkt 2. gezeigt wurde – nach den Bestimmungen des ZaDiG 2018 nur sehr eingeschränkt der Fall ist.** Vielmehr liegt dieses Risiko hauptsächlich bei der Beklagten als Zahlungsdienstleister. Die Beklagte profitiert wirtschaftlich vom Versicherungsbeitritt ihrer Internetbanking-Kunden, nicht nur weil ihr ein Teil der Prämienzahlungen des Kunden direkt (nach ihrem Vorbringen als Entgelt für die Versicherungsvermittlung) zukommt, sondern weil die Versicherung auch die Beklagte treffende Risiken deckt, wie sie in ihrer Revisionsbeantwortung selbst einräumt. Im Zusammenhang mit der Darstellung des Versicherungsprodukts wäre sie daher umso mehr zur Aufklärung über die Rechtslage nach dem ZaDiG 2018 verpflichtet, auf die in den Bedingungen nicht einmal verwiesen wird. **Die Beschreibung des Versicherungsprodukts in den AGB in den Sätzen 1 bis 5 versetzt den Kunden daher nicht einmal annähernd in die Lage, die Sinnhaftigkeit der angebotenen Versicherung in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht abzuschätzen.** Dass Satz 1, der die versicherten „Produkte“ und den sofortigen Beginn des Versicherungsschutzes mit Vertragsbeitritt festlegt, bei isolierter Betrachtung unbedenklich erscheint, ist insofern nicht schädlich, als der Kläger – wie bereits zu Pkt 4.2 gezeigt wurde – der Beklagten die Verwendung dieses Satzes ja nur in Verbindung mit den restlichen Sätzen 2 bis 5 untersagen lassen will.

Die Intransparenz der aus den Sätzen 1 bis 5 gebildeten Klausel wird durch grob irreführende Details verstärkt: So wird durch die Ausführung, dass „der Versicherungsschutz für die (zu Satz 1 genannten) Produkte auch [besteht], wenn der Versicherungsfall grob fahrlässig herbeigeführt wurde“, ganz besonders der irrige Eindruck erweckt, der Kunde hafte bei leichter Fahrlässigkeit immer und unbegrenzt (Satz 2). Auch die beispielhafte Erläuterung, dass „die vollständige Weitergabe von PIN und TAN am Telefon oder die Eingabe von Verfügernummer und persönlichen Daten auf einer Phising Website“ grob fahrlässig ist, ist missverständlich, weil darin nicht unbedingt eine grob fahrlässige Verletzung einer Pflicht nach § 63 ZaDiG 2018 zu erblicken sein muss. Dass der Kunde die ihn treffende Pflicht verletzt hat, nach Erhalt eines Zahlungsinstruments alle zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um die personalisierten Sicherheitsmerkmale vor einem unbefugten Zugriff zu schützen, oder bei der Nutzung des Zahlungsinstruments die Bedingungen für dessen Nutzung und Ausgabe einzuhalten, ist aber Voraussetzung für seine uneingeschränkte Haftung nach dem ZaDiG 2018. **Des Weiteren vermittelt die Klausel eine maximale Entschädigung von 50.000 EUR pro Schadensfall (Satz 5), obgleich die Beklagte nach dem ZaDiG in vielen Fällen unbegrenzt für die Erstattung einzustehen hat.** Selbst wenn der Kunde aus einer anderen Quelle Kenntnis vom ZaDiG 2018 hätte, etwa weil er bei Abschluss der Kontoeröffnung samt Online-Banking das ZaDiG-Informationsblatt erhalten hat, worauf sich die Beklagte beruft, bliebe das Verhältnis zwischen den gesetzlichen Regelungen und den Bedingungen für „Just-in-Case“ daher unklar, wie der Kläger zutreffend rügt.

Da sich die Klausel 1 schon wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot als unzulässig erweist und daher vom Erstgericht zu Recht verboten wurde, muss auf die weiteren vom Kläger geltend gemachten Gesetzesverletzungen nicht mehr eingegangen werden.

5. Der Revision des Klägers war daher Folge zu geben und in Ansehung der Klausel 1 das Ersturteil wiederherzustellen.

2. Klauselentscheidung zu Leasing-Bedingungen – zur zulässigen Höhe der Verzugszinsen

22.6.2022, 1 Ob 77/22p

[1] Der Kläger ist ein gemäß § 29 KSchG zur Unterlassungsklage berechtigter Verein. Die Beklagte ist Unternehmerin und betreibt das Geschäft des KFZ-Leasing. Sie bietet ihre Leistungen im gesamten österreichischen Bundesgebiet an und verwendet im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern Allgemeine Geschäftsbedingungen („AGB“) bzw Vertragsformblätter.

[2] Der Kläger begehrt von der Beklagten, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in AGB, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt, die Verwendung mehrerer, im Folgenden näher dargelegter oder sinngleicher Klauseln zu unterlassen, sowie es zu unterlassen, sich auf diese zu berufen. Weiters stellte der Kläger das Begehren zur Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung.

[3] **Das Erstgericht gab dem Unterlassungs- und Veröffentlichungsbegehren hinsichtlich sämtlicher kritisierter Klauseln statt.**

[4] Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung und sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei, weil die Auslegung von Klauseln in AGB oder Vertragsformblättern bestimmter Geschäftsbranchen, die regelmäßig für eine größere Anzahl von Kunden und damit Verbrauchern bestimmt und von Bedeutung sei, eine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO aufwerfe, sofern solche Klauseln – wie hier – vom Obersten Gerichtshof bisher noch nicht beurteilt worden seien.

Rechtliche Beurteilung

[5] Die dagegen erhobene Revision der Beklagten ist aus dem genannten Grund zulässig, sie ist aber nicht berechtigt.

(…)

3.1. Bekämpfte Klausel(n) 1:

„8. Nebenkosten, Umsatzsteuer:

8.1. Der LN [Leasingnehmer] hat neben dem Leasingentgelt, einer allfälligen Kaution oder Vorauszahlung, und sonstigen im Vertrag eigens angeführten Beträgen noch zu bezahlen [...]:

c) den Ersatz der notwendigen, zweckentsprechenden und angemessenen Kosten, […] nach dem Vertragsende im Zusammenhang […] mit Mahnungen und der Eintreibung fälliger Beträge, mit der Einziehung, Schätzung, Verwertung und Exszindierung des LO [Leasingobjekts] […]

f) […] ist der LN [Leasingnehmer] Verbraucher, **[werden] Verzugszinsen von höchstens 5 %-Punkte über dem für den Vertrag geltenden Sollzinssatz, am Ende jeden Kalenderjahres dem Kapital zugeschlagen.**

8.2. Für die häufigsten Manipulationen und Betreibungen gemäß Punkt 8.1. werden die Kosten wie folgt verrechnet: inkl. USt.: Typenschein-Depotgebühr EUR 9,90, [...] allgemeine Schadensregulierung je EUR 36,--, Großschadensregulierung je EUR 120,--, Rückbucherspesen jeweils Vorbelastung zuzüglich EUR 7,20, Mehrfachausstellung von Endabrechnung (ab der dritten Variante) – Bearbeitungsgebühr EUR 30,--; ohne USt.: für jede Mahnung je EUR 32,--. Laufzeitunabhängige Kosten: [...] Sonstige Manipulationen, Betreibungen und Interventionen zum

Inkasso, zur Sicherstellung oder zum Einzug werden dem LN [Leasingnehmer] nach Anfall vorgeschrieben. Unterliegen sie tarifmäßigen oder branchenüblichen Berechnungssätzen, erfolgt die Vorschreibung nach diesen Berechnungssätzen."

(…).

3.5. Die Revision ist nicht berechtigt:

3.5.1. Zu den „Verzugsfolgen":

[33] Schuldloses vertragswidriges Verhalten macht nach dispositivem Recht grundsätzlich nicht schadenersatzpflichtig. Die Vereinbarung einer solchen Erfolgshaftung in AGB ist gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB (vgl etwa 7 Ob 173/10g [Klausel 26]; 7 Ob 84/12x [Klausel 17]; 1 Ob 105/14v [Klausel 5]; 8 Ob 144/18m [Klausel 47 und 48]; 1 Ob 201/20w Rz 50). Im vorliegenden Fall betrifft dies die in Punkt 8.1. lit c genannten „Kosten […] im Zusammenhang […] mit Mahnungen und der Eintreibung fälliger Beträge, mit der Einziehung, Schätzung, Verwertung und Exszindierung des Leasingobjekts" sowie die in Punkt 8.2. genannten Kosten für „Mahnung […], sonstige Manipulationen, Betreibungen und Interventionen zum Inkasso, zur Sicherstellung oder zum Einzug". **Durch die Verpflichtung zum Ersatz dieser Kosten wird ein verschuldensunabhängiger Schadenersatzanspruch normiert, der als solcher von § 1333 Abs 2 ABGB abweicht und mangels sachlicher Rechtfertigung gegen § 879 Abs 3 ABGB verstößt** (vgl 5 Ob 15/20x [Klausel 15] mwN). Der Argumentation der Revisionswerberin, wonach es sich beim Ersatz der genannten Aufwendungen um ein Entgelt für die Vertragsabwicklung handle, kann – zumindest bei der im Verbandsprozess vorzunehmenden verbraucherfeindlichsten Auslegung – nicht gefolgt werden, weil diese in keinem synallagmatischen Austauschverhältnis mit konkreten Leistungen der Leasinggeberin stehen. **Dass die Abweichung vom dispositiven Recht bloß „marginal" sei, weil der Leasingnehmer sein fehlendes Verschulden an einer Vertragswidrigkeit gemäß § 1298 ABGB zu beweisen habe und er diesen Beweis – zumindest bei einem Verstoß gegen eine Zahlungspflicht – „praktisch kaum erbringen könne", vermag deren Wirksamkeit nicht zu begründen.**

[34] Da die Vereinbarung verschuldensunabhängiger Ersatzansprüche jedenfalls bei reinen Vermögensschäden gegen § 879 Abs 3 ABGB verstößt, muss auf die in der Revision thematisierte – vom Berufungsgericht bejahte und in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs nicht einheitlich beantwortete – Frage, ob (auch) ein Verstoß gegen § 1336 Abs 3 Satz 2 ABGB vorliegt, weil die Vereinbarung pauschalierter Verzugszinsen als Konventionalstrafe anzusehen sei, neben welcher der Ersatz eines diese übersteigenden Schadens (hier der oben genannten Aufwendungen) nur begehrt werden könnte, wenn dies mit dem Verbraucher im Einzelnen ausgehandelt wurde (dies bejahend 6 Ob 120/15p [Klausel 51]; 9 Ob 11/18k [Klausel 6]; 1 Ob 124/18v [Klausel 17]; 6 Ob 24/20b [Klausel 2]; abweichend hingegen 3 Ob 46/19i [Klausel 10], **wonach es sich bei Betreibungs- und Einbringungskosten um keinen den – in Form der vereinbarten Verzugszinsen – pauschalierten Schaden übersteigenden Schaden handle; in diesem Sinn auch 10 Ob 14/18h, wonach – auch dort über dem gesetzlichen Zinssatz liegende – Verzugszinsen nicht dazu dienen, Betreibungs- oder Einbringungskosten abzudecken), nicht eingegangen werden**.

[35] Das Berufungsgericht ging davon aus, dass Punkt 8.1. lit f, wonach der Konsument im Verzugsfall Verzugszinsen von höchstens 5 %-Punkten über dem für den Vertrag geltenden Sollzinssatz zahlen muss, mit jenen unwirksamen Bestimmungen der Punkte 8.1. lit c sowie 8.2., wonach der Leasingnehmer zum verschuldensunabhängigen Ersatz bestimmter Aufwendungen der

Leasinggeberin („Kosten […] im Zusammenhang […] mit Mahnungen und der Eintreibung fälliger Beträge, mit der Einziehung, Schätzung, Verwertung und Exszindierung des Leasingobjekts“ sowie Kosten für „jede Mahnung […], sonstige Manipulationen, Betreibungen und Interventionen zum Inkasso, zur Sicherstellung oder zum Einzug“) verpflichtet sein soll, in einem untrennbaren Zusammenhang stehe. Es würden jeweils „Folgen des Zahlungsverzugs“ geregelt und sohin ein „materiell eigener Regelungsbereich“ vorliegen, der einheitlich zu beurteilen sei. Das Berufungsgericht stützte sich dabei auf die zu 6 Ob 24/20b [Klausel 2] ergangene Entscheidung, in welcher der Oberste Gerichtshof (ua mit Hinweis auf 6 Ob 120/15p [Klausel 51]) die Rechtsansicht billigte, dass Vertragsbestimmungen, wonach der Verbraucher dem (Leasing-)Unternehmer bei Zahlungsverzug neben Verzugszinsen auch Mahnspesen zu zahlen sowie allfällige Aufwendungen für den Einzug des Leasingobjekts zu ersetzen habe, keine eigenständigen Klauseln darstellten, weil sie jeweils Folgen des Zahlungsverzugs regeln würden und die den Verbraucher „dabei treffenden Folgen“ einer Gesamtbetrachtung zu unterziehen seien. Zu 7 Ob 217/16m [Klausel 6] ging der Oberste Gerichtshof hingegen davon aus, dass Verzugszinsen nicht dazu dienen, Betreibungs- und Einbringungskosten abzudecken (vgl etwa auch 10 Ob 14/18h), weshalb isoliert voneinander wahrzunehmende Regelungsbereiche bestünden

[36] **Im vorliegenden Fall kann die Frage, ob Punkt 8.1. lit f, wonach der Leasingnehmer im Verzugsfall Verzugszinsen von höchstens 5 %-Punkten über dem für den Vertrag geltenden Sollzinssatz zahlen muss, im Hinblick auf die in den Punkten 8.1. lit c sowie 8.2. geregelte (unwirksame) Verpflichtung des Konsumenten zum verschuldensunabhängigen Ersatz bestimmter Aufwendungen ein eigener Regelungsbereich zukommt, dahingestellt bleiben, weil die Bestimmung über die Verzugszinsen in Punkt 8.1. lit f schon für sich genommen unwirksam ist**:

[37] § 1333 Abs 1 iVm § 1000 ABGB sieht gesetzliche Verzugszinsen in Höhe von 4 % pa vor. Diese sollen den Schaden, den ein Gläubiger durch die Verzögerung der Zahlung erlitten hat, pauschal abdecken, ohne dass ein konkreter Schaden in dieser Höhe nachgewiesen werden muss (RS0109502). Wenngleich § 1333 Abs 1 ABGB dispositiv ist und für die Vereinbarung höherer als 4%iger vertraglicher Verzugszinsen in AGB in der Rechtsprechung mitunter kein schuldhafter Verzug gefordert wird (vgl 10 Ob 14/18h [2.4.1]; aA offenbar 7 Ob 84/12x [Klausel 17]), so handelt es sich nur bei den gesetzlichen Verzugszinsen in Höhe von 4 % pa um eine Mindestpauschale, die der Gläubiger unabhängig vom Nachweis eines konkreten Schadens verlangen kann (vgl RS0109502). Der Schaden des Gläubigers, der durch die gesetzlichen Zinsen (pauschal) ausgeglichen werden soll, besteht darin, dass dieser den entsprechenden Betrag trotz Fälligkeit nicht zur Verfügung hatte und somit nicht einmal zur gewöhnlichen Verzinsung bringen konnte (RS0109502 [T6]). **Ein über die gesetzlichen Verzugszinsen von 4 % hinausgehender Verzugsschaden setzt den konkreten Nachweis voraus, dass im Vermögen des Gläubigers ein die gesetzlichen Zinsen übersteigender Vermögensnachteil eingetreten ist (vgl RS0080057 [T1]). Eine – wie hier zu beurteilende – Vereinbarung, wonach über die gesetzlichen Verzugszinsen hinausgehende Verzugszinsen unabhängig davon zustehen sollen, ob dem Gläubiger ein über die gesetzlichen Zinsen hinausgehender Zinsschaden (insbesondere aufgrund höherer Refinanzierungskosten) entstanden ist, weicht von dieser Rechtslage ohne sachliche Rechtfertigung ab und benachteiligt den Verbraucher daher gröblich iSd § 879 Abs 3 ABGB.**

(…)

3. Klauselentscheidung zu Kreditkartenbedingungen

24.3.2022, 5 Ob 117/21y

Sachverhalt

Die Klägerin ist ein zur Unterlassungsklage nach § 29 Abs 1 KSchG berechtigter Verband.

Die Beklagte betreibt ein Kreditinstitut im Sinn des § 1 BWG und schließt bei ihrer österreichweiten Tätigkeit mit Verbrauchern Kreditkartenverträge unter Verwendung ihrer „Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Kreditkarten“ (kurz: AGB) ab.

Der Kläger begehrte, der Beklagten im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern die Verwendung von und die Berufung auf insgesamt 22 beanstandete Klauseln dieser AGB idF August 2018 oder sinngleiche Klauseln zu untersagen und ihr die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einer Samstag-Ausgabe der Kronen-Zeitung zu erteilen. Die Klauseln verstießen gegen gesetzliche Verbote und die guten Sitten; sie seien auch nicht ausreichend transparent. Wiederholungsgefahr bestehe, weil die Beklagte die Klauseln laufend im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern verwende.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens sowie die Ermächtigung zur Veröffentlichung des abweisenden Urteils.

Das Erstgericht gab dem Unterlassungsbegehren in Bezug auf 21 Klauseln statt, setzte eine Leistungsfrist von vier Monaten fest und verpflichtete die Beklagte in diesem Umfang zur Urteilsveröffentlichung. Das weitere Unterlassungsbegehren (Klausel 4) wies es (rechtskräftig) ab.

Das Berufungsgericht bestätigte die Entscheidung des Erstgerichts über das Unterlassungs- und das darauf bezogene Veröffentlichungsbegehren und gab dem Rechtsmittel der Beklagten nur dahin Folge, dass es die Leistungsfrist auf sechs Monate verlängerte. Die Revision sei zulässig, weil Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zu einzelnen, für viele Verbraucher bedeutsamen Klauseln fehle.

Der OGH gab der Revision nicht statt.

Rechtliche Beurteilung

Dagegen richtet sich die von der Klägerin beantwortete Revision der Beklagten, die aus den vom Berufungsgericht genannten Gründen zulässig, aber nicht berechtigt ist.

A. Allgemeines:

(..).

B. Zu den im Revisionsverfahren strittigen Klauseln (die vorangestellte Nummerierung entspricht dabei der im Ersturteil übernommenen Bezeichnung durch die Klägerin, der Klammerausdruck hingegen der Nummerierung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Kreditkarten der Beklagten):

1. Klauseln 1 und 3:

Klausel 1

> „(3.3.) VbV/MCSC Transaktionen erfüllen das Kriterium einer starken Kundenauthentifizierung.“

Klausel 3

> „(6.3.) Abweichend von Punkt 6.1. ist der KI card complete nicht zum Schadenersatz verpflichtet, wenn card complete beim Zahlungsvorgang keine starke Kundenauthentifizierung verlangt."

1.1 Das Erstgericht gab dem auf diese Klauseln bezogenen Klagebegehren statt. (…)

1.4 Die Revision ist nicht berechtigt:

1.4.1 Zum besseren Verständnis werden auch die Punkte 1., 3.2. und 6.1. der AGB (auszugsweise) wiedergegeben:

> „1. Vertragsabschluss
>
> […] Getrennt von der Karte erhält der Karteninhaber (KI), jeweils nur ihm bekannt gegeben, eine persönliche Identifikationsnummer (PIN), […], sowie einen Registrierungs-Code für die Teilnahme an speziellen Sicherheitssystemen, die dem KI Zahlungen und diverse Serviceleistungen (z.B. Umsatzabfrage) in verschlüsselten elektronischen Datennetzen ermöglichen. Diese Systeme sind insbesondere Verified by Visa (VbV)/Mastercard SecureCode (MCSC)."
>
> „3.2. Der KI weist durch Bekanntgabe der Kartendaten oder Vorlage der Karte und sofern erforderlich nach einer Verifizierung durch Unterfertigung eines Beleges oder Eingabe der PIN oder bei einer VbV/MCSC Transaktion durch Eingabe des Passwortes und der mobilen Transaktionsnummer (mobileTAN) card complete unwiderruflich an, den Rechnungsbetrag an die jeweilige Akzeptanzstelle zu bezahlen. Diese Anweisung nimmt card complete bereits jetzt an."
>
> „6. Haftung des Karteninhabers
>
> 6.1. Der KI haftet unter Berücksichtigung eines allfälligen Mitverschuldens der card complete für nicht autorisierte Zahlungsvorgänge aufgrund der Nutzung einer verlorenen oder gestohlenen als Zahlungsinstrument verwendeten Karte oder für missbräuchliche Verfügungen mit der als Zahlungsinstrument verwendeten Karte, sofern der card complete ein Schaden infolge des nicht autorisierten Zahlungsvorganges aufgrund der Nutzung eines verlorenen oder gestohlenen oder aufgrund der missbräuchlichen Verwendung eines Zahlungsinstrumentes entstanden ist: […]"

1.4.2 Die in den beanstandeten Klauseln verwendeten Fachbegriffe der „Authentifizierung" bzw „starken Kundenauthentifizierung" entsprechen der Terminologie des § 4 Z 27 und Z 28 ZaDiG 2018. Die vom Berufungsgericht als erläuterungsbedüftig erachteten Begriffe sind daher solche des Gesetzgebers. **Der Oberste Gerichtshof hat bereits zu 2 Ob 20/15b (Pkt 2.16.3) unter Berufung auf das Schrifttum (Bollenberger, Vertragsabschluss unter beiderseitig verdünnter Willensfreiheit, ÖBA 2016, 26 [31]) ausgesprochen, dass der Unternehmer den Gesetzgeber an Formulierungskunst nicht übertrumpfen muss.** Der erkennende Senat schließt sich dieser Ansicht an. Zutreffend weist das Berufungsgericht aber darauf hin, dass die Klausel 1 (3.3. der AGB) **völlig offen lässt, aus welchem Grund erklärt wird, dass bestimmte Transaktionsarten (VbV/MCSC) das Kriterium einer starken Kundenauthentifizierung erfüllen.** Allein aus dieser Klausel erschließt sich einem durchschnittlichen Verbraucher nicht, was diese Bestimmung bezweckt. **Erst eine Zusammenschau mit Klausel 3 (6.3. der AGB) lässt einen haftungsrechtlichen Zusammenhang erkennen, ohne diesen ausreichend deutlich offen**

zulegen. Damit erweisen sich diese beiden Klauseln als intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG, weil die konkreten Rechtsfolgen für den Verbraucher verschleiert werden.

1.4.3 Nach § 66 Abs 1 Z 1 ZaDiG 2018 hat, wenn ein Zahlungsdienstnutzer bestreitet, einen ausgeführten Zahlungsvorgang autorisiert zu haben, oder geltend macht, dass der Zahlungsvorgang nicht ordnungsgemäß ausgeführt wurde, der Zahlungsdienstleister nachzuweisen, dass der Zahlungsvorgang authentifiziert war. Der Nachweis der Nutzung eines Zahlungsinstruments reicht für sich allein genommen für den Nachweis der Autorisierung des Zahlungsvorgangs durch den Zahler, einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Verletzung der Sorgfaltspflichten gemäß § 63 ZaDiG 2018 oder eines Handelns des Zahlers in betrügerischer Absicht nicht notwendigerweise aus (§ 66 Abs 3 erster Satz ZaDiG 2018). **Dem Zahlungsdienstnutzer steht es damit offen, die ernsthafte Möglichkeit eines atypischen Geschehensablaufs nachzuweisen, womit die Beweislast, dass ua der Zahlungsvorgang authentifiziert war, wieder auf den Zahlungsdienstleister übergeht, der dann den strikten Beweis zu erbringen hat** (zur Vorgängerbestimmung des § 34 Abs 3 ZaDiG 2009: 10 Ob 5/16g [Pkt 2.3]; Haghofer in Weilinger/Knauder/Miernicki, ZaDiG 2018 § 66 Rz 20 f). Das schließt nach § 66 Abs 1 Z 1 ZaDiG 2018 den Nachweis mit ein, dass der Zahlungsvorgang mit Hilfe des gemäß § 48 Abs 1 Z 2 lit c leg cit im Rahmenvertrag vereinbarten Verfahrens authentifiziert worden ist und dieses Verfahren sowie die verwendeten Authentifizierungselemente den gesetzlichen Vorgaben entsprechen (Haghofer aaO § 66 Rz 12 ff).

1.4.4 Die Klausel 1 iVm der Klausel 3 ist bei kundenfeindlichster Auslegung so zu verstehen, dass die Beklagte zwar den Nachweis erbringen muss, dass das Verfahren mithilfe der VbV/MCSC-Methode authentifiziert wurde; **dass diese Methode das Kriterium einer starken Kundenauthentifizierung erfüllt (so Klausel 1 = 3.3 der AGB) stellt – bei gebotener kundenfeindlichster Auslegung – aber eine Tatsachenbehauptung dar, die die Rechtsdurchsetzung des Verbrauchers beeinträchtigen kann, weil sie ihn mit einem Beweis belastet, den er sonst nicht erbringen müsste (RS0121955). Der Karteninhaber müsste den Beweis erbringen, dass das VbV/MCSC-Verfahren und die verwendeten Authentifizierungselemente nicht den gesetzlichen Vorgaben entsprechen. Die Klausel verstößt daher gegen die in § 66 Abs 1 ZaDiG 2018 aufgestellte Beweislastverteilung und ist damit unzulässig iSd § 6 Abs 1 Z 11 KSchG.**

2. Klausel 2:

> „(5.6.) Der KI […] hat sich in angemessenen Abständen vom Fortbesitz der Karte zu überzeugen."

2.1 (…

2.4 Die Revision ist nicht berechtigt.

2.4.1 **Das Berufungsgericht ging zutreffend davon aus, dass die Formulierung in „angemessenen Abständen" intransparent ist.** Durch die Klausel wird dem Karteninhaber eine Sorgfaltspflicht auferlegt, wobei – wie das Berufungsgericht zutreffend aufzeigte – unklar bleibt, wie er diese zu erfüllen hat. Diese Klausel verstößt damit gegen das Bestimmtheitsgebot als Teil des Transparenzgebots (für viele 9 Ob 73/17a mwN). Wenn die Revisionswerberin meint, die Klausel ermögliche „die gebotene Einzelfallbeurteilung", zeigt sie nicht auf, wie der Karteninhaber die ihm auferlegte Verpflichtung erfüllen kann.

2.4.2 In der Entscheidung zu 8 Ob 106/20a [Pkt 1.3.2] hat der Oberste Gerichtshof bereits klargestellt, dass § 63 Abs 3 ZaDiG 2018 – anders als noch die Vorgängerbestimmung des § 36 Abs 1 und 2 ZaDiG 2009 – **grundsätzlich keine gesetzliche Verpflichtung des Zahlungsdienstnutzers mehr vorsieht, das Zahlungsinstrument selbst vor unbefugtem Zugriff zu schützen.** Da ein Zahlungsinstrument nur dann vorliegt, wenn es mit personalisierten Sicherheitsmerkmalen ausgestattet ist (5 Ob 15/20x [Pkt 5.4.3]), kann zwar eine Verpflichtung, dass der Zahlungsdienstnutzer zum Schutz des Zahlungsinstruments verhalten ist, als bloße Konkretisierung der Pflicht nach § 63 ZaDiG 2018 gesehen werden, die personalisierten Sicherheitsmerkmale vor einem unbefugten Zugriff zu schützen. Name, Adresse oder Nummern, die auf einer Zahlungskarte ersichtlich sind, zählen aber nicht zu den personalisierten Sicherheitsmerkmalen (5 Ob 15/20x [Pkt 5.4.3]; 9 Ob 32/18y [Pkt 3.3] je mwN). Soweit mit der angefochtenen Klausel dem Verbraucher auferlegt wird, sich vom Fortbesitz der Karte zu überzeugen und damit diese selbst sowie die daraus ersichtlichen nicht personalisierten Sicherheitsmerkmale vor einem unbefugtem Zugriff zu schützen, erweitert sie zum Nachteil des Verbrauchers dessen Pflichten nach § 63 ZaDiG 2018. Klausel 2 ist daher auch nach § 55 Abs 2 ZaDiG 2018 unwirksam.

3. Klauseln 5a und 19:

Klausel 5a:

> „(9.7.) Im Fall, dass der Kartenvertrag aus Bonitätsgründen gesperrt wird und dies auf einem Verschulden des KI beruht, ist card complete berechtigt, Sollzinsen in Rechnung zu stellen, wobei hierfür die Berechnung des Punktes 9.6. nicht zur Anwendung gelangt. Diese Zinsen werden jeweils mit jenem Tag, welcher dem Tag nach Ablauf der in der jeweiligen Umsatznachricht angegebenen Frist (Punkt 7.7.) folgt verzinst, kapitalisiert und angelastet. Diese Zinsen werden monatlich kapitalisiert, wodurch Zinseszinsen entstehen können. [...] Wird eine Sperre aus Bonitätsgründen aufgehoben, so kommt ab diesem Zeitpunkt wieder die Berechnung laut Punkt 9.6. zur Anwendung.“

Klausel 19:

> „(20.) Entgelte, Gebühren, Kostenersätze und Zinsen:
>
> […]
>
> effektiver Sollzinssatz bei monatlicher Kapitalisierung gemäß Punkt 9.7. 14,95 %“

(…)

3.4 Die Revision ist nicht berechtigt.

3.4.1 Die Beklagte setzt sich in dritter Instanz mit den Argumenten des Berufungsgerichts, warum es die Klauseln nach § 879 Abs 3 ABGB als gröblich benachteiligend und deshalb unzulässig beurteilte, nicht auseinander und kann schon deshalb keine unrichtige rechtliche Beurteilung dieser Frage aufzeigen (vgl RS0118709). Im Übrigen ist die Argumentation der Beklagten auch nicht geeignet, Bedenken gegen die Beurteilung der Vorinstanzen hervorzurufen.

3.4.2 Verzugszinsen mit einem die üblichen Zinsen übersteigenden Zinssatz kommt der Charakter einer Vertragsstrafe zu (9 Ob 11/18k [Klausel 6]). Vertragsstrafen unterliegen nicht nur der Inhaltskontrolle, sondern auch einer Angemessenheitskontrolle gemäß § 879 Abs 3 ABGB und sind dann gröblich benachteiligend, wenn der vorgesehene Verzugszinssatz den dem Gläubiger tatsächlich durch den Verzug entstehenden, durchschnittlichen Schaden beträchtlich übersteigt (vgl

RS0016913). **Da der im vorliegenden Fall in der Klausel 19, die in einem Regelungszusammenhang mit der Klausel 5a steht, vorgesehene Zinssatz von 14,95 % – wie vom Erstgericht (unbekämpft) ausgeführt – weit über dem Marktniveau liegt, führt die deutliche Überschreitung des aktuellen Zinsenniveaus zu einer Überkompensation des Schadens, der der Beklagten durch den Verzug entsteht. Die Klausel ist daher unangemessen und gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB.**

3.4.3 Allgemeine Vertragsbestimmungen müssen den Verbraucher im Rahmen des Möglichen und Überschaubaren zuverlässig über seine Rechte und Pflichten aus dem Vertrag informieren. Er soll möglichst durchschaubar, klar, verständlich und angepasst an die jeweilige Vertragsart so aufgeklärt werden, dass er nicht von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten und ihm auch keine unberechtigten Pflichten auferlegt werden (vgl RS0115217 [T8]). Nach Ansicht der Beklagten erlauben die angefochtenen Klauseln eine Kartensperre und in der Folge die Verrechnung der in der Klausel 19 vorgesehenen Sollzinsen auch dann, wenn der Karteninhaber mit Zahlungen trotz ausreichender wirtschaftlicher Rückzahlungsfähigkeit etwa aus Nachlässigkeit und ungeachtet seiner Zahlungswilligkeit in Verzug gerät. Diese Rechtsfolge wird ihm in der Klausel mit dem bloßen Hinweis auf eine Kartensperre aus Bonitätsgründen verschleiert. Die Klauseln sind damit auch intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG.

4. Klausel 5b:

> „(9.7.) Einlangende Zahlungen des KI werden jeweils auf die älteste Schuld gebucht."

4.1 Das Erstgericht beurteilte diese Klausel als gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB, weil sie dem Schuldner die Möglichkeit nehme, entgegen §§ 1415 und 1416 ABGB die Tilgung eines bestimmten Postens zu erklären, und es der Beklagten ermögliche, Zahlungen des Kunden auch entgegen dessen Widmung anrechnen zu können.

4.2 Das Berufungsgericht bestätigte diese Ansicht. (…)

4.4 Die Revision ist nicht berechtigt:

Der Oberste Gerichtshof hatte zu 6 Ob 17/16t (Klausel 10) und 6 Ob 228/16x (Klausel 20) und 1 Ob 124/18v (Klausel 18) ähnliche Klauseln zu beurteilen und diese als gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB erkannt. Durch die Klausel 5b (9.7. der AGB der Beklagten) wird dem Schuldner die Möglichkeit genommen, die Tilgung eines bestimmten Postens zu erklären. Zwar sind §§ 1415 und 1416 ABGB dispositives Recht; durch die Klausel wird der Beklagten aber die Möglichkeit eingeräumt, eingehende Zahlungen des Kunden auch entgegen seiner Widmung anzurechnen. Dem tritt die Beklagte auch nicht entgegen. Damit ist die Klausel – wie das Berufungsgericht zutreffend darlegte – gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB.

5. Klausel 6:

> „(10.3.) In Fällen von card complete leicht fahrlässig verursachten Schäden ist ihre Haftung auf den typischen vorhersehbaren Schaden aus der Verletzung von vertraglichen Hauptleistungspflichten beschränkt."

5.1 Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Durch die Beschränkung der Haftung auf typisch vorhersehbare Schäden sei diese Klausel geeignet, dem Verbraucher ein unklares bzw unvollständiges Bild seiner Rechte zu vermitteln. Sie sei daher intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG.

5.2 Auch das Berufungsgericht ging davon aus, dass diese Klausel intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG ist. **Die Tragweite der Haftungsbeschränkung im Hinblick auf den unbestimmten Begriff der typisch(en) vorhersehbaren Schäden erschließe sich dem durchschnittlichen Verbraucher nicht.** Der Umstand, dass die Klausel keinen generellen und uneingeschränkten Haftungsausschluss in Fällen leichten Verschuldens normiere, könne daran nichts ändern.

5.3 Nach Ansicht der Beklagten in ihrer Revision handle es sich bei der Wendung „typisch vorhersehbare Schäden“ um einen allgemein verständlichen Rechtsbegriff, der zumindest abstrakt auch einem Verbraucher zugänglich sein müsse. Jeder Verbraucher werde sich ein Bild machen können, was grundsätzlich darunter zu verstehen sei und welche Rechtsfolgen daraus entstünden.

5.4 Die Revision ist nicht berechtigt:

Zu 1 Ob 124/18v hatte der Oberste Gerichtshof eine Klausel zu beurteilen (dort Klausel 10), in der die Haftung für leicht fahrlässig verursachte Schäden auf den „typisch vorhersehbaren Schaden“ begrenzt werden sollte. Der 1. Senat gelangte zum Ergebnis, die Beschränkung der Haftung auf typisch vorhersehbare Schäden sei geeignet, dem Verbraucher ein unklares bzw unvollständiges Bild seiner Rechte zu vermitteln. Dem schließt sich der erkennende Senat an. Die Klausel 6 ist daher als intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG zu qualifizieren.

6. Klauseln 7 und 21:

Klausel 7:

> „(12.2.) Besitzt eine Karte über das Vertragsende hinausgehende Gültigkeit, so hat der KI die jeweilige Karte binnen zwei Wochen nach Vertragsbeendigung an card complete zurückzustellen oder die Vernichtung der jeweiligen Karte schriftlich unterfertigt zu bestätigen. Unterlässt dies der KI schuldhaft, ist card complete berechtigt, nach ungenütztem Verstreichen der zweiwöchigen Frist gegen Verrechnung eines Manipulationsentgelts (Punkt 20.) ihn neuerlich dazu aufzufordern und/oder die Karte einzuziehen.“

Klausel 21:

> „(20.) [...] Manipulationsentgelt gem. Punkt 12.2./13.6. EUR 40,-“

6.1 Das Erstgericht gab der Klage statt. Der Oberste Gerichtshof habe zu 9 Ob 82/17z (Klausel 21 und 27) eine vergleichbare Regelung beurteilt und die Vereinbarung eines dort als „Sperrgebühr“ bezeichneten Entgelts für unzulässig erklärt. Mit dem in der Klausel vorgesehenen „Manipulationsentgelt“ werde in Wahrheit eine solche „Sperrgebühr“ festgelegt. **Sie sei eine Vertragsstrafe, der keine adäquate Leistung der Beklagten gegenüberstehe. Die Vereinbarung einer mit 40 EUR auch überhöhten Vertragsstrafe sei jedenfalls gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB.**

6.2 Das Berufungsgericht verwies ebenfalls auf 9 Ob 82/17z. In dieser Entscheidung habe das Höchstgericht zwei Klauseln (dort die Klauseln 21 und 27), in denen die Verrechnung einer „Sperrgebühr“ von 40 EUR für den Fall, dass der Karteninhaber die Rückstellung oder schriftliche Bestätigung der Vernichtung der Karte schuldhaft unterlasse, vorgesehen gewesen sei, mit der Begründung als unwirksam erkannt, dass die in § 35 Abs 1 ZaDiG aF vorgesehene Sperrmöglichkeit eine sonstige Nebenpflicht im Sinn des § 27 Abs 3 ZaDiG aF bilde, für die der Zahlungsdienstleister kein (gesondertes) Entgelt verrechnen dürfe. Auch die in § 62 Abs 1 ZaDiG

2018 vorgesehene Sperrmöglichkeit sei eine Schutzmaßnahme im Sinn des § 56 Abs 1 ZaDiG 2018, die nicht dem taxativ aufgezählten Ausnahmekatalog des § 56 Abs 1 ZaDiG 2018 zuzuordnen sei. Dafür dürfe der Zahlungsdienstleister daher kein (gesondertes) Entgelt verrechnen. Die Klauseln seien daher wegen ihres Verstoßes gegen § 56 Abs 1 ZaDiG 2018 unwirksam.

6.3 Die Beklagte vertritt in ihrer Revision den Standpunkt, anders als die zu 9 Ob 82/17z für ungültig befundenen Klauseln sähen die hier inkriminierten Regelungen nicht die Verrechnung einer Sperrgebühr vor, sondern enthielten ein Manipulationsentgelt im Sinn eines Aufwandersatzes für ein Aufforderungsschreiben. Dieser rein administrative Aufwand könne als sonstiges Entgelt für die Erbringung von Zahlungsdiensten oder im Zusammenhang mit dem Rahmenvertrag gemäß § 56 Abs 4 ZaDiG 2018 frei vereinbart werden. Zudem betreffe diese Klausel keinen Fall, in dem die Sicherheit des Zahlungsmittels gefährdet sei, vielmehr verlange der Zahlungsdienstleister lediglich sein Eigentum zurück.

6.4 Die Revision ist nicht berechtigt:

6.4.1 § 56 Abs 1 ZaDiG 2018 lautet:

> „Ein Zahlungsdienstleister darf einem Zahlungsdienstnutzer für die Erfüllung der Informationspflichten oder für Berichtigungs- und Schutzmaßnahmen nach diesem Hauptstück keine Entgelte in Rechnung stellen. Nur für folgende Leistungen dürfen vom Zahlungsdienstleister Entgelte verlangt werden:
>
> 1. Mitteilung über die Ablehnung eines Zahlungsauftrages gemäß § 73 Abs. 1;
>
> 2. Widerruf eines Zahlungsauftrages nach dem Zeitpunkt der Unwiderruflichkeit gemäß § 74 Abs. 3 und
>
> 3. Wiederbeschaffung eines Geldbetrages wegen einer fehlerhaften Ausführung des Zahlungsvorgangs aufgrund eines vom Zahlungsdienstnutzer fehlerhaft angegebenen Kundenidentifikators (§ 79 Abs. 2).
>
> Entgelte gemäß Z 1 bis 3 sind nur zulässig, wenn sie zwischen dem Zahlungsdienstnutzer und dem Zahlungsdienstleister vereinbart werden; sie müssen angemessen und an den tatsächlichen Kosten des Zahlungsdienstleisters ausgerichtet sein.“

Nach Absatz vier dieser Bestimmung dürfen Entgelte für die Erbringung von Zahlungsdiensten oder im Zusammenhang mit dem Rahmenvertrag nur verrechnet werden, wenn sie vorher gemäß § 41 Abs 1 Z 3 oder § 48 Abs 1 Z 3 lit a ZaDiG 2018 wirksam vereinbart worden sind.

6.4.2 Diese Bestimmungen entsprechen weitestgehend § 27 Abs 2 und Abs 3 ZaDiG aF. Zur Rechtslage nach dem ZaDiG aF hat der Oberste Gerichtshof wiederholt ausgesprochen, **dass § 27 Abs 1 und 3 ZaDiG aF abschließend regelt, in welchen Fällen der Zahlungsdienstleister neben den für die Zahlungsdienste vereinbarten Entgelten einen Aufwandersatz- bzw Kostenersatzanspruch geltend machen kann und damit eine abschließende Regelung über den Aufwandersatz getroffen wurde** (siehe nur RS0128554). In der von den Vorinstanzen angesprochenen Entscheidung zu 9 Ob 82/17z wurde daher erkannt, dass die gesetzlich vorgesehene Sperrmöglichkeit eine sonstige Nebenpflicht im Sinn des § 27 Abs 3 ZaDiG aF (nunmehr § 56 Abs 1 ZaDiG 2018) bildet, diese Nebenleistung aber nicht dem taxativ aufgezählten Ausnahmekatalog des § 27 Abs 1 und 3 ZaDiG aF unterfällt, weshalb der Zahlungsdienstleister dafür kein (gesondertes) Entgelt verrechnen darf. An diesen Grundsätzen ist für die Rechtslage nach dem ZaDiG 2018 festzuhalten, zumal § 56 Abs 1 ZaDiG 2018 an Stelle der Formulierung

„sonstigen Nebenpflichten“ in der Vorgängerbestimmung ausdrücklich Schutzmaßnahmen nennt, unter die insbesondere die in § 62 Abs 1 ZaDiG 2018 vorgesehene Sperrmöglichkeit zu subsumieren ist. Der Zahlungsdienstleister darf für die Sperrung einer Karte kein (gesondertes) Entgelt verrechnen. Dies gilt auch dann, wenn der Zahlungsdienstleister die Sperre von sich aus vornimmt.

6.4.3 Die Beklagte stellt nicht in Abrede, dass die Sperre einer Karte eine Schutzmaßnahme nach § 56 Abs 1 erster Satz ZaDiG 2018 ist, für die kein Entgelt verrechnet werden darf, meint aber, die beanstandete Klausel betreffe lediglich den Ersatz für den administrativen Aufwand, um die in ihrem Eigentum stehende Karte zurückzuerlangen. Dabei übergeht sie, dass die Klausel die Verrechnung einer Manipulationsgebühr gerade (auch) für das Einziehen der Karte vorsieht. Dass dieser Vorgang seinem Zweck nach einer Kartensperre gleichgesetzt werden kann, steht außer Zweifel. Dafür spricht schon die gängige Definition der Sperrung, die vorliegt, „wenn mit dem Zahlungsinstrument keinerlei Verfügungen mehr getroffen werden können“ (Ferner/Muri in Weilinger/Knauder/Miernicki, ZaDiG 2018 § 62 Rz 3).

6.4.4 **Dem Berufungsgericht ist damit zuzustimmen, dass die Beklagte mit den beanstandeten Klauseln unter dem Titel des Aufwandersatzes ein Entgelt für eine Schutzmaßnahme im Sinn des § 56 Abs 1 ZaDiG 2018 festlegt, die nicht in dem taxativ aufgezählten Ausnahmekatalog des § 56 Abs 1 ZaDiG 2018 genannt ist, und für die der Zahlungsdienstleister daher kein (gesondertes) Entgelt verrechnen darf. Die Klauseln sind daher wegen ihres Verstoßes gegen § 56 Abs 1 ZaDiG 2018 unwirksam.**

7. (…)

8. Klausel 10:

> „(18.1.) Eine Änderung dieser AGB wird spätestens zwei Monate vor dem geplanten Zeitpunkt ihrer Anwendung durch card complete dem KI mittels E-Mail oder (fern-)schriftlich in Papierform vorgeschlagen. Die Änderung bedarf der ausdrücklichen (Punkt 18.2.) oder der stillschweigenden (Punkt 18.6.) Zustimmung durch den KI.“

8.1 Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Die Klausel verweise auf zwei weitere Klauseln, in denen sich Weiterverweise auf jeweils drei weitere Klauseln fänden. Eine solche Regelungstechnik möge Juristen vertraut sein, der hier maßgebliche durchschnittlich verständige Verbraucher sei damit jedoch überfordert. Ihm werde sich der Regelungsinhalt nicht erschließen, was zur Intransparenz dieser Klausel nach § 6 Abs 3 KSchG führe.

8.2 Das Berufungsgericht schloss sich der Argumentation des Erstgerichts an. Es bleibe dem Karteninhaber aufgrund der mehrfachen Verweise unklar, welche Rechtsfolgen sich aus dem Zusammenwirken der aufeinander bezogenen Bestimmungen ergeben. Klausel 10 könne zudem deshalb keinen Bestand haben, weil die Beklagte mit dem Weiterverweis auf die Klauseln 11 bis 16 auf unzulässige Klauseln verweise, und schon dieser Umstand zwingend zur Unzulässigkeit der verweisenden Norm führe.

8.3 Die Revisionswerberin argumentiert, die Verknüpfung der Klauseln sei nicht komplexer als bei der vom Obersten Gerichtshof zu 4 Ob 227/06w beurteilten Klausel. Im Übrigen seien die Klauseln 11–16 zulässig, wodurch kein Verweis auf unzulässige Klauseln vorliege.

8.4 Die Revision ist nicht berechtigt:

8.4.1 **Anders als in dem zu 4 Ob 227/06w entschiedenen Fall, auf den sich die Beklagte beruft, liegt hier nicht bloß ein einfacher Verweis auf eine oder zwei weitere Klauseln vor, weil in den zunächst verwiesenen Klauseln zu 18.2. und 18.6. der AGB jeweils weiter auf die Klauseln zu 18.3., 18.4. und 18.5. der AGB verwiesen wird. Zwar sind Querverweise nicht jedenfalls unzulässig. Es wurde aber bereits wiederholt ausgesprochen, dass aufgrund solcher Verweise im Einzelfall unklar sein kann, welche Rechtsfolgen sich aus dem Zusammenwirken der aufeinander bezogenen Bestimmungen ergeben (vgl RS0122040).**

8.4.2 Die vorliegende Verknüpfung der Klauseln ist entgegen der Ansicht der Beklagten deutlich komplexer als in dem zu 4 Ob 227/06w entschiedenen Fall, wo aufgrund der verweisenden Bestimmung für die Kunden lediglich eine weitere Klausel zu beachten war (vgl 4 Ob 227/96w: Klausel 7.4 [Pkt 2.3b]). Auf die konkrete Situierung der verweisenden und der verwiesenen Normen im Regelwerk der Beklagten kommt es nicht an, weil es nicht nur um das Auffinden der jeweiligen Bestimmung, sondern insbesondere um das Verständnis von deren Zusammenwirken geht. Dabei ist dem Berufungsgericht zuzustimmen, dass einem durchschnittlichen Verbraucher wegen der Verschachtelung eines Großteils der zu Punkt 18. der AGB enthaltenen Klauseln durch die darin aufgenommenen Querverweise nicht mehr mit der erforderlichen Deutlichkeit erkennbar wird, in welchen Fällen es seiner ausdrücklichen Zustimmung zur Änderung der Geschäftsbedingungen bedarf und in welchen Fällen seine stillschweigende Zustimmung genügt und damit seine Zustimmung mangels rechtzeitigen Widerspruchs fingiert wird. Einem durchschnittlichen Verbraucher sind die genauen Rechtsfolgen der Klausel 10, die auf die anderen Klauseln direkt oder indirekt verweist, nicht ersichtlich. Die Klausel ist damit intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG.

8.4.3 Darüber hinaus sind „Querverweise“ jedenfalls unzulässig, wenn auf unzulässige Bestimmungen verwiesen wird (RS0122040). Bereits die Klausel 18.6. ist aber – wie noch zu zeigen sein wird – als unzulässig zu qualifizieren. Diese direkte Verweisung auf eine unzulässige Bestimmung macht auch die verweisende Bestimmung unzulässig (RS0122040). Die Klausel 18.6 verweist dann ihrerseits weiter auf die unzulässigen Klauseln 18.3., 18.4. und 18.5 (dazu im Folgenden).

9. Klausel 11a:

> „(18.3.) Ist eine Änderung der AGB aufgrund geänderter rechtlicher Rahmenbedingungen, technischer Innovationen oder aus sonstigen sachlich gerechtfertigten (sicherheitsrelevanten) Gründen erforderlich […] bedarf es der Zustimmung durch den KI.“

(…)

9.4 Die Revision ist nicht berechtigt:

9.4.1 Exkurs:

9.4.1.1 Für die in Klausel 11a angeführten Änderungen der AGB genügt (ebenso wie für die Klauseln 11b [18.3. der AGB], 12a [18.4. der AGB], 12b [18.4. der AGB], 13 [18.4.1. der AGB], 14 [18.4.2. der AGB] und 15 [18.5. der AGB], wie sich aus dem Querverweis in Punkt 18.6. der AGB (Klausel 16) ergibt, die stillschweigende Zustimmung des Karteninhabers.

9.4.1.2 Der Oberste Gerichtshof hatte bereits wiederholt aus Anlass von gegen Banken gerichteten Verbandsklagen Zustimmungsfiktionsklauseln zu beurteilen (siehe nur 10 Ob 60/17x und die dort unter Pkt 3.3 angeführten Nachweise). Als unzulässig wurde nicht jede Vertragsanpassung über

eine in AGB vereinbarte Zustimmungsfiktion angesehen, sondern nur eine völlig uneingeschränkte (RS0128865). Intransparent ist eine solche nach der Rechtsprechung demnach dann, wenn sie Änderungen des Vertrags über eine Zustimmungsfiktion nach Inhalt und Ausmaß nahezu unbeschränkt zulässt und es nicht nur völlig unbestimmt bleibt, welche Leistungen die Bank mit fingierter Zustimmung einschränken kann, sondern auch, in welchem Umfang eine Änderung der vom Verbraucher entrichteten Entgelte vorgenommen werden kann. Eine gröbliche Benachteiligung im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB wird darin gesehen, wenn die jeweilige Klausel nicht einmal ansatzweise irgendeine Beschränkung erkennen lässt, die den Verbraucher vor dem Eintritt unangemessener Nachteile bei Änderungen des Vertrags mittels Zustimmungsfiktion schützen könnte. Dahinter steht, dass die vertragliche Zustimmungsfiktion in der Praxis trotz des formalen Widerspruchsrechts weitgehend auf eine einseitige Änderungsbefugnis des Unternehmers hinausläuft, weil sich Verbraucher erfahrungsgemäß mit Änderungsangeboten nicht auseinandersetzen, weswegen ihnen ein Schutzbedürfnis zuzubilligen ist.

9.4.1.3 Die Beklagte argumentiert in diesem Zusammenhang, dass die Zustimmungsfiktionsklauseln des hier zu beurteilenden Regelwerks nach Maßgabe des § 50 ZaDiG 2018 formuliert worden seien und diese Bestimmung keine inhaltliche Beschränkung vorsehe. Auch habe der EuGH bereits ausgesprochen, dass § 50 ZaDiG 2018 (gemeint: Art 54 der Richtlinie [EU] 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, auf der § 50 ZaDiG 2018 beruht) keine inhaltlichen Beschränkungen vorsehe, für welche Art von Vertragsbedingungen eine Zustimmungsfiktion vereinbart werden dürfe.

9.4.1.4 Der Oberste Gerichtshof judiziert dazu, dass eine Zustimmungsfiktionsklausel nicht allein deshalb automatisch zulässig ist, weil sie die Formalerfordernisse (hier des § 50 Abs 1 Z 2 iVm § 48 Abs 1 Z 6 lit a ZaDiG 2018) erfüllt, sondern dass auf diesem Weg ermöglichte Vertragsänderungsklauseln zusätzlich der Kontrolle nach der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (Klausel-Richtlinie) sowie deren nationaler Umsetzung (§ 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 3 KSchG) unterliegen (vgl wiederum 10 Ob 60/17x und die zu Klausel 1 unter Punkt 1 ff genannten Nachweise; dagegen krit ua Bollenberger, Änderungen von Bankverträgen im Massengeschäft, ÖBA 2017, 741 [insb 744]; Schopper, Judikatur zu Zustimmungsfunktionsklauseln in AGB, VbR 2017/51, 75). Über Vorlage zu 8 Ob 24/18i hat der EUGH mit Urteil vom 11. November 2020, C-287/19, DenizBank, zwar ausgeführt, dass Art 52 Nr 6 Buchst a in Verbindung mit Art 54 Abs 1 der Richtlinie (EU) 2015/2366 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt (PSD II oder Zahlungsdienste-Richtlinie II) dahin auszulegen ist, dass [...] er […] keine Beschränkungen hinsichtlich der Eigenschaft des Nutzers oder der Art der Vertragsbedingungen, die Gegenstand einer solchen Vereinbarung [Anm: über die Modalitäten der Zustimmung] sein können, festlegt. **Die Beklagte übergeht in ihrer Argumentation aber den zweiten Teil in der Antwort des EuGH, wonach die Möglichkeit der Prüfung, ob AGB-Klauseln im Licht der Bestimmung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen missbräuchlich sind, davon jedoch unberührt bleibt, wenn es sich bei dem Nutzer um einen Verbraucher handelt.**

9.4.1.5 Die vom Obersten Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung vertretenen Grundsätze sind damit mit den Vorgaben der Zahlungsdienste-Richtlinie II (PSD II) vereinbar (vgl 8 Ob 105/20d). **Auch im Anwendungsbereich des ZaDiG 2018 ist daher nicht jede Vertragsanpassung über eine in AGB vereinbarte Zustimmungsfiktion schlechthin zulässig, nur weil sie den**

Formerfordernissen entspricht. Inhaltlich völlig unbeschränkte Erklärungsfiktionsklauseln verstoßen auch in diesem Konntext gegen § 879 Abs 3 AGBG und § 6 Abs 3 KSchG und sind dann unzulässig. Daran sind auch die Klauseln 11a, 11b, 12a, 12b und 15 zu messen.

9.4.2 Klausel 11a ist mit der zu 10 Ob 60/17x (dort Klausel 1) beurteilten Regelung vergleichbar. Unter Anführung exemplarisch genannter Beispiele sollte auch dort die Änderung der AGB (der Entgeltbestimmungen) aus „allen in Betracht kommenden sachlich gerechtfertigten Umständen“ mittels einer Zustimmungsfiktion ermöglicht werden. Der 10. Senat führte aus, dass der Verweis auf „sachlich gerechtfertigte“ Umstände als intransparent anzusehen ist, wenn die Klausel selbst eine dem Grund nach nicht näher konkretisierte, unbeschränkte Möglichkeit der Vertragsanpassung mittels Erklärungsfiktion eröffnet.

9.4.3 **Die inkriminierte Klausel ermöglicht durch ihre Bezugnahme auf „sonstige sachlich gerechtfertigte Gründe“ ebenfalls eine dem Grund nach nicht näher konkretisierte, völlig unbeschränkte (arg: „Änderung der AGB“) Vertragsänderung.** Die von der Beklagten gesehene Einschränkung, weil die „sonst sachlich gerechtfertigten Gründe“ den „geänderten rechtlichen Rahmenbedingungen und technischen Innovationen“ als gleichwertig gegenüberstünden, ergibt sich aus dem Wortlaut keineswegs zwingend und hat daher bei kundenfeindlichster Auslegung außer Betracht zu bleiben. Dem Berufungsgericht ist auch darin zuzustimmen, dass für den Verbraucher letztlich auch unklar bleibt, ob der Klammerausdruck „sicherheitsrelevant“ nur als Beispiel für eine sachliche Rechtfertigung angeführt ist oder ob ein sicherheitsrelevanter Grund zwingende Voraussetzung einer Änderung der AGB sein muss. Im Hinblick auf die aus dem Transparenzgebot abzuleitende Pflicht zur Vollständigkeit (RS0115219) muss der Verbraucher aber von Anfang an auch über die Gründe und die maßgeblichen Faktoren für eine Änderung der AGB mittels Zustimmungsfiktion informiert werden. Die Klausel 11a lässt den Verbraucher sowohl über die Gründe als auch den Umfang einer möglichen Vertragsänderung über eine Zustimmungsfiktion, auf die er darüber hinaus auch erst durch den Querverweis in Klausel 16 (Pkt 18.6. der AGB) hingewiesen wird, im Unklaren und ist damit intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG.

10. Klausel 11b:

> „(18.3.) [...] findet eine Änderung der AGB ohne die zuvor beschriebenen Umstände statt, und schränkt diese Änderung die Hauptleistungspflichten der card complete nur geringfügig ein, bedarf es der Zustimmung durch den KI.“

10.1 **Das Erstgericht beurteilte diese Klausel als intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, weil sie an die unklaren Kriterien der Klausel 11a anknüpfe. Darüber hinaus bleibe unklar, was unter geringfügigen Änderungen zu verstehen sei**.

10.2 Das Berufungsgericht beurteilt die Klausel ebenfalls als intransparent. Es gelte das zu Klausel 11a angeführte. Die Klausel ermögliche jegliche Änderung der AGB mit Ausnahme einer mehr als geringfügigen Änderung der Hauptleistungspflichten der Beklagten, die demnach nicht nur die vom Verbraucher zu entrichtenden Entgelte erhöhen, sondern auch die von ihr geschuldeten Nebenleistungen unbeschränkt sowie die Hauptleistungen zumindest im geringfügigen Ausmaß abändern könnte, wobei dem Verbraucher das Durchschauen der Tragweite dieser Änderungsmöglichkeit zusätzlich dadurch erschwert werde, dass sich nicht einmal ansatzweise erkennen lasse, wo die Grenze der Geringfügigkeit gezogen werden solle.

10.3 Nach Ansicht der Beklagten in ihrer Revision ermögliche diese Klausel ausschließlich geringfügige Änderungen der Hauptleistungspflichten und sei damit nicht uneingeschränkt.

10.4 Die Revision ist nicht berechtigt:

10.4.1 Auch hier gilt, dass der Verbraucher mangels Querverweises auf die Klausel 16 (18.6. der AGB) über die Möglichkeit der angeführten Änderungen der AGB im Weg der stillschweigenden Zustimmung des Karteninhabers im Unklaren gelassen wird. Sie knüpft im Übrigen an die unklaren Kriterien der Klausel 11a an und ist schon deswegen unzulässig (vgl RS0122040).

10.4.2 Darüber hinaus ist dem Berufungsgericht zuzustimmen, dass die Klausel 11b eine Änderung wesentlicher Pflichten der Parteien zugunsten des Verwenders der AGB – außerhalb von dessen Hauptleistungspflicht – in nahezu jede Richtung und in unbeschränktem Ausmaß ermöglicht. Bei kundenfeindlichster Auslegung ermöglicht sie es der Beklagten, nicht nur die vom Verbraucher zu entrichtenden Entgelte zu erhöhen, sondern auch die von ihr geschuldeten Nebenleistungen unbeschränkt sowie die Hauptleistungen zumindest im geringfügigen Ausmaß abzuändern. **Wo die Grenze der Geringfügigkeit gezogen werden soll, bleibt ebenfalls unklar. Die Klausel ist daher intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG.**

11. Klausel 12a:

> „(18.4.) Ist eine Änderung der AGB hinsichtlich der Entgelte, Gebühren, Kostenersätze und Zinsen (Punkt 20.) aufgrund einer Erhöhung um bis zu maximal 10 % des jeweils zuletzt gültigen Wertes [...] erforderlich, bedarf es der Zustimmung durch den KI."

11.1 Das Erstgericht gab der Klage statt. Der Verbraucher nehme bei Lektüre dieser Klausel wahr, dass eine Erhöhung der Entgelte, Gebühren Kostenersätze und Zinsen von seiner Zustimmung und damit einem aktiven Tun abhängig wäre. **Erst in Klausel 16 (18.6. der AGB) erfahre er, dass stattdessen eine Zustimmungsfiktion vorgesehen sei. Allein diese räumliche Trennung berge die Gefahr einer Irreführung, weshalb die Klausel als intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG anzusehen sei.**

11.2 Das Berufungsgericht ging in seiner rechtlichen Beurteilung davon aus, dass der Verbraucher auch in dieser Klausel völlig im Unklaren darüber gelassen werde, welche Gründe eine Erhöhung der Entgelte, Gebühren, Kostenersätze und Zinsen erforderlich machen könnten, sodass sie in Anwendung der zu Klausel 11a dargestellten Rechtsprechung jedenfalls intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG und schon aus diesem Grund unzulässig sei.

11.3 Die Beklagte vertritt in ihrer Revision den Standpunkt, dass die Modalitäten, wann eine Erhöhung notwendig werde, in den nachfolgenden Klauseln 18.4.1. und 18.4.2. der AGB näher geregelt seien. Die Klauseln seien in ihrer Gesamtheit zu beurteilen.

11.4 Die Revision ist nicht berechtigt:

Die Argumentation der Beklagten vermag die Begründung des Berufungsgerichts nicht zu erschüttern (§ 510 Abs 3 ZPO). Die Klausel lässt offen, wann eine Änderung der Entgelte, Zinsen usw möglich ist, zumal nicht erläutert wird, was mit der Formulierung „jeweils zuletzt gültigen Wertes" gemeint ist. **Mangels Querverweis auf Klausel 16 (18.6. der AGB) wird der Verbraucher auch hier im Unklaren gelassen, dass die Zustimmung zur Entgeltänderung auch mittels Zustimmungsfiktion erfolgen kann.** Darüber hinaus sind – dazu im Folgenden – die Klauseln 13 (18.4.1. der AGB) und 14 (18.4.2. der AGB) jeweils für sich genommen als

unzulässig zu qualifizieren, sodass die in der Revision geforderte Gesamtbetrachtung zu keinem für die Beklagte günstigeren Ergebnis führt.

12. Klausel 12b:

> „(18.4.) Ist eine Änderung der AGB hinsichtlich der Entgelte, Gebühren, Kostenersätze und Zinsen (Punkt 20.) […] auf Grund einer Verringerung oder Streichung des jeweils zuletzt gültigen Wertes erforderlich, bedarf es der Zustimmung durch den KI."

12.1 Das Erstgericht vertrat die Ansicht, diese Klausel könnte bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung von der Beklagten dazu benützt werden, bestehende Entgeltpositionen zu streichen und stattdessen andere mittels Zustimmungsfiktion neu zu vereinbaren, und gab dem Klagebegehren auch insoweit statt. Die Klausel verwirkliche den Tatbestand des § 879 Abs 3 ABGB.

12.2 Das Berufungsgericht trat dieser Auffassung bei und gab dem Rechtsmittel der Beklagten nicht Folge. Diese Klausel ermögliche es der Beklagten bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung, Entgelte, Gebühren, Kostenersätze und Zinsen nicht nur zu verringern, sondern sogar zu streichen, um sie dann im Weg der Zustimmungsfiktion neu festzusetzen. Damit räume sich die Beklagte das Recht zur Entgeltänderung in unbeschränktem Ausmaß im Weg der Zustimmungsfiktion ein, was nicht zulässig sei. Darüber hinaus bleibe in der Klausel auch völlig unklar, was unter dem jeweils zuletzt gültigen Wert gemeint sei und welche Gründe zu einer Verringerung oder Streichung dieses Werts führen könnten, sodass sich weder Inhalt noch Tragweite der Klausel für den Durchschnittsverbraucher erschließe. Die Klausel sei daher auch intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG.

12.3 Die Beklagte verweist in ihrer Revision auf die Ausführungen zur Klausel 12a. Nicht nachvollziehbar sei die Ansicht des Berufungsgerichts, diese Klausel ermögliche es der Beklagten, willkürlich Kostenpunkte zu streichen und nach Belieben neu festsetzen. Die Möglichkeiten der Anpassung seien in der unmittelbar folgenden Klausel geregelt.

12.4 Die Revision ist nicht berechtigt. Auch in diesem Zusammenhang geht erst aus Klausel 16 (18.6. der AGB) hervor, dass eine Einwilligung des Karteninhabers im Weg einer Zustimmungsfiktion möglich ist. Bereits dieser Umstand führt zur Intransparenz im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG. Im Übrigen kann auf die Begründung des Berufungsgerichts verwiesen werden. Was der „zuletzt gültige Wert" sein soll, bleibt völlig offen und erschließt sich entgegen der Ansicht der Beklagten auch nicht aus der nächstfolgenden Klausel 13 (18.4.1. der AGB). Damit ist die Ansicht nicht zu beanstanden, dass diese Klausel der Beklagten bei der nachteiligsten Auslegung die Möglichkeit einräumt, Entgelte, Gebühren, Kostenersätze und Zinsen zu verringern oder zu streichen, um sie dann im Weg der Zustimmungsfiktion neu festzusetzen. Die Klausel ist demnach nicht nur intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG, sondern bewirkt auch eine gröbliche Benachteiligung gemäß § 879 Abs 3 ABGB.

(…)

14. Klausel 14:

> „(18.4.2.) Unter einer Änderung des Indexfaktors ist eine Änderung des Index der Verbraucherpreise (VPI 2015) oder des an seine Stelle tretenden Index zu verstehen. Die Anpassung daran kann durch den Vergleich der Indexwerte vom Juli des vergangenen Jahres (als Bezugsgröße dient die für den Monat Juli 2018 verlautbarte Indexzahl des VPI

2015) erfolgen. Der sich aus der Anpassung ergebende neue Wert wird kaufmännisch auf zehn Eurocent gerundet. Erfolgt jedoch bei Änderung des VPI 2015 keine Veränderung der Entgelte, Gebühren, Kostenersätze und Zinsen (Punkt 20.) aus welchen Gründen auch immer, so ist dadurch das Recht auf Anhebung oder Reduzierung bei Zustimmung durch den KI mit Wirkung für die Zukunft in den Folgejahren nicht verloren gegangen."

14.1 Das Erstgericht erklärte auch diese Klausel für unzulässig. Die Klausel lege den Verbraucherpreisindex als maßgeblichen Faktor für die Anpassung „der Entgelte, Gebühren, Kostenersätze und Zinsen" fest. Während Entgelte im weiteren Sinn durchaus an den Verbraucherpreisindex gebunden werden dürften, **fehle es dafür bei Zinsen an einer sachlichen Rechtfertigung.** Die Bezugnahme auf „Juli 2018" als Basis führe demgegenüber zu keiner Benachteiligung des Kunden, liege doch dieser Zeitpunkt lediglich eineinhalb Jahre in der Vergangenheit. Eine ständige Änderung der AGB, nur um die Basis auf einen neuen Monatswert zu verschieben, verbessere die Übersichtlichkeit für den Verbraucher nicht. **Der fehlende wirtschaftliche Zusammenhang zwischen VPI und Zinssatz führe zu einem Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG.** Mangels Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion wirke dies gegen die gesamte Bestimmung.

14.2 Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. (…)

14.4 Die Revision ist nicht berechtigt. Es trifft zwar grundsätzlich zu, dass Verzugszinsen nach neuerer Auffassung einen schadenersatzrechtlichen Charakter aufweisen (6 Ob 114/17h = RS0031994 [T2]). Sie stehen dann zu, wenn der Schuldner mit seiner Zahlung (objektiv) in Verzug ist und sollen den Schaden, den ein Gläubiger durch die Verzögerung der Zahlung erlitten hat, pauschal abdecken (vgl 2 Ob 217/20f). **Inwieweit ein solcher Schaden von der allgemeinen Preisentwicklung bzw der Inflation abhängig sein soll, versucht die Beklagte erst gar nicht zu begründen und tritt damit der Argumentation des Berufungsgerichts, das in diesem Zusammenhang zutreffend auf die unterschiedliche Entwicklung der durch den VPI abgebildeten Inflationsrate und der Zinssätze für (Verbraucher-)Kredite hingewiesen hat, auch gar nicht entgegen. Da eine sachliche Rechtfertigung für eine Bindung der Zinsen an den VPI auch nicht zu erkennen ist, sind die Vorinstanzen zu Recht davon ausgegangen, dass diese Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG verstößt.** Sie ist auch intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG, weil einem durchschnittlichen Verbraucher nicht erkennbar ist, dass es aufgrund der Bezugnahmen auf die Indexzahl aus dem Jahr 2018 bereits kurz nach Vertragsschluss zu beträchtlichen Änderungen der Entgelte kommen kann.

4. Klauselentscheidung zu Zustimmungsfiktionen nach EuGH C-287/19 VKI/Denizbank

14.7.2022, 9 Ob 81/21h

Sachverhalt

Die Klägerin ist ein gemäß § 29 Abs 1 KSchG klagebefugter Verband. Die Beklagte betreibt ein Kreditinstitut iSd § 1 BWG. Sie schließt mit Verbrauchern Verträge über Bankprodukte unter Verwendung – unter anderem – folgender Allgemeiner Geschäftsbedingungen und Vertragsformblätter:

1. Allgemeine Geschäftsbedingungen der [Beklagten] idF 2015 (im Folgenden: „AGB“),

2. Geschäftsbedingungen für Kreditkarten der [Beklagten] idF April 2016 (im Folgenden: „GB KK“).

Gegenstand der Unterlassungs- und Urteilsveröffentlichungsbegehren der Klägerin vor dem Erstgericht waren 54 Klauseln dieser AGB und Vertragsformblätter, von denen nach einem 45 Klauseln betreffenden rechtskräftigen Teilurteil (9 Ob 19/20i) noch die Klauseln 2 bis 5 sowie 29 bis 33 revisionsgegenständlich sind. Diese lauten:

Klausel 2 (Z 44. Abs 2 und 3 AGB; „Entgelts- und Leistungsänderungen gegenüber Verbrauchern außerhalb der Zahlungsdienstleistungen“):

> (2) Änderungen der im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses mit Verbrauchern vereinbarten Leistungen des Kreditinstituts sind nur mit Zustimmung des Kunden möglich; solche Änderungen werden nach Ablauf von zwei Monaten ab Zugang der Mitteilung der angebotenen Änderungen an den Kunden wirksam, sofern bis dahin kein schriftlicher Widerspruch des Kunden beim Kreditinstitut einlangt. Das Kreditinstitut wird den Kunden in der Mitteilung auf die jeweils angebotenen Änderungen hinweisen und darauf aufmerksam machen, dass sein Stillschweigen nach Ablauf der zwei Monate ab Zugang der Mitteilung als Zustimmung zur Leistungsänderung gilt. Die Möglichkeit zu Leistungsänderungen auf diesem Weg ist auf sachlich gerechtfertigte Fälle beschränkt; eine sachliche Rechtfertigung liegt insbesondere dann vor, wenn die Änderung durch gesetzliche oder aufsichtsbehördliche Maßnahmen notwendig ist, die Änderung die Sicherheit des Bankbetriebs oder die Abwicklung der Geschäftsverbindung mit dem Kunden fördert, die Änderung zur Umsetzung technischer Entwicklungen erforderlich ist, vereinbarte Leistungen nicht mehr kostendeckend erbracht werden können oder die Leistungen aufgrund geänderter Kundenbedürfnisse nur mehr von wenigen Kunden nachgefragt werden.
>
> (3) Die Bestimmungen dieser Z 44. gelten nicht für die in Z 45. gesondert geregelten Änderungen von in Verträgen über Zahlungsdienste vereinbarten Entgelten und Leistungen.

Klausel 3 (Z 45. Abs 1 AGB; „Änderungen der in einem Rahmenvertrag für Zahlungsdienste mit Verbrauchern vereinbarten Zahlungsdienstleistungen des Kreditinstituts und Entgelte des Kunden“):

> (1) Änderungen der in einem Rahmenvertrag für Zahlungsdienste (insbesondere des Girokontovertrags) vereinbarten Entgelte (einschließlich Soll- und Habenzinsen, soweit die Änderung nicht aufgrund der Bindung des Zinssatzes an einen

Referenzzinssatz erfolgt) und die Einführung von Entgelten sind nur mit Zustimmung des Kunden möglich, wobei solche Änderungen, wenn nicht zuvor eine ausdrückliche Zustimmung des Kunden erteilt wird, zwei Monate ab Zugang der Mitteilung der angebotenen Änderung an den Kunden wirksam werden, sofern bis dahin kein schriftlicher Widerspruch des Kunden beim Kreditinstitut einlangt. Das Kreditinstitut wird den Kunden in der Verständigung auf die jeweils angebotene Änderung hinweisen sowie darauf aufmerksam machen, dass sein Stillschweigen nach Ablauf der zwei Monate ab Zugang der Mitteilung als Zustimmung gilt. Der Kunde hat das Recht, den Rahmenvertrag zum Inkrafttreten der Änderung kostenlos fristlos zu kündigen. Auch darauf wird das Kreditinstitut im Änderungsangebot hinweisen.

(2) Auf dem in Abs. (1) vorgesehenen Weg werden Änderungen der mit dem Kunden vereinbarten Entgelte im Ausmaß der Entwicklung des von der Statistik Austria veröffentlichten nationalen Verbraucherpreisindex 2010 („VPI“) oder des an seine Stelle tretenden Index angeboten (erhöht oder gesenkt) werden, wobei jeweils die kaufmännische Rundung auf ganze Cent erfolgt. Diese Anpassung erfolgt einmal jährlich mit Wirkung ab dem 1. Juli jeden Jahres. Diese Veränderung wird gemessen am Durchschnitt der Indexzahl für das vorletzte Kalenderjahr vor dem Änderungsangebot gegenüber dem Durchschnitt der Indexzahl für das letzte Kalenderjahr vor dem Änderungsangebot. Falls das Kreditinstitut in einem Jahr von einer Entgelterhöhung absieht, lässt dies das Recht des Kreditinstituts auf künftige Entgelterhöhungen unberührt. …

Klausel 4 (Z 45. Abs 3 AGB; „Änderungen der in einem Rahmenvertrag für Zahlungsdienste mit Verbrauchern vereinbarten Zahlungsdienstleistungen des Kreditinstituts und Entgelte des Kunden“):

Änderungen der im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses mit Verbrauchern vereinbarten Leistungen des Kreditinstituts sind nur mit Zustimmung des Kunden möglich; solche Änderungen werden nach Ablauf von zwei Monaten ab Zugang der Mitteilung der angebotenen Änderungen an den Kunden wirksam, sofern bis dahin kein schriftlicher Widerspruch des Kunden beim Kreditinstitut einlangt. Das Kreditinstitut wird den Kunden in der Verständigung auf die jeweils angebotenen Änderungen hinweisen und darauf aufmerksam machen, dass sein Stillschweigen nach Ablauf der zwei Monate ab Zugang der Mitteilung als Zustimmung zur Leistungsänderung gilt. Die Möglichkeit zu Leistungsänderungen auf diesem Weg ist auf sachlich gerechtfertigte Fälle beschränkt; eine sachliche Rechtfertigung liegt insbesondere dann vor, wenn die Änderung durch gesetzliche oder aufsichtsbehördliche Maßnahmen notwendig ist, die Änderung die Sicherheit des Bankbetriebs oder die Abwicklung der Geschäftsverbindung mit dem Kunden fördert, die Änderung zur Umsetzung technischer Entwicklungen erforderlich ist, vereinbarte Leistungen nicht mehr kostendeckend erbracht werden können oder die Leistungen aufgrund geänderter Kundenbedürfnisse nur mehr von wenigen Kunden nachgefragt werden.

Klausel 5 (Z 46. Abs 2 AGB; „Änderung von Zinssätzen“):

(2) Wurde für ein Konto, über das Zahlungsdienste erbracht werden, keine Anpassungsklausel betreffend Zinssätze vereinbart, so bietet das Kreditinstitut dem Kunden eine Änderung des Zinssatzes spätestens zwei Monate vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens an. Die Zustimmung des Kunden zu einem Änderungsangebot gilt als erteilt, wenn beim Kreditinstitut vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Wirksamwerdens kein schriftlicher Widerspruch des Kunden einlangt. Darauf wird das Kreditinstitut den Kunden im Änderungsangebot hinweisen. Der Kunde hat das Recht, den Rahmenvertrag bis zum Inkrafttreten der Änderung kostenlos fristlos zu kündigen. Auch darauf wird das Kreditinstitut im Änderungsangebot hinweisen.

Auf dem in diesem Abs. (2) vereinbarten Weg darf eine Änderung von Zinssätzen nur vorgenommen werden, wenn diese unter Berücksichtigung aller Umstände sachlich gerechtfertigt ist. Als sachlich gerechtfertigt gelten Zinssatzänderungen aufgrund der Änderung gesetzlicher, aufsichtsbehördlicher und geldpolitischer (Leitzinssatz der EZB) Rahmenbedingungen. Eine Änderung des Zinssatzes darf 0,5 %-Punkte im einzelnen Änderungsangebot nicht übersteigen.

Klausel 29 (III. 16.1 GB KK; „Änderungen der Geschäftsbedingungen für Kreditkarten der *“):

Änderungen dieser zwischen KI (Anm: Karteninhaber) und * vereinbarten Geschäftsbedingungen gelten nach Ablauf von zwei Monaten ab Zugang der Mitteilung der angebotenen Änderungen an den KI als vereinbart, sofern bis dahin kein Widerspruch des KI bei der * einlangt. …

(16.2) Die * wird den KI in der Mitteilung auf die Änderungen hinweisen und darauf aufmerksam machen, dass sein Stillschweigen nach Ablauf von zwei Monaten ab Mitteilung als Zustimmung zur Änderung gilt. …

Klausel 30 (III. 17.2.1 GB KK; „Entgeltänderungen gegenüber Verbrauchern“):

Änderungen der vereinbarten Entgelte (einschließlich Zinsen) und die Einführung von Entgelten sind nur mit Zustimmung des KI möglich, wobei solche Änderungen, wenn nicht zuvor eine ausdrückliche Zustimmung des KI erteilt wird, zwei Monate ab Zugang der Mitteilung der angebotenen Änderung an den KI wirksam werden, sofern bis dahin kein schriftlicher Widerspruch des KI bei der * einlangt. Die * wird den KI in der Verständigung auf die jeweils angebotene Änderung hinweisen sowie darauf aufmerksam machen, dass sein Stillschweigen nach Ablauf der zwei Monate ab Zugang der Mitteilung als Zustimmung gilt. Der KI hat das Recht, den Kartenvertrag bis zum Inkrafttreten der Änderung kostenlos fristlos zu kündigen. Auch darauf wird die * im Änderungsangebot hinweisen.

(17.2.2) Auf dem in 17.2.1 vorgesehenen Weg werden Änderungen der mit dem KI vereinbarten Entgelte im Ausmaß der Entwicklung des von der Statistik Austria veröffentlichten nationalen Verbraucherpreisindex 2010 (kurz VPI) oder des an seine Stelle tretenden Index angeboten (erhöht oder gesenkt) werden, wobei jeweils eine kaufmännische Rundung auf ganze Cent erfolgt. Diese Anpassung erfolgt einmal jährlich mit Wirkung ab dem 1. Jänner jeden Jahres. Diese Veränderung wird gemessen am Durchschnitt der Indexzahl für das vorletzte Kalenderjahr vor dem

Änderungsangebot gegenüber dem Durchschnitt der Indexzahl für das letzte Kalenderjahr vor dem Änderungsangebot.

Klausel 31 (III. 17.2.3 GB KK; „Entgeltänderungen gegenüber Verbrauchern“):

Änderungen der Zinssätze werden auf dem in 17.2.1 vorgesehenen Weg angeboten, wenn diese Änderung unter Berücksichtigung aller Umstände sachlich gerechtfertigt ist. Als sachlich gerechtfertigt gelten Zinssatzänderungen aufgrund der Änderung gesetzlicher, aufsichtsbehördlicher und geldpolitischer (Leitzinssatz der Europäischen Zentral Bank) Rahmenbedingungen. Eine Änderung des Zinssatzes darf 0,5 %-Punkte im einzelnen Änderungsangebot nicht übersteigen.

Klausel 32 (III. 17.2.4 GB KK; „Entgeltänderungen gegenüber Verbrauchern“):

Die * ist berechtigt, Änderungen der mit dem KI vereinbarten, vom Kartenumsatz abhängigen Entgelte auf dem in 17.2.1 vorgesehenen Weg anzubieten, wobei das einzelne Änderungsangebot 0,1 %-Punkte nicht überschreiten darf. Diese Anpassung kann einmal jährlich mit Wirkung ab dem 1. Jänner jeden Jahres erfolgen.

(17.2.5) Falls die * in einem Jahr von einem Angebot auf Entgelterhöhung absieht, lässt dies das Recht der * auf künftige Entgelterhöhungen unberührt. Unterbleibt eine Entgelterhöhung in einem oder mehreren aufeinanderfolgenden Jahren, kann diese (können diese) mit Wirkung ab der nächsten vorgenommenen Entgelterhöhung nachgeholt werden, wobei in diesem Fall die Anpassung in jenem Ausmaß erfolgt, welches der Veränderung der für den Durchschnitt des Jahres vor der Entgelterhöhung verlautbarten VPI-Indexzahl zu derjenigen VPI-Indexzahl, welche die Grundlage für die letzte durchgeführte Entgelterhöhung war, entspricht.

Klausel 33 (III. 18.1 und 18.2 GB KK; „Änderung der Dauerleistungen [der] gegenüber Verbrauchern“):

(18.1) Änderungen der von der * zu erbringenden Dauerleistungen sind nur mit Zustimmung des KI möglich; solche Änderungen werden nach Ablauf von zwei Monaten ab Zugang der Mitteilung der angebotenen Änderungen an den KI wirksam, sofern bis dahin kein schriftlicher Widerspruch des KI bei der * einlangt. Die * wird den KI in der Mitteilung auf die jeweils angebotenen Änderungen hinweisen und darauf aufmerksam machen, dass sein Stillschweigen nach Ablauf der zwei Monate ab Zugang der Mitteilung als Zustimmung zur Leistungsänderung gilt.

(18.2) Die Möglichkeit zu Leistungsänderungen gem. Punkt 18.1 ist auf sachlich gerechtfertigte Fälle beschränkt; eine sachliche Rechtfertigung liegt insbesondere dann vor, wenn die Änderung durch gesetzliche oder aufsichtsbehördliche Maßnahmen notwendig ist, die Änderung die Sicherheit des Bankbetriebs oder die Abwicklung der Geschäftsverbindung mit dem Kunden fördert, die Änderung zur Umsetzung technischer Entwicklungen erforderlich ist, vereinbarte Leistungen nicht mehr kostendeckend erbracht werden können oder die Leistungen aufgrund geänderter Kundenbedürfnisse nur mehr von wenigen Kunden nachgefragt werden.

Das Erstgericht gab dem entsprechenden Unterlassungsbegehren der Klägerin sowie ihrem Urteilsveröffentlichungsbegehren im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung statt. Das auf den klagsabweisenden Teil des Urteilsspruchs bezogene Urteilsveröffentlichungsgegenbegehren der Beklagten wies es ab.

Das Berufungsgericht unterbrach im Hinblick auf ein Vorabentscheidungsersuchen des Obersten Gerichtshofs (8 Ob 24/18i) das Berufungsverfahren betreffend die Klauseln 2 bis 5 und 29 bis 33 sowie die Urteilsveröffentlichungsbegehren beider Parteien (Beschluss in ON 21). Infolge des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 11. 11. 2020, Rs C-287/19, VKI/Denizbank, setzte es das Berufungsverfahren fort und gab mit dem nun bekämpften Endurteil der Berufung der Beklagten keine Folge. Zusammengefasst sah es in den Klauseln 2, 4, 5, 31, 32 und 33 einen Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG und in den Klauseln 3, 29 und 30 einen Verstoß gegen § 29 Abs 1 ZaDiG 2009. Es erklärte die Revision für zulässig, weil die Klauseln für eine Vielzahl von Verbrauchern von Bedeutung seien und jedenfalls zum Teil und/oder in ihrer konkreten Ausgestaltung noch nicht höchstgerichtlich beurteilt worden seien.

In ihrer dagegen gerichteten Revision beantragt die Beklagte die Abänderung des Berufungsurteils im Sinn einer Klagsabweisung und Ermächtigung zur Veröffentlichung des klagsabweisenden Teils des Urteilsspruchs.

Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen, in eventu ihr keine Folge zu geben.

Der OGH gab der Revision keine Folge.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist zulässig, jedoch nicht berechtigt.

1. Zu den nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs im Verbandsprozess zu beachtenden Grundsätzen wird auf die Ausführungen in der Entscheidung 9 Ob 73/17a verwiesen.

2. Voranzustellen ist weiter, dass die Klägerin in den Klauseln 3, 4, 29, 30 und 33 einen Verstoß gegen § 29 Abs 1 Z 1 des Zahlungsdienstegesetzes (idF: ZaDiG 2009), in der Klausel 4 zudem einen Verstoß gegen § 29 Abs 1 Z 2 lit b ZaDiG 2009 sieht. Dass das ZaDiG 2009 nach Schluss der Verhandlung erster Instanz (16. 11. 2017) außer Kraft getreten ist und an dessen Stelle – in Umsetzung der RL (EU) 2015/2366 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt (idF: PDS II-RL) – am 1. 6. 2018 das Zahlungsdienstegesetz 2018 (ZaDiG 2018) in Kraft trat, **ist für die Prüfung der beanstandeten Klauseln unschädlich, weil die genannten Bestimmungen des ZaDiG 2009 mit identem Wortlaut nunmehr den Rechtsnormen der § 50 Abs 1 Z 1 ZaDiG 2018 sowie § 50 Abs 1 Z 2 lit b ZaDiG 2018 entsprechen** (Weilinger/Knauder in Weilinger/Knauder/Miernicki, ZaDiG 2018, § 50 Rz 1, Stand 1. 11. 2020, rdb.at).

3. Die Beklagte macht zunächst im Hinblick auf alle revisionsgegenständlichen Klauseln zusammengefasst geltend, dass sie vollkommen den Vorgaben des § 48 Abs 1 Z 6 iVm § 50 ZaDiG 2018 entsprächen. Diese Bestimmungen würden eine gesetzliche Grundlage für die Zustimmungsfiktion des Verbrauchers zu Änderungen des Rahmenvertrags schaffen, dies ohne jegliche Einschränkung, welche Inhalte des Rahmenvertrags geändert werden könnten. In den diesen Bestimmungen zugrunde liegenden Bestimmungen der Art 52 und 54 der Zahlungsdiensterichtlinie sei die Zulässigkeit der Erklärungsfiktion bewusst nur an formale Voraussetzungen geknüpft und keine inhaltlichen Einschränkungen getroffen worden, sodass auch Änderungen der Hauptleistungspflichten möglich seien. Die ausschließliche Anwendbarkeit der

Bestimmungen des ZaDiG auf Zustimmungsfiktions-Klauseln resultiere aus der vollharmonisierenden Wirkung der Richtlinie, die es den Mitgliedsstaaten nicht erlaube, strengere Voraussetzungen zu fordern. Es sei folglich ausgeschlossen, Zustimmungsfiktionsklauseln einer Transparenzkontrolle nach § 6 Abs 3 KSchG oder der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB zu unterziehen. Auch eine Missbräuchlichkeitsprüfung gemäß der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen sei ausgeschlossen. Dies ergebe sich bereits daraus, dass im 55. Erwägungsgrund die Richtlinie 93/13/EWG nicht angeführt sei. **Abgesehen davon handle es sich bei den Bestimmungen der Zahlungsdiensterichtlinie um jüngere und speziellere Bestimmungen als jene der Klauselrichtlinie, sodass bereits aus methodischer Sicht eine ausschließliche Anwendbarkeit der Zahlungsdiensterichtlinie gegeben sei.** Auch der österreichische Gesetzgeber habe Zustimmungsfiktionen bewusst nur an formale Kriterien und nicht an inhaltliche Vorgaben geknüpft. Dies zeige sich an § 6 Abs 1 Z 2 KSchG, wonach eine Vertragsbestimmung, nach der ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers als Abgabe oder Nichtabgabe einer Erklärung gelte, für den Verbraucher bei entsprechendem Hinweis und angemessener Frist zur Abgabe einer Erklärung jedenfalls verbindlich sei. Eine im sondergesetzlichen Klauselkatalog des § 6 Abs 1 KSchG ausdrücklich als zulässig erklärte Klausel könne weder unwirksam noch intransparent sein. Ungeachtet dessen seien die Klauseln nicht intransparent und auch sachlich gerechtfertigt.

Dem ist nicht zu folgen.

Ausgehend von 1 Ob 210/12g hat der Oberste Gerichtshof bereits wiederholt judiziert, dass eine Zustimmungsfiktionsklausel nicht allein deshalb automatisch zulässig ist, weil sie die Formalerfordernisse erfüllt, sondern dass auf diesem Wege ermöglichte Vertragsänderungsklauseln zusätzlich der Kontrolle im Sinne der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen sowie deren nationaler Umsetzung (§ 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 3 KSchG) unterliegen (10 Ob 60/17x [Klausel 1] mwN). Infolge der Kritik der Lehre hat der Oberste Gerichtshof dem EuGH mit Vorlagebeschluss zu 8 Ob 24/18i ua um Vorabentscheidung zur Frage ersucht, ob Art 52 Nr 6 Buchst a iVm Art 54 Abs 1 RL (EU) 2015/2366 dahin auszulegen ist, dass eine Zustimmungsfiktion auch mit einem Verbraucher völlig uneingeschränkt für sämtliche denkbare Vertragsbedingungen vereinbart werden kann. Dies wurde vom EuGH im bereits genannten Urteil vom 11. 11. 2020, Rs C-287/19, VKI/Denizbank, wie folgt beantwortet:

„Art 52 Nr 6 Buchst. a in Verbindung mit Art 54 Abs 1 der Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 2002/65/EG, 2009/110/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2007/64/EG ist dahin auszulegen, dass er die Informationen und Vertragsbedingungen bestimmt, die von einem Zahlungsdienstleister mitzuteilen sind, der mit dem Nutzer seiner Dienste gemäß den in diesen Bestimmungen vorgesehenen Modalitäten eine Vermutung der Zustimmung zur Änderung des zwischen ihnen geschlossenen Rahmenvertrags vereinbaren möchte, dass er aber keine Beschränkungen hinsichtlich der Eigenschaft des Nutzers oder der Art der Vertragsbedingungen, die Gegenstand einer solchen Vereinbarung sein können, festlegt; hiervon unberührt bleibt jedoch, wenn es sich bei dem Nutzer um einen Verbraucher handelt, die Möglichkeit der Prüfung, ob diese Klauseln im Licht der Bestimmung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen missbräuchlich sind.“

Wie in der Folge zu 8 Ob 105/20d (Rz 18) ausgeführt, hat der EuGH damit klargestellt, dass die dargestellte ständige Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs mit den Vorgaben der Zahlungsdienste-Richtlinie vereinbar ist. Die Rechtsansicht der Vorinstanzen steht damit im Einklang.

Regelt diese Richtlinie insoweit aber nur prozedurale Anforderungen zur „Vorabunterrichtung", nicht aber die Frage, welche Vertragsinhalte im Wege der Zustimmungsfiktion geändert werden können, gehen die Argumente der Beklagten zur vollharmonisierenden Wirkung der Richtlinie an ihrem Regelungsbereich vorbei und damit ins Leere. Des von der Beklagten angeregten neuerlichen Vorabentscheidungsersuchens bedarf es nicht.

Auch die Frage des Vorrangs der spezielleren und der jüngeren Gesetzesbestimmung, den die Beklagte hier verletzt sieht, stellt sich nicht, weil die Regelungen der Art 52 Nr 6 Buchst a iVm Art 54 Abs 1 der Zahlungsdiensterichtlinie danach in keinem Konkurrenzverhältnis zu den Vorgaben der Klauselrichtlinie und den jeweiligen Umsetzungsnormen gesehen werden können.

Damit kann auf die ständige Rechtsprechung verwiesen werden, wonach auch dann, wenn von der klagenden Partei zugestanden wird, dass eine inkriminierte Klausel den formalen Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG entspricht, ihre Zulässigkeit nach § 6 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB zu prüfen ist (RS0128865 lit a).

4. Soweit die Beklagte in jedem Fall von der Transparenz aller Klauseln iSd § 6 Abs 3 KSchG ausgeht, ist der Beurteilung der einzelnen Klauseln allgemein voranzustellen:

(…)

5. Zu den Klauseln 2, 4 und 33

Das Erstgericht sah in den Klauseln 2 und 4 einen Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 3 KSchG, in der Klausel 33 einen Verstoß gegen § 29 Abs 1 Z 1 ZaDiG 2009 und § 6 Abs 3 KSchG.

Das Berufungsgericht erachtete diese Klauseln gemäß § 6 Abs 3 KSchG als intransparent, weil eine dem Grunde nach nicht näher konkretisierte, unbeschränkte Möglichkeit einer Vertragsänderung mittels Erklärungsfiktion geschaffen werde.

Die Revision macht im Wesentlichen geltend, dass die Änderungen auf sachlich gerechtfertigte Fälle eingeschränkt seien, die eine eindeutige Bedeutung hätten und durch Beispiele erläutert würden. **Eine noch weitergehende Einschränkung im Sinn einer absoluten Vorhersehbarkeit durch eine bis ins Kleinste definierte Determination sei unmöglich.** Die Interessen der Karteninhaber seien durch den gesetzlichen Schutzmechanismus, wie er in der Klausel abgebildet sei, gewahrt.

Dem ist nicht zu folgen.

Bereits in der Entscheidung 10 Ob 60/17x waren Entgelt- und Zinsanpassungsklauseln zu beurteilen, die auf **„sachlich gerechtfertigte Umstände (insbesondere Veränderung der gesetzlichen und aufsichtsbehördlichen Rahmenbedingungen, Veränderungen des Personal- oder Sachaufwands) ..."** Bezug nahmen. Sie wurden als intransparent beurteilt, weil sie den Vorgaben an eine möglichst präzise und sachliche Determinierung nicht gerecht wurden und keine Beschränkung erkennen ließen, die den Kunden vor dem Eintritt unangemessener Nachteile bei Änderungen des Vertrags mittels Zustimmungsfiktion schützten, indem sie es der Bank aufgrund des ihr eingeräumten Ermessensspielraums ermöglichten, das Äquivalenzverhältnis von

Leistungen und Gegenleistungen erheblich zu ihren Gunsten zu verändern. Es wurde auch festgehalten, mangels Gewichtung der als „sachlich gerechtfertigt“ anzusehenden Umstände könnte die (dort) Beklagte bei kundenfeindlichster Auslegung primär auch auf eigene betriebswirtschaftliche (allenfalls auch Fehl-) Entscheidungen zurückzuführende Kostensteigerungen zum Anlass für Entgelterhöhungen nehmen.

In der Entscheidung 5 Ob 117/21y wurde eine Klausel (dort: 11a) als intransparent angesehen, nach der es der Zustimmung durch den Karteninhaber bedurfte, wenn „eine Änderung der AGB aufgrund geänderter rechtlicher Rahmenbedingungen, technischer Innovationen oder aus sonstigen sachlich gerechtfertigten (sicherheitsrelevanten) Gründen erforderlich“ ist. Eine Einschränkung, weil die „sonst sachlich gerechtfertigten Gründe“ den „geänderten rechtlichen Rahmenbedingungen und technischen Innovationen“ gleichwertig gegenüberstünden, ergebe sich aus dem Wortlaut keineswegs und habe außer Betracht zu bleiben. Die Klausel lasse den Verbraucher sowohl über die Gründe als auch den Umfang einer möglichen Vertragsänderung über eine Zustimmungsfiktion im Unklaren.

Im vorliegenden Fall ist nicht zu verkennen, dass die Klauseln nicht Entgelte, sondern Leistungen der Beklagten betreffen. Die grundsätzlichen Erwägungen der genannten Entscheidungen gelten hier aber in gleicher Weise. **Im Besonderen erweckt die Wendung „gesetzliche oder aufsichtsbehördliche Maßnahmen“ – vergleichbar mit der Wendung „gesetzliche und aufsichtsbehördliche Rahmenbedingungen (10 Ob 60/17x) – den Eindruck, es würde sich dabei nicht um aus der Sphäre der Beklagten stammende und von deren Willen unabhängige Determinanten zur Rechtfertigung für eine Leistungsanpassung handeln.** Aus den weiter genannten Beispielen (Änderung, die die Sicherheit des Bankbetriebs oder die Abwicklung der Geschäftsverbindung mit dem Kunden fördert; zur Umsetzung technischer Entwicklungen erforderliche Änderung; keine Kostendeckung der vereinbarten Leistungen; geänderte Kundenbedürfnisse) wird aber erkennbar, dass die Beklagte nicht nur extern veränderte Rahmenbedingungen, sondern auch verschiedenste andere Gründe bezüglich der von ihr zu erbringenden Leistungen als Anlass für eine Änderung heranziehen können möchte. Da die sachliche Rechtfertigung hier nur mit Beispielen skizziert wird (arg: „insbesondere“), besteht auch hier die Möglichkeit zur Vertragsanpassung mittels Erklärungsfiktion, deren Umfang, Gründe und Grenzen nicht abzusehen sind. **Die Beklagte argumentiert zwar, es bestünde ein sachlicher Bezug zwischen der gesetzlichen bzw aufsichtsbehördlichen Maßnahme und der Leistungsänderung, sodass nur solche Gesetze und aufsichtsbehördlichen Maßnahmen zum Anlass für Leistungsänderungen genommen werden könnten, die die Leistungsanpassung erforderlich machen würden (Revision S 49). Gerade das ist aber nicht der Fall, weil eine Leistungsänderung nach der Klausel immer dann möglich sein soll, wenn ein sachlich gerechtfertigter Grund vorliegt. Dieser Verweis entspricht aber, wie bereits ausgeführt, nicht den Vorgaben an eine möglichst präzise und sachliche Determinierung (RS0132023).** Warum eine mangelnde Kostendeckung, wie von der Beklagten argumentiert (Revision S 48), nur durch externe Umstände oder geändertes Kundenverhalten begründet werden könnte, ist nicht ersichtlich.

Das Widerspruchsrecht des Kunden ist kein geeignetes Regulativ. Die vertragliche Zustimmungsfiktion läuft in der Praxis trotz des formalen Widerspruchsrechts weitgehend auf eine einseitige Änderungsbefugnis hinaus, weil sich Verbraucher erfahrungsgemäß mit Änderungsangeboten nicht auseinandersetzen, weshalb ihnen infolge der Gefahr ihrer Passivität ein Schutzbedürfnis zuzubilligen ist (zB 10 Ob 60/17x [3.4.]; 5 Ob 103/21i Rz 16; 5 Ob 117/21y Rz 80).

Zur Beurteilung des Berufungsgerichts besteht danach kein Korrekturbedarf.

6. Zu den Klauseln 5 und 31 (Änderung von Zinssätzen):

Das Erstgericht erachtete die Klauseln als gröblich benachteiligend.

Das Berufungsgericht sah darin einen Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG, weil Zinsänderungen auf breiter Basis, ohne Bezug zur Leistung der Beklagten und ohne Abbildung ihrer Tragweite möglich wären. Hinzu komme, dass Zins- oder Entgeltänderungsklauseln auch dann, wenn sie Änderungen durch Zustimmungsfiktion vorsehen, infolge der damit verbundenen verdünnten Willensfreiheit der Wertung des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG unterlägen, der einseitige Entgeltänderungen nur bei entsprechender Zweiseitigkeit für zulässig erkläre. Bei Vorliegen der vereinbarten Voraussetzungen für eine Entgelterhöhung habe auch eine entsprechende Entgeltsenkung einzutreten, wozu allerdings Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs fehle.

Die Revision bringt dagegen vor, auch bei diesen Klauseln sei die Änderung auf sachlich gerechtfertigte Fälle – wozu insbesondere auf den Leitzinssatz der EZB verwiesen werde – beschränkt; überdies werde eine Änderung auf 0,5 %-Punkte beschränkt. Eine analoge Anwendung von § 6 Abs 1 Z 5 und Abs 2 Z 3 KSchG auf Vertragsänderungen mit Zustimmungsfiktion sei bereits verneint worden. Die Änderungen beinhalteten überdies sowohl Erhöhungen als auch Senkungen des Zinssatzes.

Auch dem ist nicht zu folgen.

Richtig ist, dass die Klauseln 5 und 31 der Legalausnahme des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG entsprechen. Sie präsentieren den Mechanismus der Vertragsanpassung durch Zustimmungsfiktion für den Durchschnittsverbraucher in durchschaubarer Weise, indem klargelegt wird, dass eine einseitige Änderung der Leistungen durch die Beklagte möglich ist und auch die Vorgangsweise klargelegt wird.

Die Klauseln erlauben eine Änderung der Zinssätze nur, „wenn diese unter Berücksichtigung aller Umstände sachlich gerechtfertigt ist. Als sachlich gerechtfertigt gelten Zinssatzänderungen aufgrund der Änderung gesetzlicher, aufsichtsbehördlicher und geldpolitischer (Leitzinssatz der EZB) Rahmenbedingungen. Eine Änderung des Zinssatzes darf 0,5 %-Punkte im einzelnen Änderungsangebot nicht übersteigen“.

Entgegen der Klauseln 2, 4 und 31 regeln die Klauseln 5 und 31 abschließend, welche Zinssatzänderungen als sachlich gerechtfertigt gelten, nämlich solche aufgrund von Änderungen gesetzlicher, aufsichtsbehördlicher und geldpolitischer Rahmenbedingungen. Allerdings sollen offenbar lediglich die geldpolitischen Rahmenbedingungen durch einen Klammerverweis auf den Leitzinssatz der EZB weiter determiniert werden, **während die Änderungen gesetzlicher und aufsichtsbehördlicher Rahmenbedingungen in keiner Weise näher beschrieben werden und auch keinen Bezug zur Leistung der Beklagten und keine Abbildung ihrer Tragweite erkennen lassen (vgl 9 Ob 73/17a).** Die Erwägungen des Berufungsgerichts zur Möglichkeit von Zinssatzänderungen auf viel breiterer Basis werden durch das Revisionsvorbringen nicht widerlegt. Auch der Zusammenhang zwischen dem Erfordernis „unter Berücksichtigung aller Umstände“ und den sachlichen Rechtfertigungsgründen bleibt unklar. Schließlich ergibt sich auch aus der Beschränkung der Änderung des Zinssatzes auf 0,5 %-Punkte im einzelnen Änderungsangebot kein ausreichendes Korrektiv für eine nachträgliche Veränderung des Äquivalenzverhältnisses, weil Änderungen (Entgelterhöhungen) mangels Vorgabe zeitlicher Abstände auch in kurzen Intervallen ermöglicht würden und die Begrenzung dadurch leicht umgangen werden könnte.

Da der Inhalt und die Tragweite der Klausel demnach in ihren Auswirkungen ungeachtet der Begrenzung auf Zinsanpassungen um 0,5 % nicht ausreichend durchschaubar ist (s RS0122169), wurde sie vom Berufungsgericht zu Recht als intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG erachtet. Auf die Frage der analogen Anwendung des einseitigen Entgeltänderungsrechts bei entsprechender Zweiseitigkeit kommt es danach nicht an. Ob die Klausel, wie die Beklagte meint, auch auf Entgeltsenkungen bezogen ist, kann folglich dahingestellt bleiben.

7. Zu den Klauseln 3 und 30 (VPI-Bindung von Entgelten)

Das Erstgericht sah hier einen Verstoß gegen § 29 Abs 1 Z 1 ZaDiG 2009.

Das Berufungsgericht führte aus, die Klauseln würden Entgeltänderungen mittels Zustimmungsfiktion dem Verbraucherpreisindex unterwerfen, der ein taugliches (objektives) Änderungskriterium, **aber keine geeignete Grundlage für eine – in den Klauseln auch vorgesehene – „Einführung von (neuen) Entgelten" darstelle.** Ob die Klauseln wegen der damit wohl in das Belieben der Beklagten gestellten Einführung neuer Entgelte Bedenken aufwerfen, könne aber dahingestellt bleiben. Denn werde der Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Änderung vom Zugang des Änderungsvorschlags abhängig gemacht, sei bei dessen Erstattung noch kein bestimmter Zeitpunkt der Anwendung geplant. Vielfach bliebe unklar, ab wann die Entgeltänderung wirksam werde. Es liege ein Verstoß gegen § 29 Abs 1 Z 1 ZaDiG 2009 vor.

Die Beklagte wendet dagegen ein, § 29 Abs 1 Z 1 ZaDiG 2009 (§ 50 Abs 1 Z 1 ZaDiG 2018) sehe gerade keinen konkreten geplanten Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderung, der dem Kunden mitgeteilt werden müsse, vor. Auch sähen die einschlägigen Normen nicht vor, dass Änderungen bei allen Kunden zum selben Zeitpunkt einheitlich in Kraft treten müssten. Der geplante Zeitpunkt sei exakt bestimmt. Der Kunde kenne das genaue Datum des Wirksamwerdens, weil sich dieses sowohl aus der gegenständlichen Klausel als auch aus der Änderungsmitteilung ergebe.

Darin ist ihr nicht zu folgen.

Die Bestimmung des § 29 ZaDiG 2009 wird durch § 50 ZaDiG 2018 ohne inhaltliche Änderung fortgeführt. Dessen Abs 1 lautet:

> „§ 50 (1). Der Zahlungsdienstleister hat
>
> 1. dem Zahlungsdienstnutzer Änderungen des Rahmenvertrags spätestens zwei Monate vor dem geplanten Zeitpunkt ihrer Anwendung in der in § 47 Abs 1 vorgesehenen Weise vorzuschlagen und
>
> 2. sofern eine Vereinbarung gemäß § 48 Abs 1 Z 6 lit a getroffen wurde, darauf hinzuweisen,
>
> a) dass die Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers zu den Änderungen als erteilt gilt, wenn er dem Zahlungsdienstleister seine Ablehnung nicht vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt der Anwendung der Änderungen angezeigt hat, und
>
> b) dass der Zahlungsdienstnutzer das Recht hat, den Rahmenvertrag vor dem Inkrafttreten der Änderungen kostenlos fristlos zu kündigen."

In der Entscheidung 1 Ob 124/18v wurde zu § 50 Abs 1 ZaDiG 2018 im Hinblick auf folgende Klausel (Nr 20) Stellung genommen:

„Die Änderungen der Geschäftsbedingungen und des Leistungsumfangs gelten als genehmigt und vereinbart, wenn der KI [Anm.: Karteninhaber] nicht innerhalb von 2 Monaten nach Zustellung widerspricht, wenn …“

Dazu wurde ausgeführt:

„Die Klausel enthält jedoch keine Regelung der Frage, ab wann geänderte Bedingungen anzuwenden sein sollen, und ist daher intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG. Sie weicht vom Text des früheren § 29 Abs 1 Z 1 ZaDiG und nunmehrigen § 50 Abs 1 Z 1 ZaDiG 2018 ab. § 29 Abs 1 ZaDiG setzte Art 44 Abs 1 PSD I um, wie nunmehr § 50 Abs 1 ZaDiG 2018 Art 54 Abs 1 PSD II. Aus den genannten Richtlinienbestimmungen lässt sich ableiten, dass Voraussetzung für die Vertragsänderung mittels Zustimmungsfiktion die Bekanntgabe eines konkreten Tages der Anwendung ist, wird doch dort ausdrücklich auf den vorgeschlagenen Zeitpunkt bzw vorgeschlagenen Tag abgestellt. Die Klausel weist aber nicht auf die Voraussetzung eines vorzuschlagenden Zeitpunkts der Anwendung hin und stellt damit die Rechtslage nicht vollständig dar. Die unvollständige Wiedergabe der Rechtslage kann aber die Intransparenz einer Klausel bewirken, wenn der Verbraucher dadurch einen unrichtigen Eindruck von seiner Rechtsposition bekommen kann (RS0115219 [T55]). Damit genügt die Klausel nicht dem Transparenzgebot des Art 6 Abs 3 KSchG.“

Hier sehen die Klauseln 3 und 30 (ebenso wie die Klauseln 4, 29 und 33) bezüglich des „geplanten Zeitpunktes“ vor, dass die angebotene Änderung „zwei Monate ab Zugang der Mitteilung der angebotenen Änderung“ wirksam wird bzw als vereinbart gilt, „sofern bis dahin kein Widerspruch einlangt“. **Diese Formulierung ist mit der zu 1 Ob 124/18v zu beurteilenden Klausel vergleichbar, weil die Änderung auch dort als „vereinbart“ gelten hätte sollen, wenn der Karteninhaber nicht innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung – einem für die Beklagte im Übrigen in der Regel gar nicht genau feststellbaren Zeitpunkt – widerspricht. Da die Klauseln auch im vorliegenden Fall nicht auf den geplanten/vorgeschlagenen Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderung abstellen, liegt hier ein Verstoß gegen § 29 Abs 1 Z 1 ZaDiG 2009 vor.**

Auf einen Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG hat sich die Beklagte in der Revision nicht mehr gestützt.

8. Das gilt nicht anders für Klausel 29. Dass sie, wie die Revision dagegen vorbringt, keine Leistungs- oder Entgeltänderung zulässt, ist unerheblich, weil § 29 Abs 1 Z 1 ZaDiG 2009 (§ 50 Abs 1 Z 1 ZaDiG 2018) keine derartige Beschränkung enthält.

9. Zur Klausel 32

Das Erstgericht erachtete die Klausel als intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG.

Das Berufungsgericht bestätigte dies. Zwar sei die Anzahl der Änderungen beschränkt und der Erhöhungsmodus nicht unklar (die 0,1 %-Punkte würden sich auf die Entgelthöhe beziehen). Allerdings sei die Erhöhung an keinerlei Voraussetzungen geknüpft und entspreche insoweit nicht den Grundsätzen der Judikatur. Daran ändere nichts, dass die jährliche Erhöhung im untersten Bereich angesiedelt sei. Die Stellung der Klausel im Bedingungsgefüge lasse zudem offen, ob diese Art von Entgelt neben der quasi bedingungslosen jährlichen Erhöhung nicht auch eine Erhöhung nach einem der beiden vorangehenden Absätze erfahren könne.

Die Beklagte bringt dagegen vor, die Vereinbarung sei aufgrund der höchst beschränkten Änderungsmöglichkeit selbst dann wirksam, wenn keine sachlichen Voraussetzungen für eine Entgelterhöhung vorgeschrieben seien; dies wegen der gerichtsbekannten laufenden Teuerung. Es liege auf der Hand, dass ein Entgelt, das einen Prozentsatz vom Kartenumsatz betrage, nicht der VPI-Anpassung unterliegen könne. Es sei auch klar, dass auf vom Kartenumsatz abhängige Entgelte weder die Klausel 30 (VPI-Anpassung) noch die Klausel 31 (Änderung von Zinssätzen) anwendbar sei.

Der Beklagten kann letzteres zwar ebenso zugestanden werden wie der Umstand, dass als Bezugsgröße des Prozentsatzes hier nur das Entgelt in Frage kommt. Allerdings ist erneut auf die Rechtsprechung (10 Ob 60/17x mwN) zu verweisen, dass der Verbraucher im Hinblick auf die aus dem Transparenzgebot abzuleitende Pflicht zur Vollständigkeit (RS0115219) von Anfang an auch über die Gründe und die maßgeblichen Indizes für eine Entgelterhöhung mittels Zustimmungsfiktion informiert werden muss, andernfalls die Auswirkungen der Klausel für ihn unklar bleiben. Nur auf diese Weise kann dem Risiko der künftigen Passivität des Verbrauchers ausreichend Rechnung getragen werden. Die Parameter, die für eine Entgelterhöhung mittels Zustimmungsfiktion eine Rolle spielen, müssen aus der Klausel selbst hervorgehen, damit diese dem Transparenzgebot entspricht (s oben Pkt 4.). Diese Erfordernisse werden mit einer bloß betraglichen Begrenzung einer jährlich möglichen Entgeltänderung nicht erfüllt. Auch diesbezüglich besteht zur Beurteilung des Berufungsgerichts kein Korrekturbedarf.

II. Konto und Sparbuch

5. §§ 5 ff FM-GwG: Keine Schutznorm zugunsten einzelner Geschädigter

17.2.2022, 9 Ob 78/21t

Sachverhalt

Die Klägerin begehrte mit ihrer am 4. 11. 2019 eingelangten EU-Mahnklage von dem beklagten Bankunternehmen 18.000 EUR Schadenersatz und brachte vor, sie habe mittels der von der „N* Ltd." mit Sitz in Vanuatu betriebenen Online-Trading-Plattform „A*" am **27. 6. 2019 5.000 EUR, am 9. 7. 2019 10.000 EUR und am 11. 7. 2019 3.000** EUR durch Überweisung von ihrem Konto bei der *bank AG auf das von der Beklagten geführte Konto der „F* s.r.o.", IBAN *, investiert. **Die Online-Trading-Plattform sei aber auf Betrug aufgebaut gewesen. Sie sei Opfer eines massiven Internetbetrugs geworden, bei welchem die „F* s.r.o." als Tarnfirma für die Einzahlungen fungiert habe.** Als ihr dies bewusst geworden sei, habe sie eine Strafanzeige bei der Staatsanwaltschaft Wien erstattet, das Verfahren sei aber eingestellt worden. Die Beklagte hafte wegen vermeintlicher Mittäterschaft zur arglistigen Schädigung der Klägerin, wegen vermeintlicher Geldwäscherei und wegen Verletzung der Compliance- und Sorgfaltspflichten, jeweils aus Delikt und aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, solidarisch mit der F* s.r.o.

Konkret wirft die Klägerin nach ihrem weiteren Vorbringen der Beklagten die Verletzung einer Warnpflicht vor. **Die Beklagte wäre verpflichtet gewesen, bei der Klägerin rückzufragen, was es mit den Überweisungen auf sich habe. Die Klägerin hätte ihr dann klarerweise mitgeteilt, dass die Überweisung einer Anlage bei der „A*" diene. Die Beklagte hätte diese zu prüfen und festzustellen gehabt, dass diese über keine Konzession verfüge und ein Betrugsvehikel sei.** Die Beklagte wäre verpflichtet gewesen, die Klägerin vor einer wahrscheinlichen Veruntreuung oder einem Betrug durch die A* zu warnen. Die Beklagte sei auch ihrer Verpflichtung nach § 6 FM-GwG nicht nachgekommen, die „F* s.r.o.", deren Geschäftsführer und die wirtschaftlich Begünstigten ordnungsgemäß zu identifizieren und eine kontinuierliche Überwachung der Geschäftsbeziehung einschließlich der Transaktionen vorzunehmen. Sie habe auch eine Nachforschungspflicht gehabt. Sie hätte genug Informationen sammeln müssen, um sicher sein zu können, alle relevanten Risikofaktoren ermittelt zu haben, und hätte diese Risikofaktoren bewerten müssen, um sich einen ganzheitlichen Überblick über das Risiko der Geschäftsbeziehung mit der „F* s.r.o." zu verschaffen. Die Bestimmungen des FM-GwG, aber auch des § 98 Abs 1 BWG seien Schutzgesetze im Sinne des § 1311 ABGB. Der Beklagten komme als Bank eine Garantenstellung zu. Insofern habe sie den Betrug, die Veruntreuung sowie das unerlaubte Einlagengeschäft durch Unterlassen (§ 2 StGB) rechtswidrig und schuldhaft begangen. **Seit dem 6. 8. 2019 liege eine Warnmeldung der deutschen BaFin vor, die die Einstellung des grenzüberschreitenden Eigenhandels der „N* Ltd.", Vanuatu – die wohl die Betreiberin der „A*" sei – angeordnet habe.** Es sei davon auszugehen, dass die BaFin bereits einige Zeit vor ihrer Beschlussfassung vom 30. 7. 2019 ermittelt habe und auch Banken darauf aufmerksam gemacht und zur Mithilfe und Vorsicht aufgerufen worden seien. Augenscheinlich habe die Beklagte dies ignoriert. Der Beklagten sei die Vorlage des vollständigen „Kundendossiers" aufzutragen.

Die Beklagte bestritt, beantragte Klagsabweisung und wandte – soweit im Revisionsverfahren von Interesse – im Wesentlichen ein, das Klagsvorbringen sei unsubstantiiert und unschlüssig. Es lasse nicht erkennen, was die Klägerin der Beklagten tatsächlich vorwerfe oder durch welche Handlungen die Beklagte die angeblichen Pflichtverletzungen überhaupt begangen haben solle. Die Klägerin habe nicht einmal irgendwelche konkreten Anhaltspunkte für Pflichtverletzungen der

Beklagten behauptet und gestehe mit ihrem Vorbringen selbst zu, dass sie die der Beklagten vorgeworfenen Pflichtverletzungen in Wahrheit lediglich vermute, diese aber nicht konkret darlegen und erst recht nicht beweisen könne. Zwischen den Streitteilen habe nie ein Vertragsverhältnis bestanden. Es bestehe auch keine deliktische Haftung der Beklagten, weil der behauptete Schaden nicht vom Schutzzweck der Geldwäsche-RL der EU (EU) 2015/849 und (EU) 2018/843 bzw von deren nationalen Umsetzungen umfasst werde. Eine Verpflichtung, ohne jeden Hinweis auf unredliche Handlungen – noch dazu bei laufender Geschäftsbeziehung – sämtliche Kontoeingänge der Kunden zu überprüfen, insbesondere wenn die einzelnen Überweisungen nur verhältnismäßig geringe Beträge beträfen, ergebe sich aus den Geldwäsche-RL nicht. Beim Vorlageantrag der Klägerin handle es sich um einen reinen Erkundungsbeweis. Auch die Voraussetzungen für eine Auskunftspflicht nach § 79 Abs 4 ZaDiG lägen nicht vor.

Das Erstgericht folgte dem Standpunkt der Beklagten und wies die Klage wegen Unschlüssigkeit ab.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Klägerin nicht Folge, ließ aber die Revision zur Frage zu, ob – entsprechend seiner Beurteilung – die nunmehr geltenden Geldwäsche-Vorschriften des FM-GwG (in dessen [wohl:] §§ 5–12, 13, 16 und 23) sowie vormals die Geldwäschevorschriften des BWG (aF) (insbesondere die §§ 40 ff, 41 BWG aF) keine Schutznormen einzelner durch die der Geldwäsche vorangegangenen Vor-(Straf-)taten Geschädigter seien.

In ihrer dagegen gerichteten Revision beantragt die Abänderung des Berufungsurteils im Sinn einer Klagsstattgabe; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen, hilfsweise ihr keine Folge zu geben.

Der OGH wies die Revision zurück.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist entgegen dem den Obersten Gerichtshof nicht bindenden Zulassungsausspruch unzulässig. Die Zurückweisung kann sich auf die Ausführung der Zurückweisungsgründe beschränken (§ 510 Abs 3 ZPO).

1. Die Schlüssigkeit einer Klage kann nur anhand der konkreten Behauptungen im Einzelfall geprüft werden; ob eine Klage schlüssig ist, sich also der Anspruch aus dem behaupteten Sachverhalt ergibt, begründet daher keine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 4 Z 1 ZPO (s RS0037780, RS0116144), **sofern die Annahme der Unschlüssigkeit einer Klage nicht auf einer krassen Fehlbeurteilung der Schlüssigkeit oder auf einem erheblichen Rechtsirrtum des Berufungsgerichts beruht (s RS0037780 [T2, T3, T5]). Solche Ausnahmen liegen hier nicht vor:**

2. Wie zu 8 Ob 104/20g ausgeführt, entspricht es der herrschenden Lehre (Blume in Dellinger, BWG [6. Lfg 2011] § 40 Rz 156) und Rechtsprechung (RS0122474; RS0122479; RS0126061), dass die mit „Sorgfaltspflichten zur Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung“ überschriebene Bestimmung des (mit 31. 12. 2016 außer Kraft getretenen) § 40 BWG die Unterstützung der Aufsichts- und Strafbehörden bei der Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung bezweckte; sie diente damit nur Allgemeininteressen und stellte keine Schutznorm zugunsten einzelner Geschädigter dar. Das mit 1. 1. 2017 in Kraft getretene FM-GwG wurde auch in Umsetzung der RL (EU) 2015/849 geschaffen. Der Inhalt der Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Überprüfung und

Feststellung der Identität hat sich insoweit im Wesentlichen nicht verändert. In einzelnen Punkten wurde nachgeschärft (Jedlicka in Dellinger, BWG [10. Lfg 2020] Exkurs FM-GwG, § 34 Rz 19).

Die Klägerin verweist für ihren Standpunkt, dass diese Beurteilung nicht aufrecht erhalten werden könne und die Geldwäsche-Vorschriften der §§ 5 ff FM-GwG, beruhend auf der 4. Geldwäscherichtlinie 2015/849 (EU), Schutznormen iSd § 1311 ABGB zugunsten einzelner Geschädigter von der Geldwäsche vorangegangenen Vorstraftaten darstellten, **auf Erw 61 dieser Richtlinie** („Technische Regulierungsstandards für Finanzdienstleistungen sollten unionsweit eine konsequente Harmonisierung und einen angemessenen Schutz von Einlegern, Anlegern und Verbrauchern gewährleisten. Da die Europäischen Aufsichtsbehörden über hochspezialisierte Fachkräfte verfügen, wäre es sinnvoll und angemessen, ihnen die Aufgabe zu übertragen, für technische Regulierungsstandards, die keine politischen Entscheidungen erfordern, Entwürfe zur Vorlage an die Kommission auszuarbeiten."). Aus dieser Erwägung lässt sich aber nicht ableiten, dass Umsetzungsnormen des FM-GwG Schutzcharakter iSd § 1311 ABGB für einzelne, insbesondere kundenfremde Geschädigte hätten.

Dessen ungeachtet vermissten die Vorinstanzen Vorbringen dazu, aufgrund welcher für die Beklagte erkennbaren Umstände für sie zu den in Rede stehenden Überweisungszeitpunkten „massive Verdachtsmomente" für einen Betrug bzw eine Veruntreuung durch ihre Kundin „F* s.r.o" vorgelegen haben sollten. Das wird auch in der Revision nicht widerlegt. Eine Fehlbeurteilung des Schlüssigkeitskalküls der Vorinstanzen wird hier nicht dargelegt.

3. Das gilt in gleicher Weise für die in der Revision aufgeworfene Frage, ob die auf der 2. Zahlungsdienste-Richtlinie 2015/2366 (EU) beruhenden Bestimmungen des ZaDiG 2018 Schutznormen zugunsten einzelner geschädigter Überweisenden von Zahlungstransaktionen darstellten.

Das Berufungsgericht legte diesbezüglich die frühere Rechtsprechung zur Haftung der Empfängerbank für Fehlüberweisungen aus der Verletzung ihrer „Abgleichungspflicht" („Konkordanzprüfung") dar und wies darauf hin, dass die Klägerin nicht ansatzweise solche Fehler der Beklagten behauptet habe, sich aber auch die Pflichtenlage seit dem Inkrafttreten des ZaDiG dahingehend geändert habe, als die Sorgfaltspflichten, die den Zahler vor Fehlüberweisungen infolge eines Vertippens oder Verschreibens bei der Angabe der Kontonummer des Empfängers schützen sollen, von der buchenden Empfängerbank auf die Bank des Überweisenden (!) verlagert worden seien. Damit setzt sich die Klägerin nicht auseinander.

Aus den von ihr ins Treffen geführten Bestimmungen der Art 97 f dieser Richtlinie (Authentifizierung; Technische Regulierungsstandards) könnte sie keine Schadenersatzansprüche ableiten. Dafür wird auch keine Rechtsgrundlage im ZaDiG 2018 genannt. Soweit die Klägerin Art 2 der Delegierten Verordnung (EU) 2018/389 VO und insbesondere dessen Abs 2 lit c VO und seine Auslegung durch die EBA (European Banking Authority – Final Report vom 18. 7. 2018) ins Treffen führt, ist festzuhalten, dass mit dieser Verordnung Bedrohungen der Sicherheit elektronischer Zahlungen begegnet und sichergestellt werden soll, dass es sich bei dem Zahlungsdienstnutzer um den legitimen Nutzer handelt (s Erw 1 ff). Dementsprechend erfordert Art 2 VO („Allgemeine Anforderungen an die Authentifizierung") Transaktionsüberwachungsmechanismen des Zahlungsdienstleisters, die die „Erkennung nicht autorisierter oder betrügerischer Zahlungsvorgänge ermöglichen", wofür Zahlungsdienstleister (ua) bekannte Betrugsszenarien bei der Erbringung von Zahlungsdienstleistungen als risikobasierte Faktoren einzubeziehen haben (Art 2 Abs 2 lit c VO). Weitere Erwägungen dazu (s B. Koch, ÖBA

2019, 106, 116 ff) sind hier – ungeachtet dessen, dass die Beklagte kein Zahlungskonto der Klägerin führt – nicht erforderlich, weil die Verordnung erst seit 14. 9. 2019 in Geltung ist (Art 38 Abs 2 VO).

4. Die Klägerin vermisst auch Rechtsprechung zur Frage, ob das Rechtsverhältnis zwischen der überweisenden Bank und der Empfängerbank als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten des Überweisenden, insbesondere bei Verletzung von Schutz-, Sorgfalts-, Warn- und Hinweispflichten der Empfängerbank, zu beurteilen sei, wodurch der Überweisende direkte vertragliche Schadenersatzansprüche gegenüber der Empfängerbank geltend machen könne.

Auch in diesem Zusammenhang gilt aber, dass die Klägerin konkrete Pflichtverletzungen der Beklagten zu den begehrten Schadenersatzansprüchen vorzubringen gehabt hätte, die die Vorinstanzen vermissten. Das wird in der Revision nicht widerlegt. Das bloße Vorbringen, die Beklagte habe es unterlassen, ihren Kontoinhaber „ausreichend zu überprüfen und folglich die Klägerin nicht vor drohenden Schäden durch offenkundige betrugsrelevante Momente aufgrund der Malversationen auf dem Konto gewarnt," (Revision S 13) kann auch in diesem Zusammenhang dafür nicht ausreichen.

5. Ausgehend davon liegt auch keine Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens vor (§ 510 Abs 3 ZPO). Ein Unschlüssigkeitsurteil verneint nur die Schlüssigkeit der Klagsbehauptungen und bedarf somit keiner Feststellungen (RS0037755 [T3]). Auf die von der Klägerin vermissten Negativfeststellungen kommt es daher nicht an.

Zur Verwerfung ihres Antrags auf Herausgabe des vollständigen Kundendossiers der Zahlungsempfängerin widerlegt die Revision die Beurteilung des Berufungsgerichts zum nicht gesetzmäßig ausgeführten Rechtsmittelgrund (ua unzulässige Neuerungen) nicht. Die Bestimmung des § 79 Abs 4 ZaDiG 2018 normiert auch nur eine Informationspflicht des Zahlungsdienstleisters des Zahlers gegenüber diesem. Ein solches Verhältnis liegt zwischen den Streitteilen nicht vor.

6. Die Revision der Klägerin ist daher mangels einer Rechtsfrage von der Qualität des § 502 Abs 1 ZPO zurückzuweisen.

6. (Keine) schuldbefreiende Auszahlung bei Namenssparbücher

16.11.2021, 1 Ob 209/21y

Sachverhalt

Die beklagte Bank zahlte am 7. 10. 2003 von einem bei ihr geführten Sparbuch einen der Klagesumme entsprechenden Betrag an eine unbekannte Person, **die sich ihr gegenüber als jene (mittlerweile verstorbene) Kundin ausgab, auf die die Sparurkunde („Namenssparbuch“) lautete.** Diese wies der Beklagten neben dem Sparbuch einen auf die tatsächliche Kundin lautenden „Stammausweis“ der „Stadtwerke“ (auf dem sich zwar ein Foto aber weder eine Unterschrift noch ein Geburtsdatum befand) sowie deren Staatsbürgerschaftsnachweis vor. Die beklagte Bank verglich vor Auszahlung die Unterschrift der das Sparbuch vorlegenden Person mit jener ihrer Kundin.

Die klagende Verlassenschaft nach der verstorbenen Kundin begehrt von der Beklagten Zahlung des ihrer Ansicht nach nicht mit schuldbefreiender Wirkung an die unbekannte Sparbuchinhaberin geleisteten Betrags.

Das Berufungsgericht bestätigte die der Klage stattgebende erstinstanzliche Entscheidung, weil die Feststellung der Identität der Sparbuchinhaberin nicht den gesetzlichen Anforderungen entsprochen habe und die Beklagte daher nicht mit schuldbefreiender Wirkung an diese gezahlt habe.

Der OGH wies die außerordentliche Revision zurück.

Rechtliche Beurteilung

In ihrer Revision zeigt die Beklagte keine erhebliche Rechtsfrage im Sinn des § 502 Abs 1 ZPO auf:

Gemäß § 32 Abs 4 Z 2 BWG in der zum maßgeblichen Zeitpunkt der Behebung am 7. 10. 2003 geltenden Fassung durfte ein Kreditinstitut bei Spareinlagen, deren Guthabensstand – wie hier – mindestens 15.000 EUR beträgt, oder die auf den Namen des gemäß § 40 Abs 1 BWG identifizierten Kunden lauteten, eine Auszahlung unbeschadet eines Verfügungsvorbehalts gemäß § 31 Abs 3 BWG (Losungswort) sowie unbeschadet des § 40 Abs 1 Z 4 BWG (Identifizierungspflicht bei Ein- und Auszahlungen von mindestens 15.000 EUR oder Euro-Gegenwert) gegen Vorlage der Sparurkunde nur an den gemäß § 40 Abs 1 BWG identifizierten Kunden vornehmen. **Nach dieser Bestimmung in der zum 7. 10. 2003 geltenden Fassung musste der Identitätsnachweis durch persönliche Vorlage eines amtlichen Lichtbildausweises erfolgen. Als solcher galten von einer staatlichen Behörde ausgestellte Dokumente, die mit einem nicht austauschbaren erkennbaren Kopfbild der betreffenden Person versehen waren und Namen, Geburtsdatum sowie Unterschrift der Person sowie die ausstellende Behörde enthalten.**

Mit der in § 32 Abs 4 BWG in der zum 7. 10. 2003 geltenden Fassung normierten Einschränkung der Auszahlungsbefugnis an den gemäß § 40 Abs 1 BWG (nunmehr: gemäß den Bestimmungen des Finanzmarkt-Geldwäschegesetzes) identifizierten Kunden ist grundsätzlich die Auszahlung an den ursprünglichen Sparkunden bzw Kontoinhaber, also den „Eröffner“ des Sparbuchs bzw Sparkontos gemeint. An eine andere Person (ausgenommen Bevollmächtigte oder Rechtsnachfolger) dürfen Sparguthaben nicht ausbezahlt werden (10 Ob 61/07d; 8 Ob 37/09p; Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht Band II² Rz 3/66; Harrich in Laurer/M.

Schütz/Kammel/Ratka, BWG4 [2017] §§ 31, 32 Rz 19). Nach der Rechtsprechung regelt das in § 32 Abs 4 Z 2 BWG normierte Verbot der Zahlung an einen anderen als den „erstidentifizierten“ Sparbuchinhaber die Berechtigung der Bank zur schuldbefreienden Zahlung (10 Ob 61/07d; 8 Ob 37/09p).

Da die Beklagte an eine andere Person als die gemäß § 40 Abs 1 BWG identifizierte Rechtsvorgängerin der Klägerin zahlte, begegnet die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, wonach dieser Zahlung keine schuldbefreiende Wirkung zukam, keinen Bedenken.

Mit ihrer Behauptung, die zu 10 Ob 61/07d und 8 Ob 37/09p ergangenen Entscheidungen seien auf den vorliegenden Fall nicht anzuwenden, zeigt die Revisionswerberin schon deshalb keine Fehlbeurteilung durch das Berufungsgericht auf, weil sie nicht darlegt, warum zwar die fehlende Vollmacht (vgl 10 Ob 61/07d) oder die mangelnde Rechtsnachfolge (vgl 8 Ob 37/09p) eines im eigenen Namen auftretenden Sparbuchinhabers eine schuldbefreiende Zahlung an diesen ausschließen sollte, nicht hingegen die mangelnde – und nicht ordnungsgemäß überprüfte – Identität der unter dem Namen der tatsächlich berechtigten Kundin auftretenden Sparbuchinhaberin mit dieser.

Dass der im Rahmen der Anknüpfung der dauernden Geschäftsbeziehung von der Bank identifizierte Kunde nicht nochmals gemäß § 40 Abs 1 BWG zu identifizieren sei, wenn er die Sparurkunde „gemäß § 32 Abs 2 BWG“ (gemeint: zum Zweck einer Behebung) vorlegt, widerspricht dem klaren Wortlaut des § 32 Abs 4 Z 2 BWG. Die Beurteilung dieser Konstellation hat für den vorliegenden Fall auch gar keine Relevanz, steht doch fest, dass die Auszahlung gerade nicht an die bei der Sparbucheröffnung identifizierte Person erfolgte. Auf die Ausführungen der Revisionswerberin zu einer schadenersatzrechtlichen Haftung muss nicht eingegangen werden, weil eine solche nicht zu beurteilen ist.

Einer weiteren Begründung bedarf es nicht (§ 510 Abs 3 ZPO).

7. Zur schuldbefreienden Auszahlung bei Großbetragssparbüchern

24.3.2022, 3 Ob 17/22d

Sachverhalt

Die Klägerin begehrte von der beklagten Bank Schadenersatz, weil diese die Guthaben von zwei Großbetragssparbüchern, über die damals ihre 2011 verstorbene Mutter und eine weitere Person jeweils einzeln verfügungsberechtigt waren, **zu Unrecht an die zweite Person ausbezahlt habe.**

Die Vorinstanzen wiesen das Klagebegehren ab. Die Beklagte habe an den ordnungsgemäß identifizierten Kunden geleistet; die Angabe eines unrichtigen Losungsworts durch diesen legitimierten Vertragspartner der Bank sei ohne Bedeutung.

Der OGH wies die außerordentliche Revision zurück.

Rechtliche Beurteilung

In ihrer außerordentlichen Revision dagegen wirft die Klägerin keine erhebliche Rechtsfrage auf:

1.1 Die beiden Sparbücher, **deren Guthaben die Beklagte im Jahr 2006 ausbezahlte**, waren (lange vor dem Jahr 2000, wie aus Beilage ./D hervorgeht) ursprünglich anonym eröffnet und am 14. Juni 2002 von der Mutter der Klägerin und der zweiten Person dahingehend legitimiert worden, dass sie jeweils beide zu den Sparbüchern im Sinne der dem Spareinlagenvertrag zugrunde gelegten „Allgemeinen Bestimmungen für die Einlagen auf Sparbücher“ einzelverfügungsberechtigt waren. Ein Widerruf dieser nebeneinander bestehenden Verfügungsberechtigungen ist der Beklagten zu keinem Zeitpunkt „jemals in irgendeiner Form“ zugekommen.

1.2 Die Klägerin gesteht selbst zu, dass die zweite allein zur Verfügung über die beiden Spareinlagen berechtigte Person bei der Beklagten unter Vorlage der Sparbücher die Guthaben behob, und leitet einen Schadenersatzanspruch (nur) daraus ab, dass die Beklagte anlässlich dieser Auszahlungen nicht die Angabe der korrekten Losungsworte (Geburtsdaten der beiden Personen) dokumentierte. Entgegen ihrer Rechtsansicht ist die Entscheidung des Berufungsgerichts, das in der Auszahlung an den identifizierten Vertragspartner der Beklagten keinen Verstoß gegen die Bestimmung des § 31 Abs 3 BWG (idF BGBl I Nr 2001/2) erkannte, nicht zu beanstanden. Nach dem klaren Wortlaut der Regelung hat der Vorleger eines Vorbehaltssparbuchs bei Verfügungen über die Spareinlage das Losungswort anzugeben **oder, wenn er hierzu nicht imstande ist, sein Verfügungsrecht über die Spareinlage nachzuweisen**. **Am Verfügungsrecht der identifizierten, zur alleinigen Verfügung berechtigten Person über die Spareinlagen war aber nach dem Sachverhalt nicht zu zweifeln.** Nach ständiger Rechtsprechung ist im Übrigen der Schutzzweck des § 32 Abs 4 Z 2 BWG bzw § 40 Abs 1 BWG in der Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung zu sehen, nicht aber darin, zivilrechtliche Schranken zu Gunsten des einen oder anderen Anspruchswerbers auf ein Sparkonto aufzustellen (vgl RS0122474).

1.3 Soweit die Revisionswerberin argumentiert, die Spareinlagen hätten beiden Personen gemeinsam gehört, weshalb sie auch über die beiden Sparbücher „nur gemeinsam materiell berechtigt“ gewesen seien, entfernt sie sich vom festgestellten Sachverhalt zur mit der Beklagten vertraglich vereinbarten Einzelverfügungsbefugnis.

2.1 Gemäß der Übergangsvorschrift des § 103b Abs 1 BWG (idgF) gelten die Bestimmungen des § 31 Abs 1 und 3 und des § 32 Abs 4 idF der BWG-Novelle 2000, BGBl I 2000/33, für neu abgeschlossene Spareinlagenverträge ab dem 1. November 2000. Der Verweis des § 103b auf § 31

Abs 1 BWG ist so zu verstehen, dass es bei Auszahlungen von einem vor Inkrafttreten der BWG-Novelle 2000 eröffneten Überbringersparbuch das aufgrund des Einlagestandes nunmehr als „Großbetragssparbuch“ zu qualifizieren ist, (nur) der Erfassung der Identität jener Person bedarf, an die ausgezahlt wird (3 Ob 23/20h).

2.2 Ob im Zuge der Legitimierung der ursprünglich anonym eröffneten Sparbücher im Juni 2002 – wie die Klägerin behauptet – beide Sparbücher als Bezeichnung den Namen der Mutter der Klägerin erhielten oder nicht, ist daher für den gegen die Beklagte erhobenen Schadenersatzanspruch nicht relevant. Auch daraus könnte sich nämlich ein Sorgfaltsverstoß der Beklagten, die an den identifizierten, ebenso wie die Mutter der Klägerin zur alleinigen Verfügung über die Spareinlagen Berechtigten auszahlte, nicht ergeben.

3. Einer weiteren Begründung bedarf dieser Beschluss nicht (§ 510 Abs 3 ZPO).

8. Zu überraschend aufgefundenen Sparbüchern

23.2.2022, 3 Ob 208/21s

Sachverhalt

Die Klägerin ist ein auf Räumungen und die Verwertung von Fahrnissen durch Online-Auktionen spezialisiertes Unternehmen. Bei einer vertraglich vereinbarten („besenreinen“) Räumung eines Geschäftslokals samt Nebengebäude (Garage) „plus Grundstück“, die auch den Kauf der vorhandenen „Fahrnisse in Bausch und Bogen“ zum Preis von 1.000 EUR umfasste, fanden Mitarbeiter der Klägerin in einem Raum im ersten Stock in einer alten Waschmaschinentrommel 27 in einem Ledertäschchen verpackte Kleinbetragssparbücher samt den zugehörigen Losungsworten. Deren Existenz war zuvor den Erben nach dem verstorbenen Eigentümer der Liegenschaft nicht bekannt gewesen. Die Klägerin begehrte von der beklagten Bank unter Vorlage der Sparbücher und der Losungsworte die Auszahlung sämtlicher Guthaben. Die Beklagte verweigerte dies und wendete ein, die Klägerin sei an den Sparbüchern materiell nicht berechtigt.

Das Erstgericht wies das auf Auszahlung der Guthaben von insgesamt 278.426,19 EUR gerichtete Klagebegehren ab.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Klägerin nicht Folge.

Der OGH wies die außerordentliche Revision zurück.

Rechtliche Beurteilung

In ihrer außerordentlichen Revision zeigt die Klägerin keine erhebliche Rechtsfrage auf:

1.1 Behauptete Mängel des Verfahrens erster Instanz, die das Berufungsgericht nicht als solche anerkannt hat, können in dritter Instanz nicht mehr erfolgreich geltend gemacht werden (RS0042963). Ein Mangel des Berufungsverfahrens läge dann vor, wenn sich das Berufungsgericht mit der Mängelrüge überhaupt nicht befasst (RS0042963 [T9]) oder diese mit einer durch die Aktenlage nicht gedeckten Begründung verworfen hätte (RS0042963 [T28]). Das ist hier jedoch nicht der Fall.

1.2 An der Rechtsprechung zum verneinten Verfahrensmangel hat der Oberste Gerichtshof in Kenntnis der dazu in der Literatur geführten Diskussion in jüngerer Zeit mehrfach ausdrücklich festgehalten (1 Ob 127/21i; 2 Ob 69/21t; 3 Ob 40/21k; 3 Ob 76/21d; 5 Ob 40/21z; 7 Ob 70/21a; 8 Ob 7/21v; 9 Ob 38/21k; 10 ObS 59/21f). Eine Rechtsfrage der Qualität des § 502 Abs 1 ZPO liegt daher – entgegen der Auffassung der Revisionswerberin – auch insoweit nicht vor.

2. Die behaupteten Aktenwidrigkeiten wurden geprüft; sie liegen nicht vor (§ 510 Abs 3 ZPO). Insbesondere zeigt die Klägerin kein – zumal konkret entscheidungswesentliches (vgl RS0043271 [T2]) – Abweichen des Berufungsgerichts von der Aktenlage auf.

3. Soweit die Klägerin behauptet, die Feststellungen zum übereinstimmenden Parteiwillen betreffend den Inhalt des Vertrags widersprächen „jeglichem Rechtsempfinden im Hinblick auf die Auslegung von Verträgen und dem Parteiwillen“, erhebt sie in Wahrheit eine in dritter Instanz unzulässige Beweisrüge (vgl RS0043371 [T24, T28]).

4. Fragen der Vertragsauslegung kommt nach ständiger Rechtsprechung keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zu (RS0112106 [T14]). Entgegen der Rechtsansicht der Klägerin ist die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe an den bei der Räumung der Liegenschaft aufgefundenen Kleinbetragssparbüchern auf der Grundlage des Vertrags über den Ankauf der

vorhandenen Fahrnisse sachenrechtlich kein Eigentum erworben, nicht korrekturbedürftig: Nach dem Vertragsinhalt sowie dem übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien sollte die Klägerin die „besenreine“ Räumung des Geschäftslokals samt Nebengebäude durchführen, die von ihrem Mitarbeiter besichtigten und geschätzten Fahrnisse zum Kaufpreis von 1.000 EUR erwerben, sowie deren Verwertung durch eine Online-Auktion vor Ort innerhalb von vier Wochen durchführen. **Einen möglichen unerwarteten Fund von Wertgegenständen im Zuge der Räumung haben die Parteien nicht besprochen und nicht geregelt.** Das Berufungsgericht verwies in seiner Begründung auch auf die Entscheidung 4 Ob 99/19s, in der – zu überraschend nach einem Liegenschaftskauf einschließlich „Inventar“ aufgefundenen Sparbüchern – ausgeführt wurde, dass auch nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch zwischen Fahrnissen bzw Inventar und Geld unterschieden werde und dass Bargeld, Wertpapiere oder andere Pretiosen nicht zum „Inventar“ gehörten. Damit steht die Auslegung des mit der Klägerin abgeschlossenen Räumungsvertrags dahin, dass zwar neben der vollständigen („besenreinen“) Räumung auch ein Kauf der vorhandenen Fahrnisse und deren Verwertung (im Rahmen einer Online-Auktion) vereinbart, davon allerdings die überraschend aufgefundenen Sparbücher nicht umfasst waren, im Einklang; eine aufzugreifende Fehlbeurteilung ist darin nicht zu erkennen.

5.1 Sparbücher, deren Guthabensstand weniger als 15.000 EUR beträgt, die nicht auf einen Namen lauten und mit einem Losungswort versehen sind (§ 32 Abs 4 Z 1 BWG; sogenannte „Kleinbetragssparbücher“), sind Inhaberpapiere (4 Ob 170/11w mwN). Kleinbetragssparbücher werden grundsätzlich durch Übergabe und Mitteilung des Losungsworts ins Eigentum des Übernehmers übertragen (vgl RS0102510). Das Kreditinstitut darf (gemäß § 32 Abs 4 Z 1 BWG) an den identifizierten (§ 6 Abs 1 Z 1 FM-GwG) Vorleger der Sparurkunde (Kleinbetragssparbuch) gegen Nennung des korrekten Losungsworts leisten (8 Ob 120/20k).

5.2 **Nennt der sich identifizierende Vorleger eines nicht auf Namen lautenden Kleinbetragssparbuchs im Sinn des § 31 Abs 3 BWG das Losungswort, so obliegt dem Kreditinstitut der Beweis, dass der Vorleger mangels Rechtsnachfolge oder Vollmacht nicht zur Geltendmachung des Rückzahlungsanspruchs berechtigt ist (RS0127716; s auch 1 Ob 46/21b). Dieser Nachweis ist der Beklagten auf der Grundlage der zuvor dargestellten Vertragsauslegung gelungen**.

5.3 Wenn die Klägerin meint, das Erstgericht hätte Feststellungen zur (fehlenden) materiellen Berechtigung der Klägerin „gar nicht erst treffen dürfen“, so gerät sie in Widerspruch zur erwähnten, auch von ihr selbst zitierten Rechtsprechung, nach der zwar der Vorleger eines Kleinbetragssparbuchs abgesehen vom Losungswort seine Berechtigung nicht nachweisen muss, das Kreditinstitut aber den Nachweis der fehlenden Berechtigung zur Behebung des verbrieften Guthabens erbringen kann (vgl 4 Ob 170/11w = RS0127716; vgl auch 1 Ob 46/21b). **Die Bestimmung des § 32 Abs 4 Z 1 BWG, nach der die Bank berechtigt ist, gegen Vorlage des Kleinbetragssparbuchs und Nennung des Losungswortes an den gemäß § 6 Abs 1 Z 1 FM-GwG identifizierten Vorleger der Sparurkunde auszuzahlen, lässt sich – entgegen der Meinung der Klägerin – nicht so auslegen, dass sie eine Auszahlung – jedenfalls – vornehmen müsste und ihr eine Prüfung der materiellen Berechtigung des Vorlegers untersagt wäre**. Dem widerspricht schon die Bedeutung des Wortes „berechtigt“, und eine Interpretation dahin, dass sie beim Verdacht auf eine fehlende materielle Berechtigung des Vorlegers der Sparurkunde die Auszahlung nicht verweigern dürfte, wäre mit den Zwecken des in Umsetzung der RL (EU) 2015/849 vom 20. Mai 2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der

Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung (Vierte Geldwäsche-RL, ABl L 2015/141, 73) erlassenen FM-GwG unvereinbar (dazu ausführlich 4 Ob 209/19t mwN).

6. Die Klägerin zeigt somit insgesamt keine erhebliche Rechtsfrage auf. Die Revision ist daher nicht zulässig und somit zurückzuweisen.

III.Kreditvertragsrecht im allgemeinen

9. Zum Verbot des ultra alterum tantum

26.1.2022, 3 Ob 1/22a

Sachverhalt

Die Streitteile sind seit Dezember 1979 verheiratet; sie leben aber bereits seit längerer Zeit getrennt.

Die Klägerin gewährte dem Beklagten am 16. November 1977 ein Darlehen über 300.000 ATS (21.8001,85 EUR) zu einem jährlichen Zinssatz von 7 %. Der aushaftende Darlehensbetrag war nach dem Verbraucherpreisindex 1976, Basis November 1977, wertgesichert.

Die Klägerin begehrte den Teilbetrag von 30.000 ATS (2.180,19 EUR) unter Berücksichtigung der Wertsicherung, insgesamt daher 6.551,10 EUR sA.

Das Erstgericht stellte die Klagsforderung mit 6.551,10 EUR, die vom Beklagten eingewendete Gegenforderung hingegen als nicht zu Recht bestehend fest und **erkannte den Beklagten schuldig, der Klägerin 6.551,10 EUR samt 7 % Zinsen aus 2.180,18 EUR seit 17. 11. 1977 zu bezahlen.**

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Der bloße Umstand, dass die Klägerin das Darlehen nicht früher eingefordert habe, sei für einen schlüssigen Verzicht nicht ausreichend, weil aus der bloßen Nichtausübung eines Rechts selbst über einen längeren Zeitraum noch kein Verzicht abgeleitet werden könne. Entgegen der Ansicht des Beklagten liege auch kein Verstoß gegen § 1335 ABGB vor, weil für die Zinsenobergrenze nicht der fällig gestellte Teilbetrag, sondern die Höhe der Hauptschuld ausschlaggebend sei. Im Anlassfall sei der Klägerin kein über die Höhe des Kapitals übersteigender Zinsbetrag zuerkannt worden.

Über Antrag des Beklagten nach § 508 ZPO sprach das Berufungsgericht nachträglich aus, dass die ordentliche Revision doch zulässig sei, weil zur Frage, ob die Zinsen nach § 1335 ABGB nur bis zum eingeklagten Teilbetrag verlangt werden könnten, höchstgerichtliche Rechtsprechung fehle.

Gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts richtet sich die Revision des Beklagten, die auf die Abweisung des Klagebegehrens abzielt.

Mit ihrer Revisionsbeantwortung beantragt die Klägerin, das Rechtsmittel der Gegenseite zurückzuweisen, in eventu, diesem den Erfolg zu versagen.

Der OGH wies die Revision zurück.

Rechtliche Beurteilung

1. Trotz Zulässigerklärung der Revision durch das Berufungsgericht muss der Rechtsmittelwerber eine Rechtsfrage im Sinn des § 502 Abs 1 ZPO aufzeigen. Macht er hingegen nur solche Gründe geltend, deren Erledigung nicht von der Lösung einer erheblichen Rechtsfrage abhängt, so ist das Rechtsmittel ungeachtet des Zulässigkeitsausspruchs zurückzuweisen. Der Umstand, dass der Oberste Gerichtshof zu einer bestimmten Frage oder Sachverhaltskonstellation noch nicht ausdrücklich Stellung genommen hat, begründet dann keine erhebliche Rechtsfrage, wenn die Rechtslage eindeutig ist oder die relevanten Grundsätze in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs geklärt sind (RS0102181; 4 Ob 105/19y; vgl auch RS0118640).

Dies ist hier für die vom Berufungsgericht als erheblich bezeichnete Rechtsfrage zu § 1335 ABGB der Fall. Auch sonst liegt keine erhebliche Rechtsfrage vor.

2.1 Gemäß § 1335 ABGB kann der Gläubiger vom Kapital keine Zinsen mehr verlangen, sobald die bereits entstandenen Zinsen die Höhe der Hauptschuld erreicht haben. Nach dem eindeutigen Wortlaut ist für die Zinsenobergrenze die Höhe der Hauptschuld (des Kapitals) maßgebend (vgl RS0113097 = 6 Ob 326/99f; vgl auch 3 Ob 47/95).

2.2 In der Entscheidung zu 1 Ob 142/16p wurde zu § 1335 ABGB unter anderem ausgesprochen:

„Diese Bestimmung regelt das Verbot des ultra alterum tantum. Lässt der Gläubiger die Zinsen bis auf den Betrag der Hauptschuld steigen, ohne seine Forderung gerichtlich geltend zu machen, stehen ihm keine weiteren Zinsen mehr zu. Da der Wortlaut des Gesetzes nicht unterscheidet, wird in der älteren Literatur überwiegend vertreten, dass diese Vorschrift sowohl bei gesetzlichen als auch bei vertragsgemäßen Zinsen anzuwenden ist. Nach anderer Ansicht soll § 1335 ABGB nur auf Verzugszinsen Geltung haben, weil vertraglich vereinbarte Zinsen als Entgelt und damit als eigenständige Hauptforderung anzusehen seien. Allgemein wird aber angenommen, dass § 1335 ABGB eine Art Wuchergrenze beinhaltet und damit insofern den Schutz des Schuldners bezweckt; die den Schuldner treffenden Zinsen sollen nicht in eine für ihn bedenkliche Höhe anschwellen. Dieser Schutzzweck muss grundsätzlich unabhängig von der jeweiligen Gattung der Zinsen zum Tragen kommen."

2.3 Wie sich aus dieser Entscheidung im Einklang mit dem Wortlaut des § 1335 ABGB ergibt, geht diese Bestimmung als Regelfall davon aus, dass der Gläubiger seine Forderungen auf Kapital und Zinsen bisher nicht gerichtlich geltend gemacht hat. Dementsprechend ist mit „den Zinsen" der (noch nicht geltend gemachte) Zinsenrückstand gemeint.

§ 1335 ABGB enthält demnach eine Art Wuchergrenze für rückständige Zinsen, die durch die Säumigkeit des Gläubigers gerechtfertigt ist. Nach Satz 2 leg cit wird der Zinsenlauf mit Streitanhängigkeit aber auch dann neuerlich in Gang gesetzt und „perpetuiert" (laufende Zinsen), wenn die rückständigen Zinsen die Höhe des Kapitals im Zeitpunkt der Klage bereits überschritten haben. Damit wird die den Gläubiger belastende Säumnis durch die gerichtliche Einklagung seiner Forderungen beendet. Dafür ist vorausgesetzt, dass über den Klagsbetrag und die zukünftig daraus resultierenden Zinsen noch nicht rechtskräftig abgesprochen wurde (1 Ob 142/16p).

2.4 Darüber hinaus ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass § 1335 ABGB dann nicht zur Anwendung gelangt, wenn sich durch Rückzahlung die Kapitalschuld vermindert, sodass der Zinsenrückstand, der bisher die Höhe der Hauptschuld noch nicht erreicht hatte, nunmehr den Rest der Hauptschuld übersteigt (RS0031973).

2.5 Aus diesen in der Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen folgt, dass es sich bei der für die Zinsenobergrenze maßgebenden Hauptschuld um die ursprüngliche Hauptschuld, also das vom Schuldner ursprünglich aufgenommene Kapital handelt (1 Ob 72/17w; vgl auch Reischauer in Rummel3 § 1335 Rz 2; Wittwer in Schwimann/Neumayr, ABGB-TaKomm5 § 1335 Rz 1). Die in mehreren Entscheidungen im gegebenen Zusammenhang getroffene Aussage ist daher dahin zu präzisieren, dass rückständige Zinsen das bisher (zur Gänze) uneingeklagte Kapital nicht übersteigen dürfen (vgl RS0119802).

2.6 **Wie das Berufungsgericht unbeanstandet ausgeführt hat, belaufen sich die mit dem Ersturteil zuerkannten Zinsen bis zum Entscheidungszeitpunkt auf 6.675,65 EUR, wobei dieser Betrag nicht nur rückständige, sondern auch laufende Zinsen betrifft. Dementsprechend steht die Beurteilung des Berufungsgerichts, dass im Anlassfall kein die Höhe des ursprünglichen Kapitals übersteigender Zinsenbetrag zuerkannt und die**

Zinsenobergrenze des § 1335 ABGB nicht verletzt worden sei, mit den dargelegten Rechtsprechungsgrundsätzen im Einklang.

3.1 Auch zur Frage des schlüssigen Verzichts der Klägerin auf die Rückforderung des Darlehens liegt keine erhebliche Rechtsfrage vor:

Ob eine Erklärung einen Verzicht enthält, ist nach den §§ 914 f ABGB zu ermitteln. Verzichtserklärungen sind nach ständiger Rechtsprechung einschränkend auszulegen (RS0038546). Bei der Annahme eines stillschweigenden Verzichts ist überhaupt besondere Vorsicht geboten (RS0014146 [T2]; vgl auch RS0014190). Er darf immer nur dann angenommen werden, wenn besondere Umstände darauf hinweisen, dass er ernstlich gewollt ist (RS0014190). Maßgebend ist, ob der Verpflichtete unter Bedachtnahme auf die im redlichen Verkehr geltenden Gewohnheiten oder Gebräuche unter Überlegung aller Umstände den zweifelsfreien Schluss auf den Verzichtswillen des Berechtigten ziehen durfte (3 Ob 197/08d; 6 Ob 209/15a). Aus einer bloßen Untätigkeit selbst über einen längeren Zeitraum allein kann nicht auf einen Verzicht geschlossen werden (vgl RS0014440; RS0014109 [T27]; 6 Ob 209/15a). Die Tatsachen, aus denen auf das Vorliegen eines schlüssigen Verzichts geschlossen werden kann, sind von jener Partei zu behaupten und zu beweisen, die sich auf den Verzicht beruft (vgl 10 Ob 13/20i). Letztlich richtet sich die Beurteilung nach den Umständen des Einzelfalls, weshalb in der Regel keine erhebliche Rechtsfrage vorliegt (vgl RS0109021 [T5]; RS0014158 [T8]).

3.2 **Die Beurteilung des Berufungsgerichts, dass im Anlassfall keine ausreichenden Umstände vorliegen, um von einem Verzicht der Klägerin auf die Darlehensrückforderung auszugehen, hält sich im Rahmen der Rechtsprechungsgrundsätze.** Soweit der Beklagte in der Revision ausführt, dass die in Rede stehende Beurteilung des Berufungsgerichts aufgrund der langen Zeitspanne nur im Ausnahmefall gerechtfertigt sei und es an der Klägerin gelegen gewesen sei, besondere Gründe für einen Verzicht vorzubringen, geht er von einer unrichtigen Verteilung der Behauptungs- und Beweislast aus.

4. Insgesamt gelingt es dem Beklagten mit seinen Ausführungen nicht, eine erhebliche Rechtsfrage aufzuzeigen. Die Revision war daher zurückzuweisen.

10. Keine Kürzung nicht-laufzeitabhängiger Kosten nach § 33 Abs 8 BWG aF

28.9.2021, 5 Ob 118/21w

Sachverhalt

Die Beklagte ist ein Kreditinstitut. Sie hat mit den Klägern im März 2009 einen Kreditvertrag über 306.000 EUR mit einer Laufzeit von 25 Jahren abgeschlossen, die Kläger haben den aushaftenden Kreditbetrag **im März 2020 vorzeitig zurückbezahl**t. Gegenstand des Revisionsverfahrens ist die Frage, ob ihnen deshalb ein Anspruch auf anteilige Rückerstattung der laufzeitunabhängigen Kreditkosten zusteht.

Das Erstgericht wies ihr Rückzahlungsbegehren ab. Auf das Kreditverhältnis sei § 33 BWG idF BGBl Nr 532/1993 anzuwenden, dessen Abs 8 sehe bei vorzeitiger Erfüllung eines Verbraucherkreditvertrags keine Rückvergütung von laufzeitunabhängigen Kosten vor. Die der Argumentation der Kläger zugrunde liegende Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 11. 9. 2019, C-383/18 (Lexitor) **sei zu der hier nicht anwendbaren Richtlinie über Verbraucherkreditverträge 2008/48/EG ergangen und daher nicht einschlägig.**

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Eine **richtlinienkonforme Interpretation** von § 33 Abs 8 BWG aF dahin, dass auch laufzeitunabhängige Kosten zu vergüten seien, widerspreche dem eindeutigen Gesetzeswortlaut und sei abzulehnen. Im Übrigen könne dem EuGH bei Auslegung des Begriffs der Ermäßigung der Gesamtkosten in der Entscheidung Lexitor nicht ernsthaft unterstellt werden, dass er das in der Richtlinie angesprochene Ziel eines hohen Schutzes des Verbrauchers durch vorzeitige Rückzahlung von Krediten mittels einer völlig unsachlichen aliquoten nachträglichen Übernahme von tatsächlich entstandenen Kosten und Gebühren für die Absicherung der Kreditrückzahlung unter dem Titel Ermäßigung der Gesamtkosten verwirklicht haben wolle, obwohl der Verbraucher diese Kosten unumkehrbar bereits durch den Abschluss des Kreditvertrags verursacht habe und die vorzeitige Rückzahlung seiner Sphäre zuzurechnen sei. Selbst eine richtlinienkonforme Interpretation im Licht der Erwägungen des EuGH in der Rechtssache Lexitor führe daher nicht zu dem von den Klägern gewünschten Ergebnis.

Die Revision ließ das Berufungsgericht mit der Begründung zu, zur Frage der Zulässigkeit richtlinienkonformer Interpretation vertrete die Lehre unterschiedliche Ansichten, Rechtsprechung für die hier zu beurteilende Fallkonstellation fehle.

Dagegen richtet sich die Revision der Kläger, in der sie die Abänderung der Entscheidungen der Vorinstanzen im Sinn einer Klagestattgebung anstreben, hilfsweise einen Aufhebungsantrag stellen.

Die Beklagte beantragt in ihrer Revisionsbeantwortung, die Revision mangels erheblicher Rechtsfrage als unzulässig zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

Der OGH wies die Revision zurück.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist – ungeachtet des den Obersten Gerichtshof nicht bindenden (§ 508a Abs 1 ZPO) – Ausspruchs des Berufungsgerichts nicht zulässig; sie zeigt keine erhebliche Rechtsfrage im Sinn des § 502 Abs 1 ZPO auf. Die Begründung kann sich auf die Ausführung der Zurückweisungsgründe beschränken (§ 510 Abs 3 ZPO).

1. Im Revisionsverfahren ist nicht mehr strittig, dass der am 13. 3. 2009 geschlossene Kreditvertrag weder dem zeitlichen Anwendungsbereich des Verbraucherkreditgesetzes (VKrG) noch jenem des Hypothekar- und Immobilienkreditgesetzes (HIKrG) unterliegt, sondern § 33 Abs 7, 8 BWG aF anzuwenden ist. Diese Bestimmung beruhte auf Art 1 Abs 2 lit d und Art 8 der RL 87/102/EWG (VerbraucherkreditRL 1987 – vgl RV 1130 BlgNR 18. GP 140). **Nach Art 8 VerbraucherkreditRL 1987 ist der Verbraucher berechtigt, seine Verbindlichkeiten aus dem Kreditvertrag vorzeitig zu erfüllen. In diesem Fall kann der Verbraucher gemäß den von den Mitgliedstaaten festgelegten Regelungen eine angemessene Ermäßigung der Gesamtkosten des Kredits verlangen. In Umsetzung der Richtlinienbestimmung verpflichtete § 33 Abs 8 BWG aF das Kreditinstitut die Gesamtbelastung um jenen Betrag an Zinsen und laufzeitabhängigen Kosten zu vermindern, der bei kontokorrentmäßiger Abrechnung des vorzeitig zurückgezahlten Betrags nicht anfällt.**

2. Gemäß Art 2 Abs 1 VerbraucherkreditRL 1987 ist die Richtlinie allerdings nicht auf Kreditverträge anzuwenden, die hauptsächlich zum Erwerb oder zur Beibehaltung von Eigentumsrechten an einem Grundstück oder an einem vorhandenen oder noch zu errichtenden Gebäude bestimmt sind (lit a), sowie auf Kreditverträge über mehr als 20.000 ECU (lit f). Diese Voraussetzungen liegen hier vor, zumal die Kläger den Kredit zum Zweck des Kaufs einer Eigentumswohnung aufgenommen haben. **§ 33 Abs 8 BWG aF kennt zwar keine derartige Einschränkung, setzte die VerbraucherkreditRL 1987 daher überschießend um.** Ob eine richtlinienkonforme Auslegung bei überschießender Umsetzung von Unionsrecht in Fällen außerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs der Richtlinie überhaupt geboten ist und ein Vorabentscheidungsersuchen für diesen Bereich überhaupt zulässig wäre, ist in der Lehre umstritten (vgl hiezu Perner, Erweiternde Umsetzung von Richtlinien des europäischen Verbraucherrechts, ZfRV 2011/225; Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.02 Vor §§ 922–933 Rz 9). Nach der Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0129424) ist grundsätzlich nicht anzunehmen, dass es dem Willen des österreichischen Gesetzgebers entspräche, eine vom EuGH vorgenommene weitgehende Ausdehnung eines Rechtsbegriffs (dort: Nachlieferungspflicht iSd VerbrauchergüterkaufRL 1999/44/EG) im Wege richtlinienkonformer Auslegung über den Anwendungsbereich der Richtlinie hinaus zu erstrecken (grundlegend dazu 9 Ob 64/13x = EvBl 2014/89 [Perner]). An dieser überzeugend begründeten Auffassung ist festzuhalten, zumal sie auch die Revision nicht substantiiert in Zweifel zieht. **Daher besteht kein Anlass für das von den Klägern angeregte Vorabentscheidungsersuchen zur Frage der Übereinstimmung von § 33 Abs 8 BWG aF mit Art 8 der VerbraucherkreditRL 1987 und dem dort verwendeten Begriff der Angemessenheit. Auf die Frage der richtlinienkonformen Interpretation von § 33 Abs 8 BWG kommt es – entgegen der vom Berufungsgericht in der Zulassungsbegründung vertretenen Auffassung – hier nicht an**.

3. Die VerbraucherkreditRL 1987 wurde mit RL 2008/48/EG (VerbraucherkreditRL 2008) aufgehoben. Diese trat gemäß Art 31 am 20. Tag nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union (ABl 133 vom 22. 5. 2008) in Kraft, gilt allerdings nach ihrem Art 30 Abs 1 – mit hier nicht relevanten Ausnahmen – nicht für die am Tag des Inkrafttretens der innerstaatlichen Umsetzungsmaßnahmen bereits laufenden Kreditverträge. Innerstaatlich umgesetzt wurde diese Verbraucherkreditlinie mit dem VKrG, dessen § 29 Abs 1 mit 11. Juni 2010 in Kraft trat. **Daraus folgt, dass der hier zu beurteilende, bereits am 13. 3. 2009 geschlossene Kreditvertrag weder in den zeitlichen Anwendungsbereich der VerbraucherkreditRL 2008 noch des VKrG fällt**. Zum intertemporalen Anwendungsbereich der VerbraucherkreditRL ist auch Art 30 Abs 2 zu

berücksichtigen, wonach die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die Art 11, 12, 13 und 17 sowie Art 18 Abs 1 Satz 2 und Abs 2 auf am Tag des Inkrafttretens der innerstaatlichen Umsetzungsmaßnahmen bereits laufende unbefristete Kreditverträge angewendet werden. **Die Nachfolgebestimmung zu Art 8 VerbraucherkreditRL 1987, nämlich Art 16 der VerbraucherkreditRL 2008 ist dort nicht genannt, diese Bestimmung über die vorzeitige Rückzahlung daher nicht auf bei Inkrafttreten der innerstaatlichen Umsetzungsmaßnahmen bereits bestehende Kreditverträge anzuwenden.** Diese Auslegung ist aufgrund des eindeutigen Wortlauts so klar, dass es der Anrufung des Europäischen Gerichtshofs auch hiezu nicht bedarf.

4. Art 16 Abs 1 VerbraucherkreditRL 2008 sieht für den Fall der vorzeitigen Erfüllung der Verbindlichkeiten aus einem Kreditvertrag durch den Verbraucher vor, dass er in diesem Fall das Recht auf Ermäßigung der Gesamtkosten des Kredits hat, die sich nach den Zinsen und den Kosten für die verbleibende Laufzeit des Vertrags richtet. **Die von den Klägern als Grundlage ihrer Argumentation herangezogene Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs C-383/18 (Lexitor) erging zu Art 16 Abs 1 der VerbraucherkreditRL 2008 und sprach aus, das Recht des Verbrauchers auf die Ermäßigung der Gesamtkosten des Kredits bei vorzeitiger Kreditrückzahlung umfasse sämtliche ihm auferlegten Kosten und somit – abweichend zur Umsetzung dieser Norm durch den österreichischen Gesetzgeber in § 16 Abs 1 VKrG aF sowie durch den deutschen Gesetzgeber in § 501 BGB aF – auch laufzeitunabhängige Kosten**. Die dadurch aufgeworfene Frage der Zulässigkeit einer richtlinienkonformen Interpretation von § 16 Abs 1 VKrG aF nach den Grundsätzen dieser Entscheidung (vgl hiezu zuletzt Pendl, Das Lexitor-Urteil des EuGH und der Wille des österreichischen Gesetzgebers, ÖBA 2021, 331 mit instruktiver Auflistung der zahlreichen hiezu bisher bereits ergangenen Stellungnahmen aus der Lehre) stellt sich hier entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts aber gar nicht, weil eine Bindung der österreichischen Gerichte an die Grundsätze dieser Entscheidung für den hier zu beurteilenden Fall zu verneinen ist.

5. Grundsätzlich haben sich die Gerichte bei der Auslegung der nationalen Vorschrift soweit wie möglich an Wortlaut und Zweck der Richtlinie zu orientieren und Rechtsbegriffe, die in der Richtlinie und dem innerstaatlichen Recht übereinstimmen, entsprechend der gemeinschaftsrechtlichen Begriffe auszulegen (RS0075866). Ein Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften bindet das nationale Vorlagegericht, es entfaltet über den Ausgangsrechtsstreit hinaus rechtliche Bindungswirkung dahin, dass alle Gerichte der Mitgliedstaaten die vom EuGH vorgenommene Auslegung zu beachten haben (RS0110582 [T1]; RS0111726 [T1]). **Vorabentscheidungen des EuGH haben auch grundsätzlich zeitliche Wirkung ex tunc, sofern der EuGH die zeitliche Rückwirkung nicht beschränkt (RS0114650). Der EuGH spricht daher bindend darüber ab, in welchem Sinn und in welcher Tragweite die Vorschrift seit ihrem Inkrafttreten zu verstehen und anzuwenden ist oder gewesen wäre** (EuGH C-92/11 RWE Vertrieb AG RN 58; Schima in Jäger/Stöger EUV/AEUV Art 267 AEUV Rz 205 mwN). Bindungswirkung einer Vorlageentscheidung des EuGH entfaltet allerdings ausschließlich der Spruch des Erkenntnisses, der sich auf die Vorlagefrage zu einer bestimmten Richtliniennorm bezieht (vgl Schima in Jäger/Stöger EUV/AEUV Art 267 Rz 197 ff mwN). **Dies ist bei der Entscheidung des EuGH Lexitor aber nur Art 16 der VerbraucherkreditRL 2008, der hier – wie dargestellt – nicht anzuwenden ist.** Auch auf die Frage, ob der EuGH bei Auslegung des Begriffs der Ermäßigung der Gesamtkosten in der Entscheidung Lexitor – wie das Berufungsgericht meint – nur auf die dort zu beurteilenden „Provisionen“ aus Anlass der Kreditgewährung abstellen wollte oder auch Fremdkosten, wie die

gesetzliche Kreditgebühr, gerichtliche Eintragungsgebühr, Prämie der Kreditrestschuldversicherung und Kosten für den Treuhandauftrag davon umfasst sein sollten, kommt es daher nicht an.

6. Damit hat die Interpretation des EuGH in der Entscheidung Lexitor keine Auswirkungen auf die Auslegung von Art 8 der VerbraucherkreditRL 1987 und von § 33 Abs 8 BWG aF. Mangels sachlichen Anwendungsbereichs auf den hier zu beurteilenden Kredit stellt sich die Frage nach einer richtlinienkonformen Auslegung dieser Bestimmung im Licht von Art 8 der VerbraucherkreditRL 1987 nicht, zumal dem österreichischen Gesetzgeber ein hypothetischer Wille zur einheitlichen Auslegung selbst im Licht überraschender Auslegungsergebnisse des EuGH nicht zu unterstellen ist. Dass der nationale Gesetzgeber des § 33 Abs 8 BWG aF ebenso wie des (mittlerweile außer Kraft getretenen) § 12a KSchG nur eine Herabsetzung laufzeitabhängiger Kreditkosten als angemessen im Sinn von Art 8 der VerbraucherkreditRL 1987 ansehen wollte, ergibt sich nicht nur aus dem Gesetzeswortlaut, sondern auch aus den Gesetzesmaterialien (vgl RV 809 BlgNR 18. GP 6; JAB 1992 BlgNR 18. GP 1 f). **Angesichts dieses eindeutigen Willens des nationalen Gesetzgebers könnte selbst ein „ausbrechendes" Auslegungsergebnis (vgl 9 Ob 64/13x Pkt 4.10) des EuGH zum Begriff der „Angemessenheit" in Art 8 der VerbraucherkreditRL 1987 – für den hier zu beurteilenden Bereich überschießender Richtlinienumsetzung – keine Auswirkung haben.**

7. Damit war die Revision zurückzuweisen.

11. EuGH C-383/18 Lexitor: keine richtlinienkonforme Auslegung von § 16 VKrG aF & neue Judikatur zu Verzugsfolgen

28.4.2022, 3 Ob 216/21t

Spruch

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass sie einschließlich der bestätigten und der in Rechtskraft erwachsenen Teile lauten:

„1. Die beklagte Partei ist schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt, und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln:

Klausel 1: 'Zahlungsverzug: Für ausbleibende Zahlungen verrechnen wir Ihnen zusätzlich zum jeweiligen Zinssatz 4,75 % p.a. Überziehungsprovision. Darüber hinaus können wir für von Ihnen verschuldete Schäden Ersatz fordern. Das gilt insbesondere für die Kosten außergerichtlicher Betreibungs- oder Einbringungsmaßnahmen. Voraussetzung: Die Kosten müssen zweckentsprechend sein und in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen.'

Klausel 2: 'Mit Beträgen, die auf das Kreditkonto eingezahlt werden, decken wir zuerst offene Beträge ab und danach die Raten entsprechend dem Tilgungsplan.'

Klausel 3: 'Diese Rücktrittsfrist beginnt mit dem Tag, an dem dieser Kreditvertrag abgeschlossen wurde.'

Klausel 5: 'Diese Rücktrittserklärung ist an die auf der ersten Seite dieser Finanzierungszusage unter ‚Ihr Ansprechpartner:' genannte Person mit dort bezeichneter Adresse/Telefonnummer/Faxnummer/E-Mail-Adresse zu richten.'

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln binnen drei Monaten zu unterlassen; sie ist ferner schuldig, es zu unterlassen, sich binnen drei Monaten auf die vorstehend genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen.

2. Die klagende Partei wird ermächtigt, den klagestattgebenden Teil des Urteilsspruchs im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal im redaktionellen Teil einer bundesweit erscheinenden Samstagsausgabe der 'Kronen-Zeitung' auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.

3. Hingegen wird das Begehren, die beklagte Partei sei schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt, und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klausel

'Bearbeitungsprovision: EUR 300,00 einmalig, unabhängig von der Laufzeit Ihrer Finanzierung. Das heißt für Sie, dass diese auch bei einer vorzeitigen Rückzahlung Ihrer Finanzierung nicht zurückerstattet wird.' (Klausel 4)

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen, sowie das Begehren, sie sei ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen, **abgewiesen**.

Rechtliche Beurteilung

Zu II.:

Der Kläger ist ein klageberechtigter Verein iSd § 29 KSchG.

Die Beklagte betreibt das Bankgeschäft und bietet ihre Leistungen unter anderem im gesamten Bundesgebiet an. Sie tritt in ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern iSd § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit diesen Verträge ab, denen sie ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder die Vertragsformblätter „Kreditvertrag", „Kreditzusage" oder „Europäische Standardinformationen" zu Grunde legt. Das bis November 2020 verwendete Formular „Kreditzusage" enthielt – soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse – auch **die aus dem Spruch ersichtlichen Klauseln Nr 1 und 4.** Die Klausel 1 ist ebenfalls in den von der Beklagten verwendeten Formularen „Kreditvertrag" und „Europäische Standardinformation für Kreditierungen nach dem Verbraucherkreditgesetz" enthalten.

Jedenfalls seit 1. 1. 2021 verwendet die Beklagte ein Formular „Kreditzusage", in dem die Klausel 4 nicht mehr enthalten ist. Die Beklagte beruft sich seit diesem Zeitpunkt auch gegenüber Kunden, die Kreditverträge zwischen dem 11. 9. 2019 und dem 31. 12. 2020 geschlossen haben, nicht mehr auf diese Klausel und zahlt denjenigen, die vor Laufzeitende die offene Kreditsumme zurückzahlen, einen Teil der Bearbeitungsprovision zurück. Gegenüber Kunden, die bis zum 11. 9. 2019 Kreditverträge abgeschlossen haben, beruft sich die Beklagte weiterhin auf die Klausel 4.

Der Kläger stellte mit seiner Verbandsklage das aus dem Spruch ersichtliche Unterlassungs- und Urteilsveröffentlichungsbegehren.

Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage und stellte ihrerseits – wie aus dem Spruch ersichtlich – ein Urteilsveröffentlichungsbegehren.

Die wechselseitigen Vorbringen werden – soweit für das Revisionsverfahren relevant – in der Folge im Zusammenhang mit den einzelnen Klauseln dargelegt.

Das Erstgericht gab – ausgehend von dem von ihm festgestellten, soweit für Revisionsverfahren relevant oben wiedergegebenen Sachverhalt – dem Unterlassungsbegehren hinsichtlich der Klauseln 1, 2, 4 und 5 sowie dem Urteilsveröffentlichungsbegehren des Klägers statt. Das Unterlassungsbegehren hinsichtlich der Klausel 3 und das Urteilsveröffentlichungsbegehren der Beklagten wurden abgewiesen. Das Erstgericht verurteilte die Beklagte in Anwendung des § 43 Abs 1 ZPO zum Kostenersatz.

Das Berufungsgericht änderte das Ersturteil dahin ab, dass es dem Unterlassungsbegehren auch hinsichtlich der Klausel 3 stattgab. Es verurteilte die Beklagte in Anwendung des § 41 ZPO, hinsichtlich des Berufungsverfahrens iVm § 50 ZPO, zum Kostenersatz.

Das Berufungsgericht bewertete den Entscheidungsgegenstand mit über 30.000 EUR und ließ die ordentliche Revision mit der Begründung zu, es handle sich um Klauseln einer Branche, welche regelmäßig für eine größere Anzahl von Kunden und damit Verbrauchern bestimmt und von Bedeutung seien.

Gegen das Berufungsurteil richtet sich die Revision der Beklagten mit dem Antrag, in Hinsicht auf die Klauseln 1 und 4 das Unterlassungsbegehren und in Hinsicht auf alle fünf Klauseln das Urteilsveröffentlichungsbegehren des Klägers abzuweisen und dem Urteilsveröffentlichungsbegehren der Beklagten in Hinsicht auf die Klauseln 1 und 4 stattzugeben. Als Revisionsgrund wird unrichtige rechtliche Beurteilung geltend gemacht.

Der Kläger beantragt in seiner Revisionsbeantwortung, die Revision zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

Die Revision ist zulässig, weil der Frage der Zulässigkeit einer richtlinienkonformen Interpretation im Fall, dass sich die Gesetzeslage nach einer Entscheidung des EuGH als richtlinienwidrig erweist, erhebliche Bedeutung zukommt.

Die Revision ist zum Teil auch berechtigt.

A. Zum Unterlassungsbegehren:

Zur Klausel 1:

Der Kläger begründete in seiner Klage die Unzulässigkeit der Klausel 1 unter anderem mit einer behaupteten Verletzung des § 1336 ABGB.

Die Beklagte bestritt, dass die Klausel 1 § 1336 ABGB verletze.

Das Erstgericht trat der Rechtsansicht des Klägers bei und verurteilte die Beklagte zur Unterlassung.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil. **Es vertrat zusammengefasst die Ansicht, die in Satz 1 der Klausel 1 vorgesehene „Überziehungsprovision" von zusätzlichen 4,75 % übersteige den dispositiven Verzugszinssatz von 4 %, weshalb eine Konventionalstrafe vorliege.** Da der zweite Satz der Klausel 1 der Beklagten erlaube, zusätzlich Schadenersatz zu fordern, aber keine Ausverhandlung dessen im Einzelfall vorliege, verletze Satz 2 § 1336 Abs 3 ABGB. Diese Rechtswidrigkeit führe zur Unzulässigkeit der Klausel 1 in ihrer Gesamtheit, weil ihre einzelnen Sätze keine eigenständigen Klauseln darstellten, demnach eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen und nach der Rechtsprechung im Verbandsklageverfahren eine geltungserhaltende Reduktion unzulässig sei.

Die Beklagte stellt in ihrer Revision zum einen in Abrede, dass die Klausel 1 eine einheitliche Klausel sei; sie beinhalte vielmehr mehrere Klauseln. Deshalb sei keine Gesamtbetrachtung der Klausel 1 zulässig. Die – bestrittene – Rechtswidrigkeit ihres Satzes 2 habe nicht die Unzulässigkeit der Klausel 1 in ihrer Gesamtheit zur Folge. Zum anderen wendet sich die Beklagte gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, Satz 1 der Klausel begründe eine Konventionalstrafe, weil die Überziehungsprovision von 4,75 % pa unüblich sei. **Der Kläger habe nicht einmal versucht, die Unüblichkeit unter Beweis zu stellen, das Beweisverfahren eine solche auch nicht ergeben. Außerdem sei nach § 1336 Abs 3 Satz 2 ABGB nicht erforderlich, die – vom Obersten Gerichtshof bei Unnüblichkeit als Konventionalstrafe qualifizierten – Verzugszinsen im Einzelnen auszuverhandeln, sondern wenn überhaupt nur den darüber hinausgehenden Schadenersatzanspruch.**

1. Maßgeblich für die Qualifikation einer Klausel als eigenständig iSd § 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 vielmehr darauf an, ob ein materiell eigenständiger Regelungsbereich vorliegt. Dies ist dann der Fall, wenn die Bestimmungen isoliert voneinander wahrgenommen werden können (RS0121187 [T1]). Die Annahme von zwei Regelungen setzt mit anderen Worten voraus, dass der Verbraucher erkennen kann, dass zwei unterschiedliche Fragen einer Vereinbarung unterworfen werden sollen (1 Ob 162/20k [Pkt 2.2.]). Jede der beiden Regelungen muss für sich allein verständlich sein und einen eigenen (anderen) Regelungsinhalt haben (10 Ob 70/07b [Klausel 2]; vgl auch RS0121187

[T11]: „gewisses Gewicht“ der sprachlichen Unselbstständigkeit; dazu eingehend Geroldinger, Klauselbegriff und „blue pencil test“ in der AGB-Rechtsprechung, ALJ 2015, 196 ff mzwN).

1.1. In der Entscheidung 6 Ob 120/15p hatte der Oberste Gerichtshof folgende Klausel (Nr 51) zu beurteilen:

> „Für ausbleibende Zahlungen werden für die jeweils überfälligen Forderungen zuzüglich zum jeweils zur Anwendung gelangenden Sollzinssatz sofort fällige Verzugszinsen von 5 % pa, welche kontokorrentmäßig angelastet werden, verrechnet. Der Kreditnehmer ist weiters verpflichtet, der BANK den aufgrund seines Verschuldens tatsächlich entstandenen Schaden zu ersetzen.“

Er entschied, dass die Klausel 51 die Folgen von „ausbleibenden Zahlungen“ des Kunden, also eines Zahlungsverzugs, regle, und deshalb eine gesonderte Beurteilung ihrer Sätze 1 und 2 unzulässig sei.

1.2. In der Entscheidung 6 Ob 24/20b hatte der Oberste Gerichtshof folgende Klausel (Nr 2) zu beurteilen:

> „Für den Zahlungsverzug hat [die Beklagte] Anspruch auf Verzugszinsen in Höhe von 5 %-Punkten über de[m] jeweils vertraglich vereinbarten Sollzinssatz. Des weiteren für jede Mahnung 18 EUR inkl USt an Mahnspesen.
>
> Bei Zahlungsverzug von mehr als 30 Tagen kann [die Beklagte] das Fahrzeug bis zur Zahlung ebenso sicherstellen wie bei Verletzung der Rückstellungsverpflichtung nach dem Vertragsende.
>
> [Die Beklagte] hat Anspruch auf Ersatz der gemäß § 1332 ABGB notwendigen Kosten, insbesondere jener Kosten, welche für die mit dem Objekteinzug beauftragten Personen anfallen. Dazu zählen auch außergerichtliche Kosten des Anwalts und Adressausforschungskosten. Für die mit dem Objekteinzug beauftragten Personen steht [der Beklagten] der ihr tatsächlich entstandene Aufwand, mindestens aber der Pauschalbetrag von 450 EUR inkl USt zu.“

Er entschied, Klausel 2 entspreche im Kern der in der Entscheidung 6 Ob 120/15p beurteilten Klausel (Nr 51), denn auch hier würden die Folgen des Zahlungsverzugs geregelt werden. Eine isolierte Betrachtung der einzelnen Sätze sei nicht möglich, weil die den Verbraucher im Fall des Zahlungsverzugs treffenden Folgen einer Gesamtbetrachtung zu unterziehen seien.

1.3. Nichts anderes kann bei der Beurteilung der hier in Frage stehenden Klausel 1 gelten. Auch sie entspricht im Kern den der Klausel 2 in 6 Ob 24/20b sowie der Klausel 51 in 6 Ob 120/15p, auch hier werden Folgen eines Zahlungsverzugs geregelt. Vor allem aber sind die Sätze 2 bis 4 nicht für sich allein verständlich, da ihr Beginn jeweils an den vorstehenden Satz anknüpft („Darüber hinaus …“; „Dies gilt insbesondere …“; „Voraussetzung: …“).

Der Oberste Gerichtshof teilt daher die Ansicht des Berufungsgerichts, dass die Klausel 1 einer Gesamtbetrachtung zu unterziehen ist.

2. Nach der Rechtsprechung wird der Vereinbarung von Verzugszinsen mit einem die üblichen Zinsen erheblich übersteigenden Zinssatz der Charakter einer Vertragsstrafe zuerkannt (1 Ob 124/18v [Klausel 17]; 3 Ob 46/19i [Pkt 2.4.1.]; 6 Ob 24/20b [Pkt 2.2.2.] ua). **Dies ist bereits dann der Fall, wenn Zinsen vereinbart werden, die über dem dispositiven Zinssatz liegen (6 Ob 120/15p [Pkt 3.19]).** Der dispositive Verzugszinssatz beträgt 4 % (§ 1333 Abs 1 iVm § 1000 Abs

1 ABGB), sodass der hier vorliegenden Vereinbarung einer „Überziehungsprovision“ von 4,75 % pa (zusätzlich zum jeweiligen Zinssatz) für ausbleibende Zahlungen Pönalcharakter zukommt. Damit muss aber im Hinblick auf § 1336 Abs 3 Satz 2 ABGB der Ersatz von weiteren Schäden (neben der Vertragsstrafe) – wie bereits in den zitierten Entscheidungen mehrfach ausgeführt – in Verbraucherverträgen im Einzelnen ausgehandelt werden. Dies ist im vorliegenden Fall nicht geschehen. Die Klausel ist damit rechtswidrig.

Zur Klausel 4:

Der Kläger begründete in erster Instanz die Unzulässigkeit der Klausel 4 damit, dass sie Art 16 Abs 1 Verbraucherkredit-Richtlinie (2008/48/EG; in der Folge: VKrRL) widerspreche. Danach habe der Verbraucher bei vorzeitiger Rückzahlung das Recht auf eine Ermäßigung der Gesamtkosten des Kredits, die sich nach den Zinsen und den Kosten für die verbleibende Laufzeit des Vertrags richte. Nach der Rechtsprechung des EuGH seien sämtliche dem Verbraucher auferlegte Kosten, sowohl die laufzeitabhängigen als auch die laufzeitunabhängigen, zu ermäßigen. § 16 Abs 1 VKrG idF vor der Novelle BGBl I 2021/1 sei richtlinienkonform so auszulegen, dass sowohl die laufzeitabhängigen als auch laufzeitunabhängigen Kosten entsprechend zu reduzieren seien. **Der Entfall des Wortes „laufzeitabhängige“ durch die Novelle habe lediglich der Klarstellung gedient. Die Klausel 4 verstoße sowohl gegen die alte als auch neue Fassung des § 16 Abs 1 VKrG.** Die Klausel sei auch gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, weil durch sie der wirtschaftliche Wert des Rechts auf vorzeitige Rückzahlung ausgehöhlt werde.

(…)

Die Parteien halten im Revisionsverfahren ihre in den Vorinstanzen vertretenen Rechtsstandpunkte – unter eingehender Darlegung der zu § 16 Abs 1 VKrG vorliegenden Literatur sowie des Meinungsstreits über die Maßgeblichkeit eines Gesamtumsetzungswillens des Gesetzgebers für die Annahme einer Gesetzeslücke als Voraussetzung einer den Gesetzeswortlaut übersteigenden richtlinienkonformen Interpretation im Wege der Analogie – im Wesentlichen aufrecht.

1.1. **§ 16 Abs 1 aF VKrG** lautete (BGBl I 2010/28 [Darlehens- und Kreditrechts-Änderungsgesetz – DaKRÄG]; die Novellierung des § 16 durch BGBl I 2015/135 betraf lediglich Abs 4 [Hervorhebung durch den Senat]):

„Der Kreditnehmer hat das jederzeit ausübbare Recht, den Kreditbetrag vor Ablauf der bedungenen Zeit zum Teil oder zur Gänze zurückzuzahlen. Die vorzeitige Rückzahlung des gesamten Kreditbetrags samt Zinsen gilt als Kündigung des Kreditvertrags. Die vom Kreditnehmer zu zahlenden Zinsen verringern sich bei vorzeitiger Kreditrückzahlung entsprechend dem dadurch verminderten Außenstand und gegebenenfalls entsprechend der dadurch verkürzten Vertragsdauer; laufzeitabhängige Kosten verringern sich verhältnismäßig.“

1.2. Die ErläutRV zum DaKRÄG (650 BlgNR 24. GP 28) führten zum – hier interessierenden – letzten Satz des Abs 1 aus (Hervorhebungen im Original):

„Der dritte Satz des Abs. 1 ist der Frage gewidmet, welchen Einfluss die vorzeitige Kreditrückführung auf die Höhe der den Kreditnehmer noch treffenden Zahlungspflichten hat: Durch die vorzeitige Kreditrückzahlung ermäßigt sich die Höhe der vom Kreditnehmer zu entrichtenden Zinsen, weil auf Grund dieses Vorgangs das auf den dadurch abgeschnittenen Teil der ursprünglich vorgesehenen Vertragsdauer bzw. – bei vorzeitiger Teilrückzahlung – auf den dadurch vorzeitig getilgten Teil des Außenstandes entfallende Entgelt seine Grundlage verliert und deshalb in Abzug zu bringen ist. Gleiches gilt im Fall einer durch die vorzeitige Rückzahlung

verkürzten Vertragsdauer für die vom Kreditnehmer zu zahlenden laufzeitabhängigen Kosten. Mit diesen Anordnungen soll eine gegenüber der korrespondierenden Bestimmung in der Verbraucherkreditrichtlinie (Artikel 16 Abs. 1 zweiter Satz) exaktere (nämlich auch auf die bloße Teilrückzahlung Bezug nehmende) und gegenüber den vergleichbaren Gesetzesbestimmungen zur früheren Richtlinienumsetzung (§ 12a Abs. 1 KSchG, § 33 Abs. 8 BWG) verständlichere (weil den bankrechtsspezifischen Begriff „kontokorrentmäßige Abrechnung“ vermeidende) Regelung getroffen werden.“

2.1. Der Oberste Gerichtshof judizierte vor der Entscheidung des EuGH vom 11. 9. 2019, C-383/18, Lexitor, (siehe zu ihr sogleich), aus einem Umkehrschluss aus § 16 Abs 1 VKrG ergebe sich, dass laufzeitunabhängige Entgelte bei vorzeitiger Tilgung nicht aliquot zu reduzieren sind (6 Ob 13/16d [Pkt 6.2.]; 10 Ob 31/16f [Pkt 5.6.2.a]; iglS zur Vorgängerbestimmung des § 33 Abs 8 aF BWG jüngst 5 Ob 118/21w [Rz 13]: „eindeutigen Willens des nationalen Gesetzgebers“).

2.2. Auch in der Literatur wurde die Formulierung des § 16 Abs 1 aF VKrG ganz überwiegend – 5 Ob 66/21y [Rz 30] spricht sogar von einer „völlig herrschenden Auffassung der österreichischen Lehre“ – als eindeutig betrachtet und ohne weiteres e contrario auf die Nichtreduzierbarkeit laufzeitunabhängiger Kosten bei vorzeitiger Kreditrückzahlung geschlossen (zB Stabentheiner, Das Verbraucherkreditgesetz, ÖJZ 2010/69 [647]; Pendl, Gesamtkostenermäßigung bei vorzeitiger Kreditrückzahlung gemäß § 16 VKrG, ÖBA 2015, 899 [900]; ders in Schwimann/Kodek, ABGB4 Va [2015] § 16 VKrG Rz 10; Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang3 [2016] § 16 VKrG Rz 18; Schoditsch, Einmalige Bearbeitungsgebühr und vorzeitige Kreditrückzahlung (§ 16 VKrG) – Zugleich eine Besprechung von 6 Ob 13/16d, VbR 2016/67 [102]).

Der Gefahr, dass der Kreditgeber die Rückforderbarkeit laufzeitabhängiger Kosten umgehe, indem er möglichst hohe und möglichst bald zu zahlende „laufzeitunabhängige Kosten“ veranschlage, sei durch eine objektive Betrachtungsweise zu begegnen. Kosten mit der Funktion eines Entgelts für die laufzeitabhängige Kapitalnutzung seien im Zuge der Berechnung der Gesamtkostenermäßigung verhältnismäßig auf die Laufzeit zu verteilen und entsprechend zu reduzieren (Wendehorst in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht [2010] § 16 Rz 13 ff; Pendl, ÖBA 2015, 901; Schoditsch, VbR 2016, 101 f).

Die Richtigkeit des Umkehrschlusses wurde in der Literatur vor der Entscheidung des EuGH in der Rs Lexitor nur vereinzelt in Abrede gestellt. Zum einen wurde diese mit der – freilich auch von der herrschenden Auffassung erkannten und von ihr mit einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise gelösten – Problematik, der Kreditgeber könnte durch eine Vielzahl an laufzeitunabhängigen Gebührenpositionen wirtschaftliche Nachteile im Fall der vorzeitigen Rückzahlung des Kredits auf den Verbraucher überwälzen, begründet (Reichholf-Kogler/Reichholf, Kreditbearbeitungsgebühr – Kontrollfreie Hauptleistung? Eine kritische Analyse der E 6 Ob 13/16d, VbR 2016/92 [137]). Zum anderen wurde dem aus dem Umkehrschluss erzielten Ergebnis schlicht entgegengehalten, aus Art 16 Abs 1 VKrRL ergebe sich das Recht der Verbraucher bei vorzeitiger Rückzahlung „auf Ermäßigung der Gesamtkosten des Kredits“, und die Ansicht vertreten, dass § 16 Abs 1 aF VKrG „in diesem Sinne“ europarechtskonform auszulegen sei (Amann/Maier, Zur (Un-)Zulässigkeit laufzeitunabhängiger Bearbeitungsentgelte in Verbraucherkreditverträgen, ÖJZ 2016/145 [1059 f]).

3. **In der Rs C-383/18, Lexitor, sprach der EuGH aus (Rn 36), Art 16 Abs 1 VKrRL sei dahin auszulegen, dass das Recht des Verbrauchers auf die Ermäßigung der Gesamtkosten des Kredits bei vorzeitiger Kreditrückzahlung sämtliche dem Verbraucher auferlegte Kosten**

umfasse. Der EuGH konzedierte, dass sich anhand der vergleichenden Prüfung der verschiedenen Sprachfassungen von Art 16 Abs 1 VKrRL der genaue Umfang der darin vorgesehenen Ermäßigung der Gesamtkosten des Kredits nicht bestimmen lasse (Rn 25). Das Ziel der Richtlinie sei es, einen hohen Schutz des Verbrauchers zu gewährleisten (Rn 29), wobei die Wirksamkeit des Rechts des Verbrauchers auf Ermäßigung der Gesamtkosten des Kredits beeinträchtigt wäre, wenn sich die Ermäßigung des Kredits auf die Berücksichtigung der Kosten beschränken könnte, die vom Kreditgeber als von der Vertragslaufzeit abhängig ausgewiesen wurden (Rn 31). Dies könnte die Gefahr mit sich bringen, dass dem Verbraucher zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kreditvertrags höhere einmalige Zahlungen auferlegt werden (Rn 32). **Die Einbeziehung der Kosten, die nicht von der Vertragslaufzeit abhängig seien, in die Ermäßigung der Gesamtkosten beeinträchtige den Kreditgeber nicht in unangemessener Weise, weil Art 16 Abs 2 VKrRL sein Recht auf Entschädigung für gegebenenfalls unmittelbar mit der vorzeitigen Rückzahlung des Kredits zusammenhängende Kosten vorsehe (Rn 34)**.

4.1. **Aufgrund dieser EuGH-Entscheidung entschied sich der Gesetzgeber zu einer Novellierung des § 16 Abs 1 letzter Satz VKrG, mit der – im Ergebnis – das Wort „laufzeitunabhängige“ in Satz 3 HS 2 entfiel (Art 1 Z 5 des Gesetzes BGBl I 2021/1)**.

4.2. Gemäß § 29 Abs 12 VKrG trat § 16 idF BGBl I 2021/1 mit 1. 1. 2021 in Kraft und ist auf Kreditverträge und Kreditierungen anzuwenden, die nach dem 11. 9. 2019 geschlossen beziehungsweise gewährt werden, sofern die vorzeitige Rückzahlung nach dem 31. 12. 2020 geleistet wird. Die in § 29 Abs 12 VKrG statuierte Beschränkung der Rückwirkung der neuen Fassung des § 16 Abs 1 VKrG auf bestimmte Altfälle ist nicht verfassungswidrig (VfGH G 221/2021).

5. Nach den Feststellungen verwendet die Beklagte seit 1. 1. 2021 ein Formular, in welchem die Klausel 4 nicht mehr vorhanden ist; sie kann damit beim Neuabschluss von Verträgen die erst seit 1. 1. 2021 geltende Vorschrift des § 16 Abs 1 Satz 3 HS 2 VKrG nF nicht verletzen. **Hinsichtlich zwischen 11. 9. 2019 und 31. 12. 2020 geschlossener Verträge beruft sie sich nach den Feststellungen seit 1. 1. 2021 gegenüber den Kunden nicht mehr auf die Klausel 4 oder sinngleiche Klauseln und zahlt diesen, wenn sie vor Laufzeitende die offene Kreditsumme zurückzahlen, einen Teil der Bearbeitungsprovision zurück. Soweit § 16 Abs 1 VKrG idgF anzuwenden ist, ist somit eine Verletzung der Vorschrift durch die Beklagte nicht ersichtlich.**

Es verbleibt zu klären, ob der feststehende Abschluss von Verträgen unter Verwendung der Klausel 4 vor dem 1. 1. 2021 durch die Beklagte und die feststehende Berufung der Beklagten auf die Klausel 4 gegenüber den Kunden, die bis 11. 9. 2019 Kreditverträge abgeschlossen haben, eine Verletzung von § 16 Abs 1 aF VKrG darstellen:

6. Voranzustellen ist, dass für die Auslegung von § 16 Abs 1 aF VKrG aus dem Gesetz BGBl I 2021/1 nichts zu gewinnen ist. Eine authentische Interpretation iSd § 8 ABGB erfolgte durch die Novelle nicht. In den ErläutRV zur Novelle (478 BlgNR 27. GP 1) wurde ausdrücklich angemerkt, dass die Neuregelung auf die Auslegung der bisherigen Rechtslage keinen Einfluss nehme (P. Bydlinski, Die Auslegung des § 16 Abs 1 aF VKrG im Lichte der EuGH-Entscheidung Lexitor, ZFR 2021/87 [213]).

7. Eine unmittelbare Wirkung der fraglichen Richtlinienbestimmung im Anlassfall scheidet aus, weil es sich um ein horizontales Rechtsverhältnis zwischen Privaten handelt (EuGH C-351/12, OSA Rn 43, 48). Nach der Rechtsprechung des EuGH gestattet die Bestimmung einer Richtlinie, selbst wenn sie klar, genau und unbedingt ist, es dem nationalen Gericht nicht, eine ihr

entgegenstehende Bestimmung seines innerstaatlichen Rechts „auszuschließen“ (unangewendet zu lassen), wenn aufgrund dessen einer Privatperson eine zusätzliche Verpflichtung auferlegt würde (EuGH C-261/20, Thelen [Rn 32] mit Glossen von Balthasar-Wach/Lanser in ecolex 2022, 192 und Brenn in EvBl 2022 [in Druck]).

8. Es stellt sich somit die – in der Literatur uneinheitlich beantwortete (Auflistung des Meinungsstandes bei Pendl in Schwimann/Kodek, ABGB5 IX [2022] § 16 VKrG Rz 9c FN 46) – Frage der Zulässigkeit einer richtlinienkonformen Interpretation von § 16 Abs 1 aF VKrG nach den Grundsätzen der Entscheidung Lexitor:

9. **Ein richtlinienkonformes Ergebnis wird zum einen dadurch zu erreichen versucht, dass man laufzeitunabhängige Kosten als „Zinsen“ iSd § 16 Abs 1 Satz 3 1. HS aF VKrG qualifiziert (dafür Kriegner, Reduktion laufzeitunabhängiger Kosten bei vorzeitiger Kreditrückzahlung contra legem?, ÖBA 2020, 180 [182])**.

Dieser Auslegung vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Die ErläutRV zum DaKRÄG (650 BlgNR 24. GP 36) führten – worauf Pendl (Das Lexitor-Urteil des EuGH und der Wille des österreichischen Gesetzgebers, ÖBA 2021, 331 [332]) aufmerksam machte – zwar nicht unmittelbar zu § 16 Abs 1 aF VKrG, aber immerhin zu der auf diese Vorschrift verweisenden Bestimmung des § 26 Abs 4 VKrG folgendes aus (Hervorhebungen vom Senat):

„Bei einem Leasingvertrag mit Verpflichtung des Verbrauchers zum Objekterwerb gilt der dem Verbraucher jederzeit zustehende vorzeitige Erwerb der Sache als vorzeitige Rückzahlung im Sinn des § 16 VKrG (§ 26 Abs. 4). Wenn der Verbraucher von dieser Gestaltungsmöglichkeit Gebrauch macht, kommt es zu einer Verminderung seiner Zahlungspflicht um die dem „abgeschnittenen“ Vertragszeitraum entsprechende Zinsenkomponente und um die darauf entfallenden laufzeitabhängigen Kosten. […] Der Verbraucher soll sich eine Vorstellung darüber machen können, welche Kostenkomponenten von ihm trotz der verkürzten Vertragsdauer zur Gänze und welche von ihm nur anteilig zu tragen sind und welche allenfalls vollständig entfallen. Daher ist ihm eine detaillierte Aufklärung darüber zu geben, welche Kosten laufzeitunabhängig anfallen und welche nicht. Ein Beispiel für laufzeitunabhängige Kosten wären etwa die durch den Vertragsabschluss angefallenen Rechtsgeschäftsgebühren (soweit diese vom Unternehmer entrichtet werden) oder allfällige Kosten einer Bonitätsprüfung.“

Aus den Materialien geht somit unmittelbar hervor, dass nach § 16 Abs 1 aF VKrG laufzeitunabhängige Kosten Kostenkomponenten sind, die vom Verbraucher trotz der verkürzten Vertragsdauer zur Gänze zu tragen sind. Ebensolches ließ sich im Übrigen bereits den Gesetzesmaterialien zur Vorläuferbestimmung des § 12a Abs 1 KSchG entnehmen (JAB 992 BlgNR 18. GP 2).

Es war damit klare Absicht des Gesetzgebers, aus der Bestimmung des § 16 Abs 1 Satz 3 HS 2 aF VKrG, wonach sich die laufzeitabhängigen Kosten bei vorzeitiger Rückzahlung verhältnismäßig verringern, in Bezug auf laufzeitunabhängige Kosten einen Umkehrschluss zu ziehen und für diese eine „verhältnismäßige Verringerung“ gänzlich auszuschließen. Eine Subsumtion unter „Zinsen“ in Satz 3 1. HS (und Satz 2) leg cit ist daher ausgeschlossen.

10. **Ein richtlinienkonformes Ergebnis wird von Autoren zum anderen dadurch zu erreichen versucht, dass eine Gesetzeslücke angenommen und diese sodann „richtlinienkonform“ geschlossen wird.**

10.1. Die Regelungslücke wird zum einen schlicht damit begründet, der Gesetzgeber habe nur die Reduktion laufzeitabhängiger Kosten geregelt, laufzeitunabhängige aber planwidrig nicht (zB Kriegner ÖBA 2020, 182), oder damit, dass aus den Gesetzesmaterialien nicht der Wille des Gesetzgebers hervorgehe, laufzeitunabhängige Kosten von der Kürzung auszunehmen (so – jedoch nur unter Beachtung der unmittelbar zu § 16 Abs 1 aF ergangenen, nicht zu den oben wiedergegeben, zu § 26 VKrG ergangenen ErläutRV – Schoditsch, Rückzahlungsverpflichtung nach § 16 Abs 1 VKrG auch für Einmalzahlungen, VbR 2019, 234; Beham, Richtlinienkonforme Auslegung und nationaler Auslegungsprotektionismus: Vermeidungsstrategien in der Umsetzung des Lexitor-Urteils in der Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes/Hypothekar- und Immobilienkreditgesetzes, ZFR 2021/45 [118 f]; ders, Aktuelle Rechtsprechung zur Anwendung des Lexitor-Urteils, VbR 2021, 51 [54]).

Diese Ansichten vermag der Senat nicht zu teilen.

Analogie setzt eine Rechtslücke voraus, dies ist eine planwidrige Unvollständigkeit innerhalb des positiven Rechts (RS0008866 [T11]). Wie bereits oben ausgeführt, geht aus den Gesetzesmaterialien klar die Absicht des Gesetzgebers hervor, aus der Bestimmung des § 16 Abs 1 Satz 3 HS 2 aF VKrG in Bezug auf laufzeitunabhängige Kosten einen Umkehrschluss zu ziehen, nämlich anders als bei laufzeitabhängigen Kosten bei diesen keine Rückzahlung im Fall vorzeitiger Kreditrückzahlung vorzusehen. Eine planwidrige Lücke lag – jedenfalls bis zur Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Lexitor – nicht vor.

10.2. Das Vorliegen einer Lücke wird zum anderen damit zu begründen versucht, dass der Gesetzgeber des DaKRÄG den Willen gehabt habe, die Verbraucherkredit-Richtlinie 2008/48/EG in das österreichische Recht umzusetzen (vgl nur 650 BlgNR 24. GP 1), er aber über den Inhalt des Art 16 Abs 1 der Richtlinie geirrt habe, zumal der EuGH in der Rechtssache Lexitor diese Bestimmung dahin auslegte, dass es bei vorzeitiger Kreditrückzahlung auch zu einer Verringerung der laufzeitunabhängigen Kosten zu kommen hat. **Es ließe sich nicht bestreiten, dass die unbewusst fehlerhafte Richtlinienumsetzung gemessen am gesetzgeberischen Plan ein nicht gewolltes Manko sei; damit führe sie aber zu einer Regelungslücke (so etwa Perner, Laufzeitunabhängige Kosten bei vorzeitiger Kreditrückzahlung – Zugleich ein Beitrag zur richtlinienkonformen Interpretation, ÖBA 2021, 844 [846])**.

Genannter Autor plädierte bereits rund zehn Jahre davor allgemein dafür, in einem Fall wie dem nunmehr hier vorliegenden die „Richtlinie als Maßstab der Lückenfeststellung anzusehen“ und dem „generellen Umsetzungswillen“ den Vorrang vor der „konkreten Regelungsabsicht“ einzuräumen. Die konkrete Regelungsabsicht könne nur der Auffüllung der Lücke, nicht aber ihrer Annahme entgegenstehen (Perner, EU-Richtlinien und Privatrecht [2012] 104 mwN; iglS nunmehr konkret zu § 16 Abs 1 aF VKrG ders, ÖBA 2021, 847 f).

Im Anschluss an Perner vertrat der 4. Senat des Obersten Gerichtshofs in 4 Ob 62/16w (Pkt 3.) in einem UrhG-Fall die Ansicht, es könne unter Bedachtnahme auf das Umsetzungsgebot des Art 288 AEUV eine planwidrige Lücke angenommen werden, wenn der Gesetzgeber, was ihm grundsätzlich zu unterstellen sei, eine Richtlinie umsetzen wollte, er aber über deren Inhalt geirrt habe; im Ergebnis müsse die konkrete Regelungsabsicht hinter dem generellen Umsetzungswillen zurückstehen.

Das Abstellen auf einen generellen Umsetzungswillen stieß in der Literatur auf scharfe Kritik:

a) P. Bydlinski (Richtlinienkonforme „gesetzesübersteigende“ Rechtsfindung und ihre Grenzen – eine methodische Vergewisserung anlässlich 20 Jahre EU-Mitgliedschaft, JBl 2015, 2 [insb 7 f]; ders, Richtlinienkonforme Rechtsfindung: Der OGH [4 Ob 62/16w], die Lex-lata-Grenze und die Kernfunktion von Gesetzesrecht, RZ 2019, 30 ff) spricht von einem „Totschlagargument 'Generalumsetzungswille'“, welches aber nicht überzeuge. Erkläre der Gesetzgeber im Allgemeinen Teil der Erläuterungen zu einer Neuregelung, die Novelle diene unter anderem der Umsetzung einer bestimmten europäischen Richtlinie, um dann später die neuen Bestimmungen im Detail zu erklären, so sage der Gesetzgeber in der Sache, dass die einzelnen Umsetzungsschritte, also die neuen Einzelvorschriften, seiner Meinung nach der Richtlinie entsprächen. Der Gesetzgeber wolle aber genau diese Einzelnormen Gesetz werden lassen, wobei er sich eben im unter Umständen falschen Glauben befinde, europarechtskonform umzusetzen. Das Absolutsetzen eines Umsetzungsgeneralwillens würde die materielle Regelungsentscheidung des nationalen Gesetzgebers obsolet machen. Überdies dürften Motive des Gesetzgebers keinen Vorrang vor der maßgebenden Regelungsentscheidung erhalten. Der Gesetzgeber habe anders als in den klassischen Lückenfällen nichts übersehen, da ihm die Pflicht zu korrekter Umsetzung voll bewusst gewesen sei. Er habe bloß die EU-Vorgaben nicht voll getroffen. Warum ein solcher Irrtum dazu führen könnte oder gar sollte, dass das in einer Einzelregelung bewusst und gewollt Festgelegte ohne neuerlichen Gesetzgebungsakt deutlich anders zu verstehen oder womöglich gar als gänzlich unbeachtlich zu behandeln sei, sei nicht zu erkennen; dies ganz abgesehen von der Notwendigkeit, das Vertrauen jener zu schützen, die ihr Verhalten an einer klaren nationalen Regelung ausrichteten (JBl 2015, 8).

Die Ansicht des 4. Senats in 4 Ob 62/16w führe im Ergebnis zu einer nahezu grenzenlosen Rechtsfindung. Dass die konkrete Regelungsabsicht hinter dem generellen Umsetzungswillen zurückzustehen habe, bedeute bei praxisnaher Betrachtung nichts anderes als die nahezu generelle Ablehnung richtlinienwidriger Regelungen. Es komme zur Einebnung der Unterschiede zwischen Verordnung und Richtlinie. Es würde nahezu jede Richtlinienvorschrift mit Ablauf der Umsetzungsfrist zumindest im Ergebnis vollständig in den Rechtsordnungen aller Mitgliedstaaten der EU wirken. Natürlich sei aber auch eine vom Gesetzgeber aufgrund irgendwelcher Irrtümer geschaffene Regelung Bestandteil des geltenden Rechts, und zwar mit dem Inhalt, den der Gesetzgeber dieser Norm in ihrem Wortlaut ausweislich der Materialien gegeben habe und geben habe wollen. Ansonsten könnte es ja auch keine verfassungswidrigen Bestimmungen geben, da kein Gesetzgeber bewusst gegen die Verfassung verstoße, also auch keine verfassungswidrigen Regelungen mehr, weil man der Norm ohne Rücksicht auf Text und Regelungswillen einfach einen verfassungskonformen Inhalt beilegte. Eine irrtumsbehaftete Entscheidung des Gesetzgebers sei im Regelfall zunächst wirksam. Erst nach deren formaler Beseitigung sehe es anders aus. Es liege – auch zumal es zentrale Aufgabe von Gesetzesrecht sei, den Rechtsunterworfenen Orientierung für ihr Handeln zu geben – am Gesetzgeber, die nunmehr erkannte Richtlinienwidrigkeit zu sanieren (RZ 2019, 30 ff).

b) Nach Ramharter (Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung: Rechtsprechung oder Rechtsbrechung?, VbR 2017, 8 [10]) verhinderten bei unbeabsichtigter Schaffung einer unionsrechtswidrigen Regelung durch den Gesetzgeber die Postulate der Rechtssicherheit und der Transparenz, den konkreten Regelungswillen einem allgemeinen unionsrechtskonformen Umsetzungswillen zu opfern. Mangels einer europarechtlichen Notwendigkeit, einen solchen gesetzgeberischen Willen zu fingieren, könne es jedenfalls bei eindeutiger nationaler Rechtslage dem einfachen Rechtsunterworfenen nicht zugemutet werden, stets eine Prüfung anzustellen, ob

die Rechtslage, auf die er sich einstellt, bloßem Richtlinienrecht, das sich zunächst einmal lediglich an die Mitgliedstaaten richte, widerspreche. Im Extremfall geriete das nationale Gesetzesrecht andernfalls zu einer Art dynamischer Verweisung auf die Rechtsprechung des EuGH und damit zum bloßen Blankett.

c) Nach Posch (in Schwimann/Kodek, ABGB5 I [2018] § 6 Rz 38 samt FN 142) sei der 4. Senat in der Frage, wo die Grenzen der richtlinienkonformen Interpretation zu ziehen seien, in erstaunlich lapidarer Formulierung zu einem mit Sicherheit nicht allseits befriedigenden Ergebnis gelangt. Der Oberste Gerichtshof habe sich hier auf Perner berufen und die scharfe Kritik P. Bydlinskis in JBl 2015, 8 am „Totschlagargument 'Generalumsetzungswille'" ignoriert.

Der Senat hat erwogen:

Hinsichtlich der Verpflichtung zur richtlinienkonformen Interpretation verweist der EuGH auf den Methodenkatalog des nationalen Rechts (EuGH C-397/01, Pfeiffer; C-212/04, Adeneler) und verlangt, das nationale Recht „so weit wie möglich" anhand Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszulegen (EuGH C-261/20, Thelen Rn 26 f). Die Pflicht zur richtlinienkonformen Interpretation reicht somit grundsätzlich bis zur Grenze der äußersten Wortlautschranke, erstreckt sich aber zudem auf die nach dem innerstaatlichen interpretativen Methodenkatalog zulässige Rechtsfortbildung durch Analogie oder teleologische Reduktion im Fall einer planwidrigen Umsetzungslücke (8 ObA 47/16v [Pkt 2.3.] mwN). Eine „interprétation conforme" der geltenden nationalen Rechtsvorschriften ist aber unzulässig, wenn diese zu einer Auslegung contra legem führen würde. Ebenso darf es nicht über diesen Umweg zu einer – sonst unzulässigen – unmittelbaren Wirkung von Richtlinienbestimmungen im horizontalen Verhältnis kommen (4 Ob 124/18s [Pkt 7.3.]; 9 ObA 11/19m [Pkt 4.]; EuGH C-261/20, Thelen Rn 28).

Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs darf eine richtlinienkonforme Interpretation den normativen Gehalt der nationalen Regelung nicht grundlegend neu bestimmen (RS0114158 [T1]). Sie darf einer nach Wortlaut und Sinn eindeutigen nationalen Regelung keinen durch die nationalen Auslegungsregeln nicht erzielbaren abweichenden oder gar entgegengesetzten Sinn geben (RS0114158 [T7]; 8 ObA 63/20b [Pkt 8]). Sie kommt allein dann zur Anwendung, wenn das nationale Recht dem Rechtsanwender einen Spielraum einräumt (RS0114158 [T5]).

Einen solchen Spielraum eröffnet der bloße Verweis im Allgemeinen Teil der Erläuterungen eines Umsetzungsgesetzes, dieses diene der Umsetzung einer Richtlinie (sogenannter genereller Umsetzungswille), nicht. Ansonsten wäre bei jeder irrigen Umsetzung einer Richtlinie durch den Gesetzgeber bei noch so klarem Gesetzeswortlaut und noch so klaren, für den Gesetzeswortlaut sprechenden Gesetzesmaterialien sowie noch so klarem mit der Gesetzesbestimmung verfolgten Zweck grundsätzlich immer eine richtlinienkonforme Interpretation möglich. Solches widerspräche aber der ständigen Rechtsprechung, dass es – schon aus Gründen der Rechtssicherheit – unzulässig ist, im Wege einer richtlinienkonformen Interpretation den normativen Gehalt der nationalen Regelung grundlegend neu zu bestimmen (RS0114158; jüngst 7 Ob 241/18v [Pkt 3.2.]). **Die allgemein bei fehlerhafter Richtlinienumsetzung eine Lücke bereits aufgrund des generellen Umsetzungswillens bejahende und insofern bislang vereinzelt gebliebene Entscheidung 4 Ob 62/16w wird daher abgelehnt.**

Normativer Gehalt des § 16 Abs 1 aF VKrG war nach einhelliger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs und ganz überwiegender Literatur, dass sich laufzeitunabhängige Kosten bei vorzeitiger Kreditrückzahlung aufgrund eines Umkehrschlusses aus der Bestimmung nicht

reduzieren. Diese völlig klare nationale Gesetzeslage kann nicht allein deshalb, weil – wie aus dem Allgemeinen Teil der Gesetzesmaterialien zum VKrG ersichtlich – mit dem VKrG die Richtlinie 2008/48/EG umgesetzt werden soll und nach der nunmehrigen Rechtsprechung des EuGH die Richtlinie eine Reduktion auch der laufzeitunabhängigen Kosten gebietet, als „lückenhaft" betrachtet werden. Die Gesetzeslage (§ 16 Abs 1 aF VKrG) ist aufgrund der bewussten Entscheidung des Gesetzgebers, die laufzeitunabhängigen Kosten bei vorzeitiger Kreditrückzahlung nicht zu reduzieren, nicht lückenhaft. Folglich ist eine Rechtsfortbildung durch Analogie ausgeschlossen.

Weil demnach § 16 Abs 1 aF VKrG – auch nach der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Lexitor – dahin auszulegen ist, dass laufzeitunabhängige Kosten bei vorzeitiger Kreditrückzahlung nicht zu reduzieren sind, ist eine Verletzung der Gesetzesbestimmung durch die Klausel 4 zu verneinen.

11. Die Klausel ist entgegen der Ansicht des Erstgerichts auch nicht gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB:

Nach dieser Vorschrift ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Teil gröblich benachteiligt.

Der Oberste Gerichtshof hat in zwei Entscheidungen jedenfalls eine – wie hier – der Höhe nach bereits festgelegte Kreditbearbeitungsgebühr als Teil des Entgelts für die Kapitalüberlassung und damit als Hauptleistung qualifiziert (6 Ob 13/16d [Pkt 4.3 f]; 10 Ob 31/16f [Pkt 5.6.1 f]). Der Senat hat keinen Grund, dies für die hier zu beurteilende Klausel 4 anders zu sehen.

Aber auch bei einer Prüfung der Klausel 4 nach § 879 Abs 3 ABGB wäre dem Kläger nicht geholfen. Die Prüfung gröblicher Benachteiligung im Sinne der Vorschrift orientiert sich am dispositiven Recht als Maßstab eines gerechten Interessenausgleichs zwischen den Parteien (3 Ob 143/18b [Pkt 3.2.] mwN). Soweit die Beklagte mit Verbrauchern die Klausel 4 vereinbarte und sich wie festgestellt auf diese beruft, ist – wie bereits dargelegt – aufgrund der Inkrafttretens- und Übergangsbestimmung des § 29 Abs 12 VKrG allein § 16 Abs 1 aF VKrG beachtlich, aus dem sich – wie ebenso bereits dargelegt – e contrario ergibt, dass sich die laufzeitunabhängigen Kosten bei vorzeitiger Kreditrückzahlung durch den Kunden nicht reduzieren. Wenn die Klausel bestimmt, dass die Bearbeitungsprovision unabhängig von der Laufzeit der Finanzierung auch bei einer vorzeitigen Rückzahlung der Finanzierung nicht zurückerstattet wird, so entspricht sie also dem dispositiven Recht. Mangels Abweichung vom dispositiven Recht ist die Klausel 4 nicht gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB (vgl RS0016914; 7 Ob 272/04g).

12. Weil es dem Kläger nicht gelang eine Verletzung weder der neuen noch der alten Fassung des § 16 Abs 1 VKrG durch die Beklagte noch eine Verletzung des § 879 Abs 3 ABGB unter Beweis zu stellen, ist die Unterlassungsklage in Hinsicht auf die Klausel 4 abzuweisen.

B. Zum Urteilsveröffentlichungsbegehren des Klägers:

Die Beklagte wendet sich in der Revision gegen die Stattgebung des Urteilsveröffentlichungsbegehrens des Klägers, der sie konzediert, der langjährigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung zu entsprechen, allein mit dem Argument, eine zusätzliche Urteilsveröffentlichung sei zur Information der Öffentlichkeit nicht erforderlich, weil der Kläger

ohnehin auf seiner Homepage und über Presseaussendungen laufend eingehend über Verbandsprozesse informiere und die höchstgerichtliche Entscheidung auch im Rechtsinformationssystem des Bundes abrufbar sein werde. Die Judikatur habe diese Aspekte noch nicht ausreichend berücksichtigt.

Zweck der Urteilsveröffentlichung ist es, über die Rechtsverletzung aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein. In der Regel ist die Urteilsveröffentlichung in einem solchen Umfang zuzusprechen, dass die Verkehrskreise, denen gegenüber die Rechtsverletzung wirksam geworden ist, über den wahren Sachverhalt bzw den Gesetzesverstoß aufgeklärt werden (RS0121963 [T2, T9]).

Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs tut es dem Interesse an der Urteilsveröffentlichung in einem Printmedium keinen Abbruch, dass die Öffentlichkeit die Entscheidung auch im Rechtsinformationssystem des Bundes oder auf den Webseiten der obsiegenden Partei abrufen kann (RS0128866). Die elektronische Veröffentlichung im Rechtsinformationssystem des Bundes ist schon aufgrund der Anonymisierung der Prozessparteien nicht zur Aufklärung des Publikums geeignet (RS0128866 [T1]). Dass der Kläger Presseaussendungen über Verbandsprozesse tätigt ändert ebensowenig etwas am berechtigten Interesse der Bankkunden der Beklagten, gegenüber denen die Rechtsverletzung wirksam geworden ist, im Wege einer Urteilsveröffentlichung in einem Printmedium über den Gesetzesverstoß aufgeklärt zu werden.

C. Zum Urteilsveröffentlichungsbegehren der Beklagten:

Eine Ermächtigung zur Veröffentlichung des abweisenden Teils des Unterlassungsbegehrens („Gegenveröffentlichung“) ist an strengere Voraussetzungen geknüpft, als die Urteilsveröffentlichung zugunsten des obsiegenden Klägers (RS0079624 [T14]). Ein berechtigtes Interesse an der Veröffentlichung des klageabweisenden Urteils(-teils) durch den Beklagten besteht etwa dann, wenn ein ansonsten falscher Eindruck der Öffentlichkeit dahin, dass der Kläger im Rechtsstreit (vollständig) obsiegt habe, zerstreut werden müsste (RS0079624 [T12, T13, T15]).

Dafür wäre Voraussetzung, dass der Rechtsstreit eine gewisse Publizität erlangt hätte, was von der Beklagten aber gar nicht behauptet wird. Sie begründet ihr Interesse an der Veröffentlichung des die Klage abweisenden Teils des Urteilsspruchs damit, dass der Kläger in seiner allgemeinen Medienarbeit besonders bemüht wäre, die Beklagte in ein unvorteilhaftes Licht zu rücken, fänden sich doch auf seiner Homepage nicht weniger als 100 Einträge über die Beklagte. Dabei übersieht die Beklagte, dass die Gegenveröffentlichung nicht den Sinn hat, einen nach § 29 KSchG klageberechtigten Verband in irgendeiner Weise zu sanktionieren.

IV. Und FX-Kredite im Besonderen

12. „Die Rückführung des Kredites erfolgt in der jeweiligen ausgenützten Währung“ – ist unwirksam

7.9.2021, 1 Ob 93/21i

Sachverhalt

Der Kläger ist ein zur Unterlassungsklage nach § 29 Abs 1 KSchG berechtigter Verein. Die Beklagte ist ein Kreditinstitut und betreibt österreichweit Bankgeschäfte. Sie schließt als Unternehmerin mit Verbrauchern auch Fremdwährungskredite ab. Ihren Verträgen legt sie Allgemeine Geschäftsbedingungen zugrunde, in denen in Z 75 unter der Überschrift „Fremdwährungskredite“ die Formulierung enthalten ist: „Fremdwährungskredite sind effektiv, das heißt in der Währung zurückzuzahlen, in der sie das Kreditinstitut gegeben hat.“ [Klausel 1a]

Weiters verwendete die Beklagte in den Jahren 2003 bis 2008 beim Abschluss von (endfälligen) Fremdwährungskrediten mit Verbrauchern mit Laufzeiten von bis zu 25 Jahren Vertragsformblätter (Beilagen ./B, ./E, ./F, ./G und ./H), in denen folgende Formulierungen enthalten waren:

„Wir [...] erklären uns gerne bereit, Ihnen einen in Euro und Fremdwährung einmalig ausnützbaren Kredit bis zum Gegenwert von EUR [...] in folgender Währung: Schweizer Franken auf Ihrem Konto [...] samt allfälligen Konten in den jeweils erforderlichen Währungen zu nachfolgenden Bedingungen zur Verfügung zu stellen.“

Unter der Überschrift „Konditionen“ wird jeweils die (unterschiedliche) Zinsenbelastung bei „Ausnützung in Fremdwährung“ (niedriger) und bei „Ausnützung in Euro“ (höher) dargelegt. Bestimmte Spesen sollen im Rahmen der Krediteröffnung dem „Euro-Girokonto“ des Kreditnehmers angelastet werden.

Der Punkt „Einzugsermächtigung“ lautet: „Sie ermächtigen uns, die dem Kreditkonto jeweils angelasteten Zinsen und Kosten sowie fällige Kapitaltilgungen zu Lasten des Euro-Girokontos [...] einzuziehen.“

Im Punkt „Rückzahlungsvereinbarung“ wird festgehalten: „Die Rückführung des Kredites erfolgt in der jeweiligen ausgenützten Währung.“ [Klausel 1]

Der Kläger begehrt (soweit für das Revisionsverfahren von Relevanz), der Beklagten zu untersagen, die Klausel 1, hilfsweise die Klausel 1a, oder sinngleiche Klauseln im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern zu verwenden und sich auf diese oder sinngleiche Klauseln zu berufen, soweit diese bereits Inhalt der von der Beklagten mit Verbrauchern abgeschlossenen Verträge geworden sind. Weiters begehrt er die Veröffentlichung des klagestattgebenden Teils des Urteils in einer Samstagsausgabe einer Tageszeitung auf Kosten der Beklagten. Die beanstandeten Klauseln seien intransparent.

Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage. Sollte der Klage stattgegeben werden, müsste ihr, obwohl sie aktuell keine neuen Fremdwährungskredite an Verbraucher gewähre, eine Leistungsfrist von drei Monaten eingeräumt werden, um durch Arbeitsanweisungen und dergleichen hausintern sicherzustellen, dass sich weder Mitarbeiter noch IT-Systeme in bestehenden Vertragsverhältnissen darauf berufen.

Das Erstgericht wies – soweit für das Revisionsverfahren von Relevanz – das Hauptbegehren (bezüglich der Klausel 1) und das Eventualbegehren (betreffend die Klausel 1a) ab. Schon aus ganz allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen ergebe sich, dass Fremdwährungskredite in der Währung

zurückzuzahlen seien, in der sie zugezählt worden sind. **Der Kläger beanstande auch nicht die Klausel selbst, sondern nur das Fehlen einer allgemeinen Risikoaufklärung bei Fremdwährungskrediten.** Zwar schulde die Beklagte eine entsprechende Aufklärung, es stehe aber in ihrem Ermessen, wie sie dieser Verpflichtung nachkommt. Wenn die Beklagte über das Risiko eines Fremdwährungskredits nicht aufkläre, dann könnte dies allenfalls eine unzulässige Geschäftspraktik im Sinn des § 28a KSchG begründen; dies mache der Kläger aber nicht geltend.

Das Berufungsgericht bestätigte das Urteil des Erstgerichts. Rechtlich führte es aus, ein Fremdwährungskreditvertrag sei ein Kreditvertrag im Sinn des § 988 ABGB. Bei einem endfälligen Kreditvertrag sei der Kreditnehmer schon gemäß § 983 ABGB verpflichtet, am Ende der Laufzeit „ebenso viele Sachen derselben Gattung und Güte“ zurückzugeben, im Fall eines Vertrags wie Beilage ./B daher Schweizer Franken. Dabei sei unerheblich, ob der Kreditbetrag in Schweizer Franken oder in EUR ausgezahlt werde; in jedem Fall bilde die fremde Währung die Berechnungsgrundlage für die Rückzahlungsverpflichtung des Kreditnehmers. Wenn dem Kreditnehmer im Jahr 2006 ein endfälliger Kredit zum Gegenwert von 130.000 EUR in Schweizer Franken (damals rund 200.000 Schweizer Franken) gewährt worden sei, müsse er zum Rückzahlungstermin 30. 4. 2031 wiederum rund 200.000 Schweizer Franken zurückzahlen.

Gemäß § 907b Abs 1 ABGB könne, wenn eine in inländischer Währung ausgedrückte Geldschuld in Österreich zu zahlen sei, die Zahlung in österreichischer Währung erfolgen, es sei denn, dass die Zahlung in ausländischer Währung ausdrücklich bedungen worden ist. Diese Bestimmung gewähre (wenn nichts anderes vereinbart wurde) dem Schuldner eine Ersetzungsbefugnis zur Leistung in EUR und solle ihm die Zahlung erleichtern. Die Klauseln 1 und 1a legten fest, dass die Fremdwährungskredite der Beklagten in der ausgenützten, also in der ausländischen Währung (somit ein Kredit nach Beilage ./B in Schweizer Franken) zurückzuzahlen seien. Diese Klauseln schlössen bloß die dispositive Ersetzungsbefugnis des Schuldners gemäß § 907b Abs 1 ABGB aus.

Nehme jemand einen Fremdwährungskredit auf, dann habe er den Vorteil einer geringeren Verzinsung. Allerdings habe er das Risiko, dass sich der Wechselkurs des EUR zum Schweizer Franken zu seinem Nachteil entwickle; im Gegenzug bestehe aber die Chance, dass sich dieser Wechselkurs zu seinem Vorteil ändere. **Diese Risiken bestünden bereits aufgrund des Abschlusses eines Fremdwährungskreditvertrags, aber nicht wegen der Klauseln 1 und 1a**.

Eine Aufklärung über wirtschaftliche Folgen der Klauseln 1 und 1a sei nicht erforderlich, weil die Vereinbarung dieser Klauseln für den Kreditnehmer nicht wirtschaftlich nachteilig sei. Wären diese Klauseln nicht vereinbart worden, hätte der Kreditnehmer nach Ablauf des Kreditvertrags Beilage ./B ebenfalls 200.000 Schweizer Franken oder zumindest den Gegenwert zum Rückzahlungszeitpunkt in EUR zurückzuzahlen. Damit habe die Beklagte mit diesen beiden Klauseln nicht gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG verstoßen.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Der Oberste Gerichtshof habe zu 6 Ob 228/16x [Klausel 21a] die (ähnliche) Klausel 1a als transparent beurteilt.

Der OGH gab der Revision Folge.

Rechtliche Beurteilung

Die – nach Freistellung von der Beklagten beantwortete – außerordentliche Revision des Klägers ist zur Klarstellung der Rechtslage betreffend die Klausel 1 zulässig und auch berechtigt.

1. Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs ist es dem Rechtsmittelgericht nicht verwehrt, ergänzende Feststellungen aus unstrittigen (Vertrags-)Urkunden zu treffen, wenn die Feststellungen des Erstgerichts insoweit unvollständig waren (RIS-Justiz RS0121557). Wenn das Berufungsgericht aus einem vom Kläger selbst vorgelegten Kreditvertrag (Beilage ./B) Feststellungen traf, verletzte es weder den Unmittelbarkeitsgrundsatz noch dessen rechtliches Gehör im Sinn des § 477 Abs 1 Z 4 ZPO.

2.1. Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Das Transparenzgebot soll es dem Kunden ermöglichen, sich aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsbestandteilen zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren (RS0115217 [T41]). Das setzt das Verwenden von Begriffen voraus, deren Bedeutung dem typischen Verbraucher geläufig sind oder von ihm jedenfalls festgestellt werden kann. Das können naturgemäß auch Fachbegriffe sein, nicht aber Begriffe, die so unbestimmt sind, dass sich ihr Inhalt jeder eindeutigen Festlegung entzieht und es der durch ihre Verwendung geschaffene weite Beurteilungsspielraum ausschließt, dass der Verbraucher Klarheit über seine Rechte und Pflichten gewinnen kann (RS0115217 [T3]). Das Transparenzgebot begnügt sich auch nicht mit formeller Textverständlichkeit, sondern verlangt, dass Inhalt und Tragweite vorgefasster Vertragsklauseln für den Verbraucher „durchschaubar“ sind (RS0122169 [T2]).

2.2. **Zutreffend zeigt der Revisionswerber auf, dass die Vertragsklausel 1 durch ihre Bezugnahme auf die „jeweilige ausgenützte Währung“ den Kreditnehmer über den Inhalt seiner Rückzahlungspflicht im Unklaren lässt, zumal der Begriff des „Ausnützens“ auch im übrigen Vertragstext nicht verständlich erklärt wird.** Auch die Beklagte kann dazu nichts erhellendes beitragen. Wenn sie in ihrer Revisionsbeantwortung (Rz 48) ausführt, der Kreditnehmer müsse jedenfalls Schweizer Franken zurückzahlen, auch wenn er sich EUR auszahlen lässt, **bleibt ganz offen, für welche Konstellation dann die in der Klausel vorgesehene Variante gelten soll, dass bei der vertraglich vorgesehenen „Ausnützung in EUR“ (auch) die Rückführung in dieser Währung „erfolgt“ (gemeint: erfolgen soll)**.

Nach dem unstrittigen Inhalt der Kreditverträge (Beilagen ./B, ./E, ./F, ./G und ./H) erklärt sich die Beklagte bereit, einem Kreditnehmer „einen in Euro und Fremdwährung einmalig ausnützbaren Kredit“ bis zu einem bestimmten Gegenwert in EUR in der Währung Schweizer Franken zur Verfügung zu stellen. Unproblematisch ist die Ausnützung des Kredits allein in Schweizer Franken, wenn sich der Kreditnehmer dafür entscheidet, den Kreditbetrag auch in dieser Währung ausgezahlt zu erhalten. In diesem Fall ist die „ausgenützte“ Währung zweifellos der Schweizer Franken.

Den Kreditverträgen liegt jedoch als weitere Variante zugrunde, dass sich der Kreditnehmer, der mit den Kreditmitteln typischerweise EUR-Verbindlichkeiten begleichen will, den Kredit (in aller Regel) in EUR auszahlen lässt, was sich schon aus der Bezugnahme auf einen bestimmten „Gegenwert“ in EUR ergibt. In diesem Fall soll – nach der Vorstellung der Kreditgeberin – die Fremdwährung zumindest die Verrechnungswährung sein. Ist es für den Kreditnehmer nach der Vertragsformulierung – anders als im vorliegenden Fall – unmissverständlich, dass er einen Fremdwährungskredit in Schweizer Franken aufnimmt und lässt er sich diesen in EUR auszahlen, so bleibt der Kredit zwar ein Fremdwährungskredit, weil die fremde Währung weiterhin die Grundlage für die Rückzahlungsverpflichtung des Kreditnehmers bildet (1 Ob 163/15z [Punkt II.1.] = SZ 2015/128; 1 Ob 190/16x [Punkt III 4.1] = SZ 2017/34; 7 Ob 48/17k [Punkt 1.1.] = ÖBA

2018/2469, 431 [St. Foglar-Deinhardstein]; vgl § 2 Abs 12 VKrG). Zusätzlich schließt der Kreditnehmer in diesen Fällen einen (entgeltlichen) „Geldwechselvertrag“ über das „Wechseln“ von Fremdwährung in EUR (Devisenverkauf) ab (8 Ob 37/20d [Punkt III.2.]).

Ausgehend von der Formulierung in sämtlichen Vertragsformularen, wonach der „in Euro und Fremdwährung einmalig ausnützbare Kredit bis zum Gegenwert von EUR […] in […] Schweizer Franken“ zur Verfügung gestellt wird, **ist nicht klar, was die „ausgenützte“ Währung sein soll, wenn sich der Kreditnehmer den Kreditbetrag in EUR auszahlen lässt.** Ohne verständliche Vereinbarung in den Kreditverträgen **erschließt sich dem durchschnittlichen Verbraucher nicht, dass auch hier die „ausgenützte“** Währung der Schweizer Franken sein und er zusätzlich einen „Geldwechselvertrag“ (Verkauf der Fremdwährung) abschließen soll. Die Beklagte – und auch das Berufungsgericht – versteht die Klausel (nun) offenbar so, dass auch in diesem Fall der Kreditnehmer den Kreditbetrag in ausländischer Währung erhält und daher in dieser zurückzuzahlen hat, obwohl der Kreditnehmer EUR ausgezahlt erhält und die von der Beklagten stammende Formulierung durchaus in der Weise verstehen kann, dass er damit diese Währung auch „ausnützt“. Für den Verbraucher ist damit aber nicht transparent und klar, dass er – entsprechend dem Verständnis der Beklagten – den Kreditbetrag in Fremdwährung „ausnützt“, obwohl er EUR erhalten will und auch erhält. **Im Fall der „EUR-Ausnützung“ des Kredits verschleiert die Klausel 1 dem Kreditnehmer das Währungsrisiko, weil er die Bezugnahme auf die Möglichkeit der Ausnützung „in EUR und Fremdwährung“ auch so verstehen kann, dass ihm alternativ ein gewöhnlicher EUR-Kredit (mit einer höheren Zinsbelastung) angeboten wird.** Dieses Verständnis könnte auch durch den Umstand gefördert werden, dass bei „Ausnützung in EUR“ erheblich höhere (und an den EURIBOR gebundene) Zinsen zu zahlen sind, was bei der bloßen Überlassung von Schweizer Franken, die anschließend für den Kunden verkauft werden, dem schließlich der Verkaufserlös ausgezahlt (bzw auf sein EUR-Konto gutgebucht) wird, schwer verständlich ist. Damit ist die Klausel 1 intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG und daher unwirksam. Welche allfälligen weiteren Rechtsfolgen dies hat, ist im Verbandsprozess nicht zu prüfen; die Revisionsgegnerin meint, die Klausel sei ohnehin entbehrlich.

3. Leistungsfrist

3.1. Gemäß § 409 Abs 1 ZPO ist, wenn in einem Urteil die Verbindlichkeit zu einer Leistung auferlegt wird, zugleich auch eine Frist für diese Leistung zu bestimmen. Auf reine Unterlassungsansprüche ist § 409 ZPO nicht anzuwenden; die Pflicht zu einer derartigen Unterlassung tritt daher sofort mit der Wirkung des Urteils ein. Ist der Beklagte aber nicht zu einer reinen Unterlassung, sondern zu einer Unterlassung verpflichtet, die auch ein positives Tun erfordert, dann ist eine Frist gemäß § 409 Abs 2 ZPO zu bestimmen. Das gilt etwa auch dann, wenn die Verpflichtung auferlegt wird, Allgemeine Geschäftsbedingungen zu ändern (9 Ob 82/17z mwN).

Die Beklagte verwendete die inkriminierte Klausel in Kreditverträgen aus den Jahren 2003 bis 2008. Sie bringt selbst vor, dass sie seit Jahren keine neuen Fremdwährungskredite mehr vergibt und spricht von einem praktischen Verbot der Vergabe von neuen Fremdwährungskrediten an Verbraucher ab 2010. Sie braucht daher ihre Vertragsformblätter nicht zu ändern. Für sie bedeutet dies daher eine Verpflichtung zu einer reinen Unterlassung, wofür keine Leistungsfrist einzuräumen ist.

3.2. Auch für das Verbot, sich auf unzulässige Klauseln zu berufen, muss eine Leistungsfrist gesetzt werden, wenn für das Befolgen dieser Verpflichtung betriebliche oder organisatorische

Maßnahmen notwendig werden, um zu verhindern, dass eine Klausel weiter der Gestion von Altverträgen zugrunde gelegt wird. Allerdings ist immer darauf Bedacht zu nehmen, dass der Unternehmer seine Rechtsposition aus den rechtswidrigen Klauseln keinesfalls ohne Notwendigkeit aufrecht erhalten können soll, weshalb eine einzuräumende Leistungsfrist im Zweifel kurz zu bemessen ist (9 Ob 82/17z mwN).

Die Beklagte benötigt keine Leistungsfrist, um durch Arbeitsanweisungen und dergleichen hausintern sicherzustellen, dass sich weder Mitarbeiter noch IT-Systeme in bestehenden Vertragsverhältnissen auf die Gültigkeit der Klausel 1 berufen. Sie kann und muss ihre für diese Fremdwährungskredite zuständigen Mitarbeiter darüber informieren, dass die in früheren Vertragswerken formulierte Klausel 1 mangels Transparenz nicht rechtswirksam ist. Damit ist der Beklagten auch in diesem Punkt keine Leistungsfrist einzuräumen.

13. FX-Kreditvertrag: Kein "Durchschlagen" der Unwirksamkeit eines Geldwechselvertrags auf FX-Kreditvertrag

14.9.2021, 6 Ob 154/21x

Sachverhalt

Der OGH wies die außerordentliche Revision zurück.

Rechtliche Beurteilung

Die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, wonach es sich beim Geldwechselvertrag und beim Fremdwährungskreditvertrag um zwei Verträge handelt, steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (8 Ob 37/20d [ErwGr III.3.]). In dieser Entscheidung wurde außerdem bereits darauf hingewiesen, dass dieser Umstand auch einem typischen, nicht juristisch geschulten Kunden erkennbar ist. Der Kunde weiß demnach zum einen, dass er einen Fremdwährungskredit aufgenommen, also laienhaft ausgedrückt einen bestimmten Fremdwährungsbetrag bei der Bank ausgeliehen hat und dessen Rückzahlung zuzüglich Zinsen schuldet. Zum anderen muss der Kunde davon ausgehen, dass der Unternehmer dies nicht umsonst machen würde, also mit dem Wechseln von Geld einen Gewinn anstrebt.

Entgegen der in der Revision vertretenen Auffassung besteht keine Grundlage für die Annahme, dass mit der Unwirksamkeit des Geldwechselvertrags auch der Fremdwährungskreditvertrag wegfiele. Vielmehr kann der Fremdwährungskreditvertrag auch ohne den Geldwechselvertrag bestehen und durchgeführt werden. Nach dem Fremdwährungskreditvertrag nahmen die Kläger einen CHF-Kredit im Gegenwert von 84.599,81 EUR auf, der bei Ende der Laufzeit effektiv, also in Schweizer Franken, zurückzuzahlen ist. An Sollzinsen waren 2,5 % pa vereinbart. Zutreffend wiesen die Vorinstanzen bereits darauf hin, dass die Kläger nicht verpflichtet sind, die Umwechslung bei der beklagten Bank vorzunehmen (vgl auch 1 Ob 47/21z).

In dieser Konstellation ist auch nach den Vorgaben des Unionsrechts ein „Durchschlagen“ der Nichtigkeit des Geldwechselvertrags auf den Fremdwährungskreditvertrag nicht gefordert (vgl 9 Ob 85/17s).

Zudem hat das Berufungsgericht seine Entscheidung auch darauf gestützt, dass das Haupt- und die Eventualbegehren unschlüssig sind. Dazu enthält die Revision keine Ausführungen. Wird die Entscheidung der zweiten Instanz aber auf eine selbständig tragfähige Hilfsbegründung gestützt, muss auch diese im außerordentlichen Rechtsmittel bekämpft werden (RS0118709).

Zusammenfassend bringen die Kläger daher keine Rechtsfrage der von § 502 Abs 1 ZPO geforderten Bedeutung zur Darstellung, sodass die Revision spruchgemäß zurückzuweisen war.

14. Keine Gesamtnichtigkeit des FX-Kreditvertrags bei Unwirksamkeit von Konvertierungsklauseln

12.10.2021, 1 Ob 163/21h

Sachverhalt

Der Kläger stützt sein Feststellungsbegehren primär darauf, dass der von ihm mit der beklagten Bank abgeschlossene Vertrag über einen in Schweizer Franken aufgenommenen Fremdwährungskredit „als Ganzes“ unwirksam sei, weil bestimmte Vertragsbestimmungen – zu dem für die Umrechnung („Konvertierung“) von nach dem Vertrag zu leistenden Zahlungen heranzuziehenden Wechselkurs – nicht gültig Vertragsinhalt geworden seien.

Beide Vorinstanzen wiesen die Klage ab. Weder seien die beanstandeten Klauseln unwirksam, noch hätte dies die Unwirksamkeit des gesamten Kreditvertrags zur Folge. Allenfalls wären die vom Kläger als unwirksam angesehenen Klauseln durch dispositives Recht zu ersetzen.

Der OGH wies die außerordentliche Revision zurück.

Rechtliche Beurteilung

Die außerordentliche Revision des Klägers zeigt keine Rechtsfrage im Sinn des § 502 Abs 1 ZPO auf:

1. Ein („echter“) Fremdwährungskredit setzt voraus, dass der Kredit in einer anderen Währung als in Euro gewährt wird und die fremde Währung die – vor allem für die Rückzahlungspflicht maßgebliche – Grundlage bildet (1 Ob 163/15z; 1 Ob 190/16x; 7 Ob 48/17k; 8 Ob 37/20d; 1 Ob 47/21z; 1 Ob 93/21i). Entscheidend ist, ob der Vertrag Ansprüche auf Zahlung in der Fremdwährung begründet (vgl RS0061067). In diesem Fall muss der Kreditnehmer seine Zahlungspflichten aus dem Vertrag grundsätzlich (sofern vertraglich nichts anderes vereinbart ist oder sich der Schuldner auf die Ersetzungsbefugnis des § 907b ABGB beruft) in der fremden Währung erfüllen (vgl 7 Ob 48/17k; 8 Ob 37/20d, je mwN). Auch der Kreditgeber ist – sofern der Vertrag nichts anderes vorsieht – zur Kreditauszahlung in dieser Währung verpflichtet. Wird dem Kreditnehmer die Wahl eingeräumt, sich den (Fremdwährungs-)Kredit in Fremdwährung oder in Euro auszahlen zu lassen, handelt es sich um ein Angebot der Bank, zusätzlich zum Kreditvertrag einen Geldwechselvertrag abzuschließen. Lässt er sich den Kredit in Euro auszahlen, tritt zum Kreditvertrag ein (entgeltlicher) Geldwechselvertrag hinzu (vgl 8 Ob 37/20d; 1 Ob 93/21i; jüngst auch 6 Ob 154/21x).

2. Die Kreditverträge (Kreditzusage und Krediterhöhungszusage) verpflichteten die Beklagte, die Kreditsumme in Schweizer Franken auszuzahlen, sofern diese nicht – wie hier – in Euro „konvertiert“ werden sollte. Auch sämtliche Zahlungen des Klägers sollen – soweit keine „Konvertierung“ in Euro erfolgt – in der Fremdwährung erfolgen. Gemäß Z 73 der (unstrittig vereinbarten) AGB der Beklagten begründet der Fremdwährungskredit eine „effektive“ Fremdwährungsschuld. Der Revisionswerber spricht selbst von „Fremdwährungsschuld“ und „CHF-Kreditzinsen“ und hält der zutreffenden Rechtsansicht des Berufungsgerichts, dass hier ein „echter“ Fremdwährungskredit vorliegt, nichts Konkretes entgegen.

3. Entfielen – wie dies der Kläger anstrebt – bei einem solchen Fremdwährungskreditvertrag die hier beanstandeten „Konvertierungsklauseln“, nach denen die Kreditzuzählung durch die Beklagte sowie die Zahlungen des Klägers statt in der vereinbarten Fremdwährung – zum jeweils aktuellen Wechselkurs – auch in Euro erfolgen können, und käme auch eine Anwendung des § 907b Abs 1

ABGB nicht in Betracht, so bliebe es dabei, dass die Zahlungen in der Fremdwährung zu erfolgen haben. Der Kreditvertrag wäre auf dieser Basis zu erfüllen und könnte ohne die beanstandeten Klauseln fortbestehen (1 Ob 47/21z). Der Kreditnehmer müsste sich die von ihm in fremder Währung zu leistenden Beträge dann – nicht notwendigerweise beim Kreditgeber – selbst beschaffen. **Einen Grund zur Annahme, dass mit der behaupteten Unwirksamkeit der „Konvertierungsklauseln" bzw der darauf basierenden Geldwechselverträge auch der Fremdwährungskreditvertrag wegfiele, weil er nicht allein bestehen und durchgeführt werden könnte, vermag der Revisionswerber nicht aufzuzeigen (vgl 6 Ob 154/21x zu einem vergleichbaren Fall).**

4. Dem Argument, die Unwirksamkeit des gesamten Kreditvertrags ergebe sich daraus, dass ohne die erste der beanstandeten „Konvertierungsklauseln" die genaue Kreditsumme nicht feststellbar sei, weil dazu bloß ein „Gegenwert" in Euro vereinbart worden sei, **ist entgegenzuhalten, dass im ursprünglichen Kreditvertrag ein fixer Wechselkurs individuell vereinbart wurde.** Zur nachträglichen Aufstockung des Kredits um den „Gegenwert von 11.300 EUR" ist der Kläger auf sein erstinstanzliches Vorbringen hinzuweisen, wonach ihm dieser Erhöhungsbetrag (der zur Finanzierung eines „Zinscaps" [Zinsobergrenze] verwendet wurde) nicht zufloss und daher bei der angestrebten bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung außer Acht zu bleiben habe. Warum dies nunmehr anders zu sehen sein sollte, legt der Revisionswerber nicht dar. Auf jene Hilfsbegehren, die daraus abgeleitet wurden, dass die Kreditverträge, „sollten diese trotz unwirksamer Konvertierungsklauseln wirksam fortbestehen können", auf Basis des ihnen (ursprünglich) zugrundegelegten Euro-Gegenwerts zu erfüllen seien, kommt er inhaltlich nicht zurück.

5. Warum bei einem Entfall jener („Schwellenwert"-)Klausel, wonach die Bank vom Kläger weitere Sicherheiten oder eine vorzeitige Kredittilgung fordern darf, wenn der – nach der beanstandeten „Konvertierungsmethode" umgerechnete – Euro-Gegenwert des aushaftenden Finanzierungsbetrags dessen (entsprechend dem Tilgungsplan reduzierten) ursprünglichen Euro-Gegenwert um einen bestimmten Prozentsatz übersteigt, der gesamte Kreditvertrag undurchführbar und daher unwirksam sein sollte, ist nicht erkennbar und wird in der Revision auch nicht nachvollziehbar dargelegt.

6. Einer weiteren Begründung bedarf es nicht (§ 510 Abs 3 ZPO).

15. Klauselentscheidung zu FX-Informationsblättern

21.10.2021, 2 Ob 184/20b

Spruch

Der OGH wies die außerordentliche Revision zurück.

Rechtliche Beurteilung

Der Oberste Gerichtshof ist auch zur Auslegung von AGB-Klauseln nicht „jedenfalls“, sondern nur dann berufen, wenn die zweite Instanz Grundsätze höchstgerichtlicher Rechtsprechung missachtete oder für die Rechtseinheit und Rechtsentwicklung bedeutsame Fragen zu lösen sind (RS0121516 [T3]). Das ist hier nicht der Fall. Wenn die aufgeworfenen Fragen zur Zulässigkeit von Klauseln in AGB oder in Vertragsformblättern bereits durch höchstgerichtliche Entscheidungen geklärt sind, dann werfen bloß unterschiedliche Formulierungen nicht per se eine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO auf (RS0121516 [T27]).

1. Hauptbegehren:

1.1 § 28 Abs 1 KSchG bezieht sich auf gesetz- oder sittenwidrige Vertragsbedingungen, worunter im Kern die Kontrolle von Willenserklärungen zu verstehen ist. Dient ein Satz bloß der Aufklärung des Verbrauchers, ist er grundsätzlich unbedenklich (RS0131601). Ist ein Warnhinweis nicht dazu bestimmt, die vertragliche Beziehung zwischen der Beklagten und ihren Kunden zu regeln und hat er auf die daraus resultierenden wechselseitigen Rechte und Pflichten keinen Einfluss, ist dieser Warnhinweis von der Inhalts- und Geltungskontrolle von AGB im Rahmen des Verfahrens nach den §§ 28 f KSchG nicht umfasst (9 Ob 63/17f).

1.2 Eine sogenannte Tatsachenbestätigung ist eine widerlegbare Erklärung des Verbrauchers über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Tatsache (RS0121955). Nach der Judikatur unterliegen auch sogenannte Tatsachenbestätigungen der Klauselkontrolle, wenn sie zu einer unzulässigen Verschiebung der Beweislast oder zumindest im Ergebnis zu dieser Wirkung führen (1 Ob 57/20v; RS0121955) oder wenn es sich um völlig unklare Tatsachenbestätigungen zu Lasten des Verbrauchers handelt, die ihn von der Durchsetzung seiner Rechte abhalten können (1 Ob 113/17z).

1.3 Jene Vertragsklauseln der beklagten Bank, die Tatsachenbestätigungen über die erfolgte Aufklärung über die Risiken eines Fremdwährungskredits oder über den Erhalt des formularmäßigen Informationsblatts „Risikoinformation für Fremdwährungsfinanzierungen“ enthalten, sind nicht Gegenstand des Klagebegehrens, worauf schon das Berufungsgericht zutreffend hingewiesen hat.

1.4 Die vom **Hauptbegehren des Klägers umfassten Teile des genannten Informationsblatts** lauten:

> „Währungs- (Wechselkurs-) risiko
>
> Bei jedem Fremdwährungskredit besteht ein Wechselkursrisiko – sofern der Kreditnehmer nicht über Zahlungseingänge in der gewählten Fremdwährung verfügt.
>
> Da der Kredit in Fremdwährung aushaftet, ändert sich der jeweilige Euro Gegenwert des Kreditbetrags entsprechend den Wechselkursschwankungen des Euros gegenüber der Kreditwährung.

> Steigt der Kurs des Euros gegenüber der Kreditwährung, so sinkt der Euro-Gegenwert der Kreditaushaftung. Für Zinszahlungen und Tilgung des Kapitalbetrages werden in diesem Fall nur geringere Euro Beträge benötigt, die Belastung wird geringer und es kann die Situation eintreten, dass Sie weniger zurückzahlen als Sie an Kapital aufgenommen haben.
>
> Sinkt hingegen der Kurs des Euros gegenüber der Kreditwährung, so erhöht sich jedoch der Euro Gegenwert der Kreditaushaftung: Für Zinszahlungen und Tilgung des Kapitalbetrages werden dann höhere Euro Beträge benötigt, die Belastung wird für Sie höher und es kann der Fall eintreten, dass Sie mehr zurückzahlen müssen, als Sie ursprünglich an Kapital aufgenommen haben.
>
> Die Auswirkung von Wechselkursschwankungen auf Ihre Belastung hängt auch davon ab, ob und in welcher Weise Ihnen gleichzeitig auch Einkünfte und Vermögenswerte in der gleichen Währung zur Verfügung stehen. So können Erträgnisse aus Veranlagungsprodukten, welche in der für den Kredit gewählten Währung zufließen, dazu beitragen, die Effekte von Wechselkursschwankungen zu mindern."

Diese Textpassagen enthalten lediglich allgemeine Erklärungen der beklagten Partei über die Risiken eines Fremdwährungskredits. Der Kreditnehmer erklärt oder bestätigt darin nichts, auch nicht die erfolgte Aufklärung. Gegenteiliges behauptet auch der Revisionswerber nicht.

Die Ansicht des Berufungsgerichts, **die den Gegenstand des Hauptklagebegehrens bildenden Teile des Informationsblatts gestalteten weder den Vertragsinhalt noch beeinflussten sie als Tatsachenbestätigung die Rechtsposition des Kreditnehmers, weshalb eine Inhaltskontrolle ausscheide, findet Deckung in der erörterten Rechtsprechung**.

2. Eventualbegehren:

2.1 Die vom Kläger in seinem Eventualbegehren beanstandete Klausel

> „Fremdwährungskredite sind effektiv, das heißt, in der Währung zurückzuzahlen, in der sie das Kreditinstitut gegeben hat."

in Z 75 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der beklagten Partei war bereits Gegenstand der Entscheidung 6 Ob 228/16x (Klausel 21a). Der Oberste Gerichtshof sprach dazu aus, dass diese Klausel weder intransparent (§ 6 Abs 3 KSchG) sei, noch den Kunden gröblich benachteilige (§ 879 Abs 3 ABGB). Auf diese Rechtsansicht verwies der Oberste Gerichtshof auch jüngst in seiner Entscheidung 1 Ob 93/21i Rz 30. In der Entscheidung 8 Ob 37/20d sprach der Oberste Gerichtshof überdies aus, dass der Kreditnehmer bei einem von einer österreichischen Bank vergebenen Fremdwährungskredit seine Zahlungsverpflichtungen grundsätzlich in der Fremdwährung tätigen muss und auch durch die Ersetzungsbefugnis des Kreditnehmers nach § 907b Abs 1 ABGB das Schuldverhältnis nicht inhaltlich dahin umgestaltet wird, dass die Fremdwährungsschuld auf Euro lautet (ErwGr II.3 ff und III.1). **Die alleinige Tragung des Wechselkursrisikos durch den Kreditnehmer entspricht somit der dispositiven Rechtslage.** Weiters wurde ausgesprochen, dass der typische, nicht juristisch geschulte Kunde weiß, dass er bei einem Fremdwährungskredit – laienhaft ausgedrückt – einen bestimmten Fremdwährungsbetrag bei der Bank ausgeliehen hat und dessen Rückzahlung zuzüglich Zinsen schuldet (8 Ob 37/20d [ErwGr III.3]; idS auch 6 Ob 154/21x Rz 1).

2.2 Zur behaupteten Intransparenz der im Eventualbegehren ebenfalls beanstandeten Klausel in 4.2 des „Fremdwährungskreditanbots" der beklagten Partei mit dem Wortlaut

„Die Rückführung des Kredits zu den oben angeführten Stichtagen, umgerechnet zum jeweiligen Briefkurs auf Basis Bank Fixing, hat zulasten Ihres Kontos […] zu erfolgen, [...]“

verweist der Revisionswerber lediglich auf die Zusammenschau mit der obgenannten „Effektivklausel“ und dem Informationsblatt „Risikoinformation für Fremdwährungsfinanzierungen“ (dazu sogleich).

2.3 Die Auslegung des Art 4 Abs 2 der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. 4. 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl 1993, L 95, S 29), der im Übrigen lediglich die ausnahmsweise vorzunehmende Missbrauchskontrolle von Klauseln über den Hauptgegenstand des Vertrags betrifft, durch den EuGH (C-186/16 Andriciuc; C-51/17 OTP Bank und OTP Faktoring ua) erfordert nicht, dass sich gerade in den Klauseln selbst die Hinweise für den Verbraucher finden müssen, nach denen er nicht nur die Möglichkeit einer Auf- oder Abwertung der Fremdwährung erkennen, sondern auch die – möglicherweise erheblichen – wirtschaftlichen Folgen einer Fremdwährungsschuld für seine finanziellen Verpflichtungen einschätzen kann. **Der EuGH stellte dazu vielmehr auf den Inhalt der individuellen Aufklärung des Verbrauchers im betreffenden Einzelfall ab.**

2.4 Das Berufungsgericht hat ohnehin den Wortlaut des Informationsblatts „Risikoinformation für Fremdwährungsfinanzierungen“ (siehe Punkt 1.4) in seine Beurteilung miteinbezogen, aus dem (vom Kläger unbeanstandet) auch hervorgeht, dass sich die beklagte Partei in den Kreditverträgen für den Fall einer einen vereinbarten Schwellwert überschreitenden negativen Entwicklung des Eurokurses unter anderem Ansprüche auf vorzeitige Teilrückführungen oder zusätzliche Sicherheiten vorbehalten hat.

2.5 Mit seiner Ansicht, auch in Zusammenschau mit dem Informationsblatt der beklagten Partei ergebe sich keine Intransparenz der beanstandeten Klauseln iSd § 6 Abs 3 KSchG wegen einer Verschleierung der wirtschaftlichen Folgen der Fremdwährungsschuld, hält sich das Berufungsgericht im Rahmen der erörterten Rechtsprechungsgrundsätze.

16. Die einzige OGH-E zugunsten eines FX-Kreditnehmers

2.2.2022, 6 Ob 51/21z

Sachverhalt

Die beklagte Bank verpflichtete sich 2003, dem Kläger einen in Euro und Fremdwährung einmalig ausnützbaren Kredit „bis zum Gegenwert von 50.000 EUR“ zur Verfügung zu stellen. Der Kredit soll 2025 endfällig zurückgezahlt werden. Der Kläger konnte die Kreditsumme laut Vertragsbedingungen jederzeit in Euro oder andere Fremdwährungen konvertieren, wobei als variabler Sollzinssatz bei Ausnützung in Euro 4,875 % und bei Ausnützung in Fremdwährung 1,375 % pa vereinbart wurde.

Der Kreditvertrag weist die Gesamtbelastung iSd § 33 Abs 7 BWG (idF BGBl I 2000/33) „bei vertragsgemäßer Einhaltung der Rückzahlungsvereinbarung und einer Verzinsung von 1,375 % in CHF“ mit 65.393,44 EUR zuzüglich 1.111,09 EUR an Kosten aus. Die Rückführung des Kredits erfolgt laut Kreditvertrag in jener Währung, „in der der Kredit ausgenützt ist“ und laut Z 75 der auf den Vertrag anwendbaren Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der Beklagten in der Währung, „in der sie das Kreditinstitut gegeben hat“.

Die Allgemeinen Kreditbedingungen der Beklagten enthielten unter anderem folgende Hinweise:

> Die Einschätzung der zukünftigen Entwicklung des Wechselkursverhältnisses von Währungen gegenüber dem Euro ist auch für Spezialisten bestenfalls für einen kurzen Zeitraum möglich.
>
> [...]
>
> Sie und der/die Mithaftende/n bestätigen, von der [Beklagten] über eventuelle Risken ausreichend informiert worden zu sein, die im Zusammenhang mit der Kreditinanspruchnahme in Fremdwährung entstehen könnten.
>
> Es besteht daher Einvernehmen darüber, dass alle diese Risiken (insbesondere auch das Devisenkursrisiko) ausschließlich von Ihnen getragen werden und Sie sich im eigenen Interesse selbstständig über die aktuelle Entwicklung der Devisenkurse informieren werden. Weiters bestätigen Sie und der/die Mithaftende/n in Kenntnis der damit allenfalls verbundenen Risiken und zusätzlichen Rückzahlungsbelastungen, dass Sie mit einer Konvertierung der Kreditvaluta durch einen Kreditnehmer in folgenden Währungen einverstanden sind:
>
> CHF, USD, JPY, EUR […]“

Die Beklagte führte für den Kredit zwei Konten, einerseits das Fremdwährungskonto, das den Soll-Betrag in Schweizer Franken darstellte, und andererseits ein damit verbundenes Girokonto in Euro, über das der Kläger sich Geld auszahlen und von dem er Überweisungen vornehmen konnte. **Die Beklagte stellte den Kredit in Schweizer Franken zur Verfügung. Der Kläger hat aber nie Geld in Fremdwährung ausbezahlt erhalten und auch vom Fremdwährungskonto direkt keine Überweisungen vorgenommen.**

Der Kläger begehrt die Feststellung, dass er bei Endfälligkeit nur 50.000 EUR abzüglich bereits bezahlter Tilgungsraten zurückzahlen müsse. Wegen Unwirksamkeit der intransparenten und missbräuchlichen Klauseln zur Fremdwährungsschuld müsse er bei Laufzeitende nur die in Euro ausbezahlte Kreditsumme zurückerstatten. Hilfsweise begehrt er die Feststellung, dass der gesamte

Kreditvertrag nichtig sei und er höchstens 50.000 EUR abzüglich der Tilgungsraten aus dem Titel des Bereicherungsrechts zurückzahlen müsse. Der Vertrag regle nicht, zu welchem Zeitpunkt nach welchem Wechselkurs Umrechnungen von Euro in Schweizer Franken und umgekehrt erfolgen würden, und nenne die Kreditsumme nur in Euro, sodass der Kläger weder die Höhe der aufgenommenen Kreditsumme in Schweizer Franken noch seine aktuelle Rückzahlungsverpflichtung ermitteln könne. Außerdem sei der Vertrag gröblich benachteiligend, weil einem möglichen Zinsgewinn des Klägers die Möglichkeit der Beklagten gegenüberstehe, die Wechselkurse einseitig festzulegen. Weiters verrechne die Beklagte sowohl bei An- als auch bei Verkauf der Fremdwährung jeweils einen selbstgewählten Aufschlag (Spread), sodass der Vertrag auch gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG verstoße. Die Fremdwährungsklauseln seien schließlich intransparent iSd EuGH-Rechtsprechung, insbesondere C-189/16, Andriciuc, weil die Risikohinweise die wirtschaftlichen Folgen des Fremdwährungskredits nicht offen legten, sondern vielmehr die Gesamtkosten des Fremdwährungskredits, insbesondere das unbegrenzte Wechselkursrisiko und der von der Beklagten erzielten Spread, verschleiert würden. Eine allfällige Bereicherung des Klägers sei nicht in Schweizer Franken eingetreten, weil die Beklagte nicht solche ausbezahlt, sondern in seinem Namen 50.000 EUR an einen Treuhänder überwiesen habe. Vergütungszinsen für die bisherige Laufzeit habe der Kläger nicht zu zahlen, weil sich bei einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung eines synallagmatischen Vertrags die beidseitigen Nutzen aufheben würden. Der Nutzen des Klägers, dass er jahrelang über die Kreditsumme verfügt habe, sei daher durch seine bisher geleisteten Zinszahlungen laut Kreditvertrag gedeckt.

Die Beklagte wendet ein, dass alle Vertragsbestimmungen transparent und zulässig seien. (…)

Die Vorinstanzen wiesen die Klage ab. Die Vertragsklauseln der Beklagten würden klar regeln, dass der Kreditnehmer den Kredit in jener Währung rückführen müsse, in der er den Kredit ausgenützt habe. Dass der Umrechnungskurs im Vertrag nicht geregelt werde, schade nicht. Sollte die Beklagte das Obligo des Klägers bei Auszahlung der Kreditsumme zu hoch errechnet haben, habe dies nicht die Nichtigkeit des Kreditvertrags zur Folge, sondern nur eine geringere Rückzahlungspflicht. Für die Rückzahlung müsse kein Umrechnungskurs festgelegt werden, weil es dem Kläger ja frei stehe, sich dafür Schweizer Franken auf dem freien Markt zum besten Kurs zu beschaffen. Als Risikoaufklärung reiche es aus, wenn der Kreditnehmer darauf hingewiesen werde, dass sich seine Rückzahlungspflicht im selben Verhältnis erhöhe und vermindere wie der Wechselkurs.

Der OGH gab der Revision Folge.

Rechtliche Beurteilung

Die außerordentliche Revision ist wegen einer korrekturbedürftigen Fehlbeurteilung durch die Vorinstanzen zulässig; sie ist auch berechtigt.

1.1. Der Kläger und die Beklagte haben einen Geldkreditvertrag abgeschlossen. Bei diesem Konsensualvertrag bestehen die beiderseitigen Leistungspflichten insbesondere in der Auszahlung des Kreditbetrags einerseits und in der Zahlung der Zinsen andererseits (vgl Bollenberger in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht2 [2007] A. Darlehen und Kreditvertrag Rz 1/5).

Fremdwährungskredite werden ganz oder teilweise in einer anderen Währung als Euro gewährt. Die fremde Währung ist also Rechnungsgrundlage für die Rückzahlungspflicht des Kreditnehmers. Ob der Kreditnehmer seine Schuld in Euro zurückzahlen kann (unechte Fremdwährungsschuld)

oder ob die Leistung in fremder Währung geschuldet wird (echte Fremdwährungsschuld), ist für die Einordnung als Fremdwährungskredit unerheblich (Perner in Schwimann/Kodek, ABGB4 § 988 Rz 10; vgl RS0061067; jüngst 1 Ob 163/21h mwN zur Definition eines echten Fremdwährungskredits; vgl auch Dehn in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht2 [2007] A. Fremdwährungskredit Rz 2/203). Während beim echten Fremdwährungskredit die Fremdwährung also als Schuldwährung fungiert, ist sie beim unechten Fremdwährungskredit nur Berechnungswährung; sie bestimmt lediglich die Anzahl der zu leistenden Einheiten der Schuldwährung. Zahlungswährung ist schließlich jene Währung, in der der Kreditschuldner leistet; auch sie muss nicht mit der Schuld- und/oder der Berechnungswährung übereinstimmen (vgl Omlor, Verbraucherschutz bei Fremdwährungskrediten – Zugleich Besprechung von EuGH, Urt. v. 20. 9. 2017 – C-186/16 [Andriciuc/Banca Românească], BKR 2018, 195; vgl auch Perner in Schwimann/Kodek, ABGB4 § 985 Rz 13 zu unechten Fremdwährungsschulden).

Wird eine effektive Fremdwährungsschuld als Sonderform der echten Fremdwährungsschuld vereinbart, sind Zahlungen in anderer Währung eine Leistung an Zahlungs statt, die der Gläubiger grundsätzlich nicht als Erfüllung annehmen muss (Koziol in Iro/Koziol, ABB [2001] Z 75 Rz 1; vgl RS0061067).

1.2. Die Parteien bringen zwar übereinstimmend vor, dass der Kläger den Kredit „in Schweizer Franken ausnützte“ und dass die Beklagte ihm „Schweizer Franken zur Verfügung stellte“. Sie vertreten jedoch unterschiedliche Auffassungen, **welche Währungen als Schuld-, Zahlungs- und Berechnungswährung fungieren.** Außerdem hält der Kläger mehrere Vertragsbestimmungen für intransparent und/oder gröblich benachteiligend, woraus er im Ergebnis ableitet, der Beklagten nur 50.000 EUR zu schulden.

2.1. Die Vorinstanzen begründeten die Klagsabweisung damit, dass der Text des Kreditvertrags, insbesondere auch die darin enthaltene Regelung: „**Die Rückführung des Kredits erfolgt in jener Währung, in der der Kredit ausgenützt ist“, ausreichend klar und zulässig sei.**

Der Oberste Gerichtshof **hat diese Klausel allerdings in der Zwischenzeit in einem Verbandsverfahren als intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG untersagt** (1 Ob 93/21i [ErwGr 2.2.]). Wenn die Bank – wie auch hier – die Kreditsumme nicht in der Fremdwährung, sondern in Euro auszahle, sei nämlich nicht klar, dass eine zumindest als Verrechnungswährung dienende Fremdwährung die „ausgenützte Währung“ im Sinn des Vertragstexts sein soll und dass der Verbraucher für den Erhalt der Währung einen zusätzlichen entgeltlichen „Geldwechselvertrag“ abschließen muss, bei dem er die Fremdwährung an die Bank verkauft und den Verkaufserlös in Euro ausbezahlt erhält (1 Ob 93/21i [ErwGr 2.2., Rz 20]).

2.2. Die Beklagte beruft sich alternativ auf Z 75 ihrer AGB, aus der sie das Bestehen einer effektiven Fremdwährungsschuld in Schweizer Franken ableitet: „Fremdwährungskredite sind effektiv, das heißt in der Währung zurückzuzahlen, in der sie das Kreditinstitut gegeben hat.“

Der Kläger bestritt zwar in erster Instanz noch, dass die Parteien die Geltung der AGB der Beklagten vereinbart hätten, stellte dies aber in weiterer Folge in seiner Berufung außer Streit. Dieses Tatsachengeständnis im Berufungsverfahren ist – anders als ein solches erst im Revisionsverfahren – noch prozessual wirksam (1 Ob 1618/94 MietSlg 46.654; vgl auch Klauser/Kodek, JN – ZPO18 § 266 ZPO E77; RS0040053). Der Kläger zieht aus Z 75 jedoch den umgekehrten Schluss wie die Beklagte: **Da ihm 50.000 EUR ausbezahlt worden seien, müsse er auch 50.000 EUR zurückzahlen und trage kein Kursrisiko.**

2.3. Der Beklagten ist zwar beizupflichten, dass der Oberste Gerichtshof Z 75 ihrer AGB in einem Verbandsprozess als „weder intransparent noch gröblich benachteiligend“ bezeichnete (6 Ob 228/16x [Pkt 2.17.]). Daraus allein ist für den vorliegenden Fall aber nichts zu gewinnen.

Zum einen wird Z 75 ABB, die wörtlich in die AGB der Beklagten übernommen wurde, **in der Lehre so verstanden, dass der Kunde in jener Währung zurückzuzahlen hat, in welcher der Kredit ausbezahlt wurde** (Koziol in Iro/Koziol, ABB [2001] Z 75 Rz 1). **Nach den Feststellungen erfolgte im vorliegenden Fall jedoch weder eine Auszahlung in Fremdwährung noch eine Verfügung durch den Kläger über einen Fremdwährungsbetrag.** Dass die Beklagte – wie im von ihr zitierten Devisenfixing-Fall 8 Ob 37/20d – mit der Zuverfügungstellung von 50.000 EUR nach der Parteienvereinbarung zwei verschiedene Rechtsgeschäfte erfüllt hätte, nämlich eine Auszahlung der Kreditsumme in Schweizer Franken und einen Devisenankauf dieser Schweizer Franken gegen Zahlung von Euro, wurde hier (in erster Instanz) weder konkret behauptet noch festgestellt.

Zum anderen ist im vorliegenden Fall im Unterschied zum Verbandsprozess zu 1 Ob 93/21i auch das Zusammenspiel von Klausel Z 75 mit der abweichenden Klausel im Kreditvertrag zu betrachten. Der Vertragstext schreibt nämlich für die Rückzahlung nicht die Auszahlungswährung bei Beginn des Kreditverhältnisses vor, sondern jene Währung, in der der Kredit ausgenützt ist. Er stellt also offenbar auf den Rückzahlungszeitpunkt ab, was im Zusammenhang mit den im Kreditvertrag beiden Parteien eingeräumten Konvertierungsmöglichkeiten zu verstehen sein mag.

2.4. Die Beurteilung der Vorinstanzen, dass die Rückzahlung des Kredits „kurz, aber klar“ geregelt sei, wird vom erkennenden Senat daher nicht geteilt. Eine abschließende Auslegung des Vertragstexts hat jedoch im Revisionsverfahren nicht zu erfolgen, weil die Feststellungsbegehren des Klägers unschlüssig sind.

3.1. Die Vorinstanzen gingen von einem wirksamen Vertrag mit zulässigen Klauseln aus und haben daher die konkrete Formulierung des Klagebegehrens nicht näher erörtert.

Der Kläger argumentiert, dass der Kreditvertrag insoweit intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG und daher unwirksam sei, als er eine effektive Fremdwährungsschuld vorsehe. Da der Vertrag keinen Umrechnungsmodus festlege, könne der Kläger die Höhe des nur in Euro bezifferten Kreditobligos in Schweizer Franken, also in der Schuldwährung, nicht ermitteln. Damit macht der Kläger – wie die Beklagte zu Recht einwendet – in Wahrheit geltend, dass die Kreditsumme als Hauptleistungspflicht der Kreditgeberin und davon abgeleitet auch die Rückzahlungssumme als Hauptleistungspflicht des Kreditnehmers nicht ausreichend konkretisiert seien. Die Rechtsfolge daraus wäre aber keine (Teil-)Nichtigkeit intransparenter Vertragsklauseln, sondern dass der Kreditvertrag gar nicht wirksam zustande kam, weil die essentialia negotii nicht bestimmt oder zumindest bestimmbar iSd § 869 ABGB sind.

3.2. Ein Fremdwährungskreditvertrag wäre ohne eine wirksame Vorschrift über die Umrechnung der Fremdwährung in Euro nämlich nur dann umsetzbar, wenn die Aus-, Rück- und Zinszahlung allein in der Fremdwährung erfolgen würde (vgl 8 Ob 37/20d [Pkt I.6]; vgl auch EuGH C-186/16, Andriciuc, Rn 38 und C-776/19, BNP, Rn 56 f, wo die Festlegung der Kreditschuld in der Schuldwährung nicht als der Klauselkontrolle zugängliche akzessorische Zahlungsmodalität, sondern als Hauptbestandteil eines Kreditvertrags angesehen wurde).

Im vorliegenden Fall wurden im Kreditvertrag alle Beträge ausschließlich in Euro angegeben **und ein Umrechnungsmodus zwischen Schweizer Franken und Euro nicht vereinbart.** Auch die

Auszahlung der Kreditsumme an den Kläger bzw die Überweisung in seinem Namen an einen Dritten erfolgte nach dem insoweit in erster Instanz unbestrittenen Vorbringen in Euro. Die Ausführung der Beklagten in ihrer Revisionsbeantwortung, dass dem Kläger ein (nicht bezifferter) Kreditbetrag in Fremdwährung zugezählt worden sei, weicht von den Feststellungen ab und ist außerdem eine unzulässige Neuerung.

Ein Handelsbrauch, nach dem die Umrechnung im Weg eines internen Devisenfixing erfolgen soll, wurde auf Tatsachenebene (vgl RS0042274) nicht festgestellt.

Nicht einmal aus dem Prozessvorbringen der Beklagten und den von ihr vorgelegten Urkunden lässt sich ableiten, wie hoch die aufgenommene Kreditsumme in der Schuld- oder Berechnungswährung Schweizer Franken ist und wie und wann diese zwischen den Parteien festgelegt worden sein soll. Aus ihrem Vorbringen geht auch nicht hervor, ob der Kläger von dem – von der Beklagten selbst bislang nicht bezifferten – CHF-Saldo Kenntnis erlangte und etwa sein späteres Verhalten nach § 863 ABGB Rückschlüsse auf einen Bindungswillen zulässt (vgl 7 Ob 579/87; Rummel in Rummel/Lukas, ABGB4 § 869 ABGB Rz 8 [Stand 1. 11. 2014, rdb.at]). Dies wäre etwa dann denkbar, wenn der Kläger in Kenntnis von den Schweizer Frankenbetrag ausweisenden Kontoauszügen über die Kreditvaluta disponierte.

Der Vollständigkeit halber ist klarzustellen, dass auch die im Kreditvertrag angeführte Gesamtbelastung iSd § 33 Abs 7 BWG (idF BGBl I 2000/33) nicht die Höhe der Kreditsumme angibt, sondern die Summe der Leistungen, die das Kreditinstitut im Zusammenhang mit der Kreditgewährung vom Verbraucher verlangt. Darüber hinaus kann auch aus dieser in Euro angegebenen Gesamtbelastung nicht auf die Kreditsumme in Schweizer Franken (als Schuld- oder Berechnungswährung) geschlossen werden.

3.3. Die Beklagte argumentiert (im Ergebnis), dass die Kreditsumme in Schweizer Franken zumindest bestimmbar sei.

Grundsätzlich kann ein im Vertrag nicht festgelegter Geldbetrag auch durch amtliche oder am Markt beobachtbare Parameter ermittelt werden (vgl etwa die in RS0014700 indizierten Entscheidungen zur Bestimmbarkeit durch Rückgriff auf Listenpreise und die Entscheidung 7 Ob 114/18t zur Bestimmbarkeit durch Rückgriff auf marktübliche Diskontzinssätze als Abzinsungsfaktor für die Ablebensleistung eines Lebensversicherungsvertrags). Bei einem Fremdwährungskredit könnte insbesondere ein amtlich festgestellter (verlautbarter) Devisenkurs – wie früher jener der Wiener Börse – herangezogen werden, um die Kreditsumme bestimmbar zu machen (vgl 8 Ob 37/20d [ErwGr II.8]).

Die Beklagte bringt jedoch (in Übereinstimmung mit den Sachverhaltsfeststellungen zur Entscheidung 8 Ob 37/20d) selbst vor, dass seit 1999 keine amtlichen Wechselkurse mehr existieren. Dass es einen marktüblichen Wechselkurs gebe, behauptet sie ebenfalls nicht.

Die Zulässigkeit der Heranziehung eines solchen Marktkurses erscheint im Licht der erst jüngst ergangenen Entscheidung des EuGH (C-212/20, A. S.A.), nach der anzuwendende Wechselkurse in einem Fremdwährungskredit mit einem Verbraucher so detailliert umschrieben sein müssen, dass dieser auf der Grundlage genauer und nachvollziehbarer Kriterien in die Lage versetzt wird, den von der Bank jeweils angewandten Wechselkurs jederzeit auch selbst zu bestimmen (Rn 53, 55), zumindest fragwürdig. Genügt die Vertragsklausel diesen Erfordernissen nicht, ist es dem nationalen Gericht verwehrt, durch

Bezugnahme auf den „Marktwert“ Abhilfe zu schaffen, selbst wenn diese Auslegung dem übereinstimmenden Parteiwillen entsprechen sollte (Rn 56, 79).

3.4. **Die unbestimmte Kreditsumme kann entgegen der Ansicht der Beklagten auch nicht durch einen Rückgriff auf § 907b ABGB oder dessen Vorgängerbestimmungen definiert werden**.

§ 907b ABGB idF BGBl I Nr 50/2013 trat erst 2013 – also nach Abschluss des Kreditvertrags – in Kraft. Diese Norm ist jedoch wortident mit (der Vorgängerbestimmung) § 905a ABGB idF BGBl I Nr 120/2005, die nach den Übergangsbestimmungen nur auf nach dem 31. 12. 2006 abgeschlossene Rechtsgeschäfte anzuwenden ist (Art XXXII Abs 1 HaRÄG). Im Zeitpunkt des Abschlusses des Kreditvertrags zwischen dem Kläger und der Beklagten war die Zahlung einer Fremdwährungsschuld noch in Art 8 Nr 8 der 4. EVHGB geregelt, der aber im bürgerlichen Recht analog angewendet wurde (ErläutRV 1058 25. GP 71; Dullinger in Rummel/Lukas, ABGB4 § 907b ABGB Rz 1 [Stand 1. 11. 2014, rdb.at]).

Lautet eine im Inland zu zahlende Schuld auf Zahlung in Fremdwährung, so räumen § 907b ABGB und seine Vorgängerbestimmungen dem Schuldner eine Ersetzungsbefugnis ein, sodass er auch in Inlandswährung zahlen kann. Die Umrechnung erfolgt im Interesse des Fremdwährungsgläubigers zum Devisenankaufskurs, also zum Briefkurs, damit sich der Gläubiger die geschuldete Fremdwährung in voller Höhe der offenen Schuld selbst auf dem Währungsmarkt beschaffen kann (8 Ob 37/20d [ErwGr II.6]).

Die Anwendung dieser Norm setzt also voraus, dass eine echte Fremdwährungsschuld wirksam vereinbart worden ist (arg: „eine in ausländischer Währung ausgedrückte Geldschuld“); sie kann nicht herangezogen werden, um eine unbestimmte Fremdwährungsschuld zu konkretisieren.

Eine analoge Anwendung des Devisenankaufskurses scheint im vorliegenden Fall nicht sachgerecht, weil der Kläger die in Euro ausbezahlte Kreditsumme ja gerade nicht verwenden möchte, um damit wieder Schweizer Franken zu erwerben. Fremdwährungskredite werden typischerweise in der Hoffnung aufgenommen, dass sich die Kombination aus Zinsen und Wechselkursentwicklung im Vergleich zur inländischen Währung günstig entwickelt (Perner in Schwimann/Kodek, ABGB4 § 988 Rz 10).

Dazu kommt, dass die gesetzliche Ersetzungsbefugnis durch Parteienvereinbarung einer effektiven Fremdwährungsschuld abbedungen werden kann (1 Ob 77/01g). Z 75 der AGB der Beklagten spricht daher auch gegen eine (analoge) Anwendung der Norm.

3.5. Die Beklagte argumentiert in ihrer Revisionsbeantwortung weiters, dass sie die dem Kläger kreditierte (im Verfahren von ihr aber nicht bezifferte) Kreditsumme in Schweizer Franken vom Kläger angekauft und ihm den Verkaufserlös von 50.000 EUR ausbezahlt habe. Bei diesem Devisengeschäft dürfe sie ihren auf der Homepage veröffentlichten Ankaufskurs inklusive Gewinnspanne zur Anwendung bringen. Diese vorgeschlagene Rekonstruktion der Kreditsumme aus dem Devisenankauf (zu unbekannten Konditionen) ist jedoch nicht angebracht.

Dazu ist zunächst einmal festzuhalten, dass bislang weder unstrittig noch festgestellt ist, dass die Parteien eine Auszahlung der Kreditsumme effektiv in Schweizer Franken und eine Umwechslung derselben durch die Beklagte in Euro (wirksam) vereinbart hätten oder dass eine solche erfolgt sei.

Würde die Kreditsumme durch den Ankaufskurs beim Geldwechselvertrag bestimmt, führte dies außerdem zur Anwendung von zwei verschiedenen Wechselkursarten im Kreditverhältnis: Um

dem Kläger 50.000 EUR auszuzahlen, würde die Beklagte die Kreditsumme, also einen (der Höhe nach gar nicht definierten) Betrag in Schweizer Franken, nach dem für sie beim Devisenankauf günstigeren Ankaufskurs in Euro umrechnen. Dies würde die Kreditschuld des Klägers in Schweizer Franken rechnerisch erhöhen. Wenn der Kläger Tilgungszahlungen in Euro an die Beklagte leistete, würde er er dabei zugleich Schweizer Franken bei der Beklagten kaufen, wobei diese nach dem dabei für sie günstigeren Verkaufskurs umrechnen würde. Dies würde die Tilgungsraten für den Kläger verteuern.

Eine solche Vereinbarung, nach der bei Berechnung der Rückzahlungen eines auf eine ausländische Währung lautenden Darlehens der Verkaufskurs dieser Währung Anwendung findet, während der gewährte Darlehensbetrag auf der Grundlage des Ankaufskurses der ausländischen Währung in die nationale Währung umgerechnet wurde, wurde von einem ungarischen Gericht bereits als missbräuchlich im Sinn der Klausel-RL beurteilt. Der EuGH bestätigte, dass eine solche Umrechnungsregelung der Missbrauchskontrolle unterliegt (C-26/13, Kásler Rn 25, 53, 59; vgl dazu auch Graf, Neue EuGH-E: Ausnahmsweise doch kein ersatzloser Wegfall nichtiger AGB-Klauseln? ecolex 2021, 990 [991], der es im Hinblick auf die Entscheidung des EuGH C-932/19, OTP Jelzálogbank ua, für „fraglich“ hält, ob das von der Entscheidung 8 Ob 37/20d vertretene „Trennungsmodell“ [= unterschiedliche Wechselkurse bei Auszahlung und Rückzahlung eines Fremdwährungskredits] die Perspektive des Kreditnehmers, der Verbraucher ist, beim Vertragsabschluss realistisch wiedergibt).

Es erscheint daher problematisch, im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung die Kreditsumme durch einen solchen Umrechnungsmechnismus bestimmbar zu machen, der von den Vertragsparteien selbst möglicherweise nicht wirksam vereinbart werden könnte.

3.6. Der Unbestimmtheit des Kreditvertrags könnte schließlich auch nicht durch ein – hier nicht vereinbartes – Devisenfixing abgeholfen werden.

Die Beklagte verweist in der Revision in diesem Zusammenhang auf die aktuelle Entscheidung 8 Ob 37/20d. Danach steht es Schuldner und Gläubiger frei, bei Ausübung der Ersetzungsbefugnis den Eurogegenwert eines Fremdwährungsbetrags zunächst selbst zu berechnen und auch den anderen von der eigenen Berechnung oder Berechnungsmethode in Kenntnis zu setzen. Im Streitfall müsste die Höhe der Schuld in Euro mit einem Sachverständigen ausgemittelt werden (8 Ob 37/20d [ErwGr II.10], die die Zulässigkeit des Devisenfixing als Abschätzung eines Mittelkurses durch Marktbeobachtung bejaht).

Diese Überlegungen sind aber wegen der Unterschiede im zu beurteilenden Sachverhalt auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar. Es geht hier ja gerade nicht darum, für eine vertraglich festgelegte echte, aber nicht effektive Fremdwährungsschuld den Gegenwert in Euro zu ermitteln, weil der Schuldner von der Ersetzungsbefugnis nach § 907b ABGB Gebrauch machen will. Vielmehr geht es um die Frage, ob eine nur in Euro bezifferte effektive Fremdwährungsschuld bestimmbar ist.

Eine Schuld ist zwar auch dann als bestimmt anzusehen, wenn sie der möglichen billigen Ermittlung des anderen Teiles anheimgestellt wurde; in einem solchen Fall muss aber die Art der Ermittlung vertraglich festgelegt sein (RS0014707). Im vorliegenden Fall nahm aber – und darin liegt ein weiterer Unterschied zu den Sachverhalten der Entscheidungen 8 Ob 37/20d und (bspw) 6 Ob 154/21x – die Beklagte schon nach ihrem eigenen Vorbringen ohne entsprechende Vereinbarung ein Devisenfixing vor. Die Beklagte hat mit dem Kläger eben keine vertragliche Regelung getroffen, ob und in welcher Form sie einen Umrechnungskurs ermitteln oder sonst

festlegen soll. Der Deutlichkeit halber sei erneut betont, dass sich bis heute nicht einmal aus dem Prozessvorbringen der Beklagten ableiten lässt, zu welchem Stichtag sie zu welchem Kurs eine Umrechnung vorgenommen und welche Kreditsumme in Schweizer Franken sie so ermittelt haben will.

3.7. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass nach dem (bisherigen) Klagsvorbringen wegen Verletzung des Bestimmtheitsgebots kein Kreditvertrag zwischen Kläger und Beklagter zustande kam (vgl RS0014701; 9 ObA 613/93; Rummel in Rummel/Lukas, ABGB4 § 869 ABGB Rz 13 [Stand 1. 11. 2014, rdb.at]). Damit ist aber das Hauptbegehren des Klägers, dass er einen Eurobetrag erst bei der im Kreditvertrag vereinbarten Endfälligkeit zurückzahlen müsse, nicht schlüssig aus seinen Tatsachenbehauptungen abzuleiten. Dies wird im fortgesetzten Verfahren mit ihm zu erörtern sein.

4.1. Auch die konkrete Formulierung des Eventualbegehrens haben die Vorinstanzen aufgrund ihrer vom erkennenden Senat nicht geteilten Rechtsansicht nicht problematisiert.

Das Eventualbegehren umfasst drei verschiedene Rechtsschutzziele: Zum Ersten soll die Nichtigkeit des Kreditvertrags festgestellt werden. Außerdem begehrt der Kläger die Feststellung, dass er bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung lediglich 50.000 EUR abzüglich geleisteter Tilgungszahlungen zurückzahlen müsse; diese Formulierung enthält das zweite Rechtsschutzziel, dass der Kläger einen in Euro und nicht einen in Schweizer Franken definierten Betrag schulde. Schließlich strebt der Kläger drittens an, dass er keine Vergütungszinsen leisten müsse.

4.2. Das Gericht ist nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, dem Urteilsspruch eine klare und deutliche, vom Begehren abweichende Fassung zu geben, wenn sich letztere im Wesentlichen mit dem Begehren deckt (RS0039357; vgl RS0041254 [T30] zum Feststellungsbegehren). Damit wäre es wohl zulässig, anstelle der begehrten Nichtigkeit des Vertrags dessen nicht wirksames Zustandekommen wegen Unbestimmtheit festzustellen (vgl RS0014650, wonach in beiden Fällen eine Feststellungsklage einzubringen ist).

Dies ist jedoch nicht der einzige korrekturbedürftige Punkt des Eventualbegehrens:

4.3. Der Kläger meint, dass er bei Rückabwicklung den ausbezahlten Eurobetrag rückzuerstatten habe; die Beklagte dagegen argumentiert, dass eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung in Schweizer Franken erfolgen müsse.

Eine positive Feststellung, dass dem Kläger (nur) ein Eurobetrag zukam, fehlt im Sachverhalt. Nach dem Klagsvorbringen überwies die Beklagte im Namen des Klägers 50.000 EUR an einen Treuhänder. Jedoch brachte der Kläger andererseits auch vor, dass ihm die Beklagte Schweizer Franken zur Verfügung gestellt habe. Dem Kläger wird daher Gelegenheit zur Präzisierung seines Vorbringens zu geben sein.

4.4. Hinsichtlich der Zinsen vertritt der Kläger aber den Standpunkt, dass die Nutzung der Kreditsumme durch die bereits erfolgten Zahlungen des Klägers in Höhe des im Vertrag für eine Fremdwährungsschuld vereinbarten Zinssatzes abgegolten sein soll.

Tatsächlich ist das Feststellungsbegehren jedoch so formuliert, dass selbst die bisher von ihm geleisteten Tilgungsraten (offenbar nur laufende Zinsen) von den rückzuerstattenden 50.000 EUR abgezogen werden sollen. Die Beklagte erhielte daher überhaupt keine Gegenleistung für die

Zurverfügungstellung von 50.000 EUR über einen Zeitraum von bisher immerhin 18 Jahren. Diese Rechtsfolge ist nicht einmal vom Rechtsstandpunkt des Klägers gedeckt.

4.5. Abgesehen davon teilt der erkennende Senat die Rechtsansicht des Klägers nicht, dass der Beklagten bei einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung des Kreditvertrags (nur) die vertraglichen Zinsen zustehen würden.

Zinsen aus einer ohne Rechtsgrund geleisteten und daher rückzuerstattenden Geldsumme sind sogenannte Vergütungszinsen (RS0032078). Die Nutzung des Geldes durch den Bereicherten ist grundsätzlich (zumindest) mit den gesetzlichen Zinsen zu vergüten (RS0032078 [T2]; Dehn in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht2 [2007] G. Sanktionen Rz 2/82). Bei – hier nicht ersichtlicher – Unredlichkeit des Leistungsempfängers stünden dem Entreicherten Zinsen mindestens in der Höhe zu, wie er sie erzielt hätte, wenn er für diese Zeit einem Dritten ein Darlehen gewährt hätte (1 Ob 557/91).

Die vom Kläger zitierte Rechtsprechung zur Äquivalenz der jeweiligen Nutzen bei einem (rechtsungültigen) synallagmatischen Austausch wurde für Zug um Zug abgewickelte Zielschuldverhältnisse entwickelt, bei denen etwa der Verkäufer bis zur Rückabwicklung typischerweise über den Kaufpreis verfügen kann, während der Käufer in der Zwischenzeit in den als äquivalent angesehenen Genuss der Kaufsache kommt (vgl bloß RS0010214). Bei einem Kredit dagegen erhält zunächst nur der Kreditnehmer eine Leistung, nämlich die Zuzahlung der Kreditsumme. Ob und welche Leistungen (Zinsen, Raten) der Kreditgeber vor (End-)Fälligkeit erhält, ergibt sich aus der Vereinbarung im Einzelfall, sodass gerade nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Nutzen von Kreditnehmer und -geber einander zu jedem Zeitpunkt während des Dauerschuldverhältnisses wertmäßig entsprechen und sich bei der Rückabwicklung aufheben würden.

Für die Höhe der Zinsen sind vielmehr folgende Überlegungen anzustellen: Ein Anspruch des Kreditgebers auf die vertraglich vereinbarten Zinsen scheidet bei einer Rückabwicklung eines Kreditvertrags wegen des Fehlens eines Rechtsgrundes hierfür aus. Außerdem hätte der Kreditgeber vom Kreditnehmer bereits erbrachte (Rückzahlungs-)Leistungen zurückzustellen, weil mit der Anfechtung auch für ihn der Rechtsgrund zu ihrem Behaltendürfen weggefallen ist. Praktisch wären dafür der Rückforderungsanspruch des Kreditnehmers und jener des Kreditgebers im jeweiligen Umfang gegeneinander aufzurechnen (Dehn in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht2 [2007] G. Sanktionen Rz 2/82). Daher darf ohne Kreditvertrag weder der Kreditgeber einen Zinsertrag behalten, der die gesetzlichen Zinsen übersteigt, noch kann der Kreditnehmer sich auf die nicht (mehr) wirksame Vereinbarung eines günstigeren Vertragszinssatzes berufen.

Dazu kommt im vorliegenden Fall, dass bei einem Kreditvertrag, bei dem die Kreditsumme unbestimmt blieb, gar nicht berechnet werden könnte, wie hoch die Zinszahlungen nach dem vertraglich geschuldeten Zinssatz sein sollen.

Im Ergebnis lässt sich daher aus den Klagsbehauptungen der vom Kläger begehrte Feststellungsanspruch im Hinblick auf Modalitäten zur Rückabwicklung der Zinsen nicht als Rechtsfolge eines fehlenden Kreditvertrags herleiten. Damit ist das Eventualbegehren insoweit unschlüssig (RS0001252 [T4]).

Zwar ist auch bei Feststellungsbegehren der Zuspruch eines Minus grundsätzlich zulässig (RS0037485; RS0037476). Im vorliegenden Fall käme jedoch auch eine (lediglich) Teilstattgebung

des Eventualbegehrens nicht in Frage, weil es sich bei einer Verzinsung zu einem anderen Zinssatz mit einer anderen rechtlichen Grundlage um ein qualitatives Minus und damit ein Aliud handeln würde (vgl RS0037485 [T4]).

4.6. Nach ständiger Rechtsprechung hat das Gericht, bevor es unschlüssige Begehren abweist, deren Verbesserung anzuregen (RS0037166 [T1, T2, T5, T15]). Dies führt im Ergebnis zur Aufhebung in die erste Instanz.

5. Die Vorinstanzen zitieren zur Aufklärung über Zinsrisiko und das Währungs- bzw Wechselkursrisiko höchstgerichtliche Rechtsprechung, nach der ein Hinweis genüge, dass sich der Rückzahlungsbetrag im selben Verhältnis erhöhen oder vermindern wird, in dem sich der Wechselkurs zwischen den Währungen verändert (4 Ob 176/18p [Pkt 2.2]).

Nach den bisherigen Feststellungen enthält der hier abgeschlossene Kreditvertrag jedoch keinen entsprechenden Hinweis. Die von der Beklagten beantragten Beweise zu einer mündlichen Aufklärung des Klägers wurden nicht aufgenommen.

Somit ist derzeit eine Beurteilung, ob die Risikoaufklärung für den Kläger insbesondere auch im Hinblick auf die Entscheidung EuGH C-l86/16, Andriciuc, ausreichend war, nicht möglich.

6. Zusammengefasst war die Rechtssache an das Erstgericht zurückzuverweisen, um dem Kläger Gelegenheit zur Schlüssigstellung seines Klagebegehrens zu geben.

Sollte die Schlüssigstellung des Klagebegehrens gelingen, wird das Erstgericht im fortgesetzten Verfahren mit den Parteien die Problematik der Bestimmtheit der Kreditschuld sowie die inzwischen ergangene Entscheidung 1 Ob 93/21i und die Bedeutung und Gültigkeit der beiden abweichenden Klauseln zur Rückzahlung der Kreditsumme zu erörtern haben.

Soweit erforderlich, werden auch die beantragten Beweise zur Risikoaufklärung im Zusammenhang mit dem Wechselkursrisiko aufzunehmen sein.

17. Keine (Gesamt-)Nichtigkeit eines FX-Kreditvertrags

6.4.2022, 6 Ob 24/22f

Sachverhalt

Die Kläger haben mit der beklagten Bank einen Fremdwährungskreditvertrag geschlossen und begehren einerseits die Feststellung, die Rückzahlung des Kapitals in Euro (hilfsweise zusammen mit der Feststellung der Nichtigkeit des Vertrags) zu schulden, und andererseits die (Rück-)Zahlung der von ihnen geleisteten Zinszahlungen.

Die Vorinstanzen wiesen die Klage ab. Die Klausel, die die Rückzahlung des Kredits in Schweizer Franken regle, sei kurz, aber klar. Die Nichtigkeit der beanstandeten Klauseln hätte nicht die Unwirksamkeit des gesamten Kreditvertrags zur Folge.

Der OGH wies die außerordentliche Revision zurück.

Rechtliche Beurteilung

In der außerordentlichen Revision zeigen die Kläger keine Rechtsfrage von der in § 502 Abs 1 ZPO geforderten Qualität auf.

1. Im vorliegenden Fall schlossen die Kläger einen Kreditvertrag, der die Auszahlung eines Kreditbetrags von 200.000 EUR und die Rückzahlung in Schweizer Franken (CHF) regelte. Der – am selben Tag unterfertigte – Konvertierungsauftrag sah einen „Switch von EUR in CHF“ (handschriftlich vereinbart: zum Tageskurs) vor und setzte die „100 % Abwicklung in CHF“ entsprechend dem Konditionenoffert der Beklagten um. Im Ergebnis schuldeten die Kläger somit aufgrund der Konvertierung den entsprechenden CHF-Kreditbetrag im Gegenwert von 200.000 EUR; dieser CHF-Betrag bestimmte die Höhe der Zinszahlungen und den Rückzahlungsbetrag.

2.1. Es trifft zu, dass die von den Klägern als missbräuchlich und intransparent bezeichnete Klausel, wonach die Rückzahlung des Kredits in Schweizer Franken erfolge, die Rückführung des Kredits – also den Fremdwährungskreditvertrag und nicht den Geldwechselvertrag – betrifft. Eine Vereinbarung, den Fremdwährungskredit in derselben Fremdwährung zurückzuzahlen, ist nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs aber weder gröblich benachteiligend noch missbräuchlich (6 Ob 228/16x [Pkt 2.17.]). Eine Klausel oder Vereinbarung, die die Rückführung des Kredits in der „ausgenützten“ Währung vorsieht und deswegen als intransparent oder unbestimmt anzusehen wäre (1 Ob 93/21i; 6 Ob 51/21z), liegt hier ebenfalls nicht vor. Mit der Behauptung, die Klausel sei intransparent und missbräuchlich, weil daraus nicht hervorgehe, welchen konkreten CHF-Betrag die Kläger schuldeten, **übergeht die Revision, dass das Berufungsgericht seiner Beurteilung die Konvertierungsvereinbarung zugrunde legte, aus der sich die (hinsichtlich des Kurses handschriftlich und insoweit daher sogar individuell vereinbarten) Umrechnungsmodalitäten – anders als in dem der Entscheidung 6 Ob 51/21z zugrundeliegenden Fall – entnehmen lassen.** Dass diese Festsetzung des von den Klägern geschuldeten CHF-Betrags mangels Bestimmbarkeit nichtig ist, wird in der Revision nicht behauptet. Da sich die Revision mit der auf dieser Konvertierungsvereinbarung fußenden, konkreten Beurteilung des Berufungsgerichts gar nicht auseinandersetzt, gelingt es ihr aber schon deswegen nicht in diesem Punkt eine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung iSd § 502 Abs 1 ZPO zur Darstellung zu bringen (RS0043312 [T13]).

2.2. Die (drei) weiteren von den Klägern als missbräuchlich und intransparent bezeichneten Klauseln betreffen die Möglichkeit der Beklagten, in bestimmten Fällen einseitig eine

Konvertierung vorzunehmen, die Bestätigung, über die Besonderheiten und Risiken eines Fremdwährungskredits belehrt worden zu sein und diese Risiken zu tragen, sowie die erteilte Zustimmung, dass die Kreditfälligkeiten (Zinszahlungen) über ein bei der Beklagten geführtes Girokonto eingezogen werden. **Den Revisionsausführungen lässt sich nicht nachvollziehbar entnehmen, aus welchen Gründen der Entfall dieser Klauseln zur Unwirksamkeit (oder Undurchführbarkeit) des Kreditvertrags und damit zur begehrten Rückzahlungsmöglichkeit des Kreditbetrags in Euro führen können soll.** Mangels Einflusses eines (ersatzlosen) Entfalls dieser Klauseln auf die Rückzahlungsverpflichtung der Kläger stellt sich auch die in der Revision aufgeworfene Frage nicht, ob diese durch Dispositivrecht ersetzt werden können oder eine geltungserhaltende Reduktion möglich wäre.

3. Da die von den Klägern behauptete mangelhafte Aufklärung durch die Beklagte (über das Währungsrisiko oder das „Devisenfixing“) oder eine Nichtigkeit von Umrechnungsklauseln nicht zur Nichtigkeit oder Undurchführbarkeit des Kreditvertrags führt, liegen die in der Revision geltend gemachten Stoffsammlungsmängel ebenso wenig vor.

4. Einer weiteren Begründung bedarf es nicht (§ 510 Abs 3 ZPO).

18. Die aufgrund eines FX-Kreditvertrags geschuldeten Zahlungen sind nicht mit der im Vertrag angeführten Gesamtbelastung iSd § 33 BWG idF BGBl I 2000/33 betragsmäßig gedeckelt

22.4.2022, 4 Ob 71/22b

Sachverhalt

Nach der am 28. 8. 2021 zu * und * im Firmenbuch eingetragenen Verschmelzung wurde die übernehmende R* AG gemäß § 225a Abs 3 AktG Gesamtrechtsnachfolgerin der übertragenden L* Aktiengesellschaft. Die Bezeichnung der Klägerin ist daher gemäß § 235 Abs 5 ZPO von Amts wegen zu berichtigen.

Das klagende Kreditinstitut (bzw deren Rechtsvorgängerin, im Folgenden nur: Klägerin) gewährte dem beklagten Verbraucher am 2. 1. 2006 einen Abstattungskreditvertrag in Schweizer Franken über einen Kreditbetrag im Gegenwert von 318.753 EUR.

Die Vorinstanzen gaben der Klage statt, mit der die Klägerin den aus dem Kreditvertrag aushaftenden und aus dem Kopf ersichtlichen Betrag begehrt.

Der OGH wies die außerordentliche Revision zurück.

Rechtliche Beurteilung

In seiner dagegen erhobenen außerordentlichen Revision macht der Beklagte keine erhebliche Rechtsfrage geltend.

1. Der Beklagte stützt die Zulässigkeit des Rechtsmittels auf den Umstand, dass zur Frage einer vom Kreditinstitut bei einem Fremdwährungskredit angeführten Gesamtbelastung eines Kreditvertrags keine Rechtsprechung vorliege. **Im Kreditvertrag sei eine „Gesamtbelastung laut BWG“ von 441.908,44 EUR angeführt worden. Dieser Betrag sei Vertragsgegenstand gewesen und beschränke die (gesamte) Zahlungspflicht des Beklagten aus dem Kreditvertrag mit dem genannten Betrag. Die Klägerin habe diese Gesamtsumme beinahe erhalten, sodass die Klage überwiegend abzuweisen gewesen wäre.**

2.1. Die Frage, ob zwischen den Streitteilen ein Höchstbetrag vereinbart wurde, der die gesamte Rückzahlungsverpflichtung des Beklagten im Sinne der Ausführungen im Rechtsmittel betragsmäßig beschränkt, hängt von der Auslegung des konkreten Kreditvertrags ab.

2.2. Dabei ist ausgehend vom Wortlaut die Absicht der Parteien unter Berücksichtigung der redlichen Verkehrsübung sowie des Verhaltens und der Erklärungen der Parteien heranzuziehen (RS0044358 [T38]). Ob ein Vertrag im Einzelfall richtig ausgelegt wurde, stellt aber nur dann eine erhebliche Rechtsfrage dar, wenn infolge einer wesentlichen Verkennung der Rechtslage ein unvertretbares Auslegungsergebnis erzielt wurde (RS0042776 [T1, T3, T6, T10, T11, T31], RS0044358 [T31, T33, T40] ua).

2.3. Die Streitteile vereinbarten als Kreditgegenstand einen einmal ausnützbaren Schweizer Franken-Kredit im Gegenwert von 318.753 EUR mit variablen Zinsen und Nebengebühren mit Rückzahlungsverpflichtung bis Ende 2020. Der Beklagte nahm zur Kenntnis, dass es erforderlich sein könnte, „mehr Kapital aufzubringen, als der Kreditbetrag derzeit in Euro-Währung ausmacht“. Er wurde über das Wechselkurs- und das Zinsrisiko aufgeklärt und auch darüber, dass der Wechselkurs für den Zeitpunkt der Tilgung nicht vorhersehbar sei. Ihm wurde erklärt, dass der Tilgungsträger nicht das halten könne, was er verspreche. Die Streitteile vereinbarten auch, dass

die Klägerin zur Umwandlung des Kredits in EUR berechtigt ist, wenn der aushaftende Saldo durch Erhöhung des Wechselkurses von mehr als 15 % des Gegenwerts der ursprünglichen Kreditsumme übersteigt.

2.4. Die von den Vorinstanzen vertretene Rechtsansicht, dass bei dem Fremdwährungskreditvertrag im Anlassfall die geschuldeten Zahlungen des Beklagten nicht mit der im Vertrag angeführten Gesamtbelastung im Sinne der (mit dem DaKRÄG aufgehobenen, aber aufgrund § 103m BWG hier noch weiter anzuwendenden) Bestimmung des § 33 BWG idF BGBl I 2000/33 betragsmäßig beschränkt sind, ist unter Berücksichtigung des gesamten Vertragsinhalts und der im Zuge der Kreditaufnahme vorgenommenen Hinweise jedenfalls vertretbar.

3. Die Entscheidung weicht auch nicht von der bisherigen Rechtsprechung ab. Daraus lässt sich nicht ableiten, dass durch die (anzuführende bzw angeführte) Gesamtbelastung die Rückzahlungspflicht des Verbrauchers betragsmäßig beschränkt werden soll. Die Berechnung einer Gesamtbelastung nach § 33 BWG, in der nicht vorhersehbare Wechselkursschwankungen berücksichtigt sind, ist nach der Entscheidung 1 Ob 163/15z bei einem Fremdwährungskredit gar nicht möglich. Der bloße Verstoß gegen die Pflicht, die Gesamtbelastung im Kreditvertrag anzugeben, zieht nach dieser Entscheidung keine Nichtigkeit, auch nicht in Form einer (Teil-)Nichtigkeit nach § 879 Abs 1 ABGB nach sich, sondern (allenfalls) irrtums- und schadenersatzrechtliche Konsequenzen, die bei einem Fremdwährungskredit aber zu verneinen sind, weil eine unterlassene Anführung nicht kausal sein kann. In der Entscheidung 6 Ob 51/21z wurde festgehalten, dass von der angeführten Gesamtbelastung nicht auf den Vertragsgegenstand (Kreditsumme eines Fremdwährungskredits) geschlossen werden kann. Zu 9 Ob 57/20b führte der Oberste Gerichtshof (allgemein und abseits des Fremdwährungskredits) aus, dass die Anführung der Gesamtbelastung der Information des Verbrauchers gilt. Auch unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung, aus der sich nicht ergibt, dass mit der bloßen Anführung einer Gesamtbelastung kein Höchstbetrag zwischen den Parteien vereinbart wurde, wirft die angefochtene Entscheidung keine erhebliche Rechtsfrage auf.

4. **Der Rechtsansicht des Berufungsgerichts, dass der Beklagte sich nicht auf Irrtum berufen könne, weil das Währungs- und Zinsrisiko nicht in der angeführten Gesamtbelastung abgebildet hätte werden können (1 Ob 163/15z), tritt das Rechtsmittel nicht entgegen**.

5. Mangels einer Rechtsfrage von der Qualität des § 502 Abs 1 ZPO ist die außerordentliche Revision des Beklagten daher zurückzuweisen.

19. Rechtsmissbräuchliche Anfechtung eines FX-Kreditvertrags

24.5.2022, 4 Ob 208/21y

Sachverhalt

Der Kläger nahm 2004 bei der beklagten Bank einen endfälligen Fremdwährungskredit in Schweizer Franken im Gegenwert von 170.000 EUR auf, um die Renovierung seines Hauses zu finanzieren. Vor Unterzeichnung des Kreditvertrags wiesen Mitarbeiter der Beklagten auf das Wechselkursrisiko hin, weil der Kläger kein Einkommen in Schweizer Franken hatte.

Der Kläger erhielt den Kreditbetrag in Euro ausbezahlt. Er erhielt regelmäßig Kontoauszüge und jährliche Abrechnungen, die er nicht beanstandete. 2015, 2017 und 2018 wies die Beklagte den Kläger in Beratungsgesprächen auf die ungünstige Kursentwicklung hin, wobei der Kläger eine Konvertierung jeweils ablehnte.

Der Kläger begehrte die Feststellung, dass der Kreditvertrag nicht rechtswirksam zustande gekommen sei; hilfsweise die Aufhebung des Kreditvertrags. Der Vertrag sehe für die Umrechung der Kreditsumme den Briefkurs, für die Umrechnung der Raten-, Zins- und Tilgungszahlungen sowie Konvertierungen den Geldkurs vor. Der Kläger trage somit die gesamte Wechselkursspanne, was gröblich benachteiligend sei. Der anzuwendende Wechselkurs sei außerdem nicht bestimmt und setze den Kläger der Willkür der Beklagten aus. Der Kläger habe nie Schweizer Franken erhalten und auch die Pauschalraten seien in Euro definiert worden. Tatsächlich liege daher Dissens zur Höhe des Kreditbetrags vor.

Die Beklagte wendete ein, dass der Vertrag dank ausreichender Aufklärung über Risiken und Chancen von Fremdwährungsfinanzierung wirksam zustande gekommen sei. Der Kläger habe die Auszahlungswährung frei wählen können. Selbst im Fall der Unwirksamkeit der Klauseln wäre die Klage abzuweisen, weil sie nicht zur Gesamtnichtigkeit des Vertrags führen würden. **Außerdem habe der Kläger den ihm zugesandten Kontoauszügen nie widersprochen, sodass er alle Kurse anerkannt habe und seine spätere Berufung auf die Unwirksamkeit von Klauseln rechtsmissbräuchlich sei.**

Die Vorinstanzen wiesen die Klage ab, weil die Bank aufgrund der Verkehrssitte die Kurse durch Devisenfixing selbst festsetzen dürfe. Es stehe dem Kunden frei, den angebotenen Kurs abzulehnen und die erforderlichen Geldwechselverträge zu günstigeren Konditionen mit Dritten abzuschließen, etwa die für die Rückzahlung erforderlichen Schweizer Franken bei anderen Banken zu besorgen. Die Vertragsbestimmungen seien daher weder intransparent, gröblich benachteiligend oder sittenwidrig.

Der OGH wies die außerordentliche Revision zurück.

Rechtliche Beurteilung

1. Im vorliegenden Fall war der Wille beider Parteien auf einen Fremdwährungskreditvertrag in Schweizer Franken gerichtet. Ein solcher liegt vor, wenn der Kredit ganz oder teilweise in einer anderen Währung als in Euro gewährt wird. Dabei kommt es aber nicht darauf an, ob der Kredit in einer anderen Währung als Euro ausbezahlt wird. Maßgebend ist allein, dass die fremde Währung die Grundlage für die Rückzahlungsverpflichtung des Kreditnehmers bildet (7 Ob 48/17k [Pkt 1.1]; 1 Ob 190/16x [Pkt 4.1] mwH; 1 Ob 163/15z [Pkt II.1] mwH).

Auch die Rückzahlung kann je nach Vertragsgestaltung daher entweder in Euro (unechte Fremdwährungsschuld) oder in fremder Währung geschuldet sein (echte Fremdwährungsschuld)

(vgl 4 Ob 3/22b; vgl auch RS0061067; Perner in Schwimann/Kodek, ABGB4 § 988 Rz 10; vgl auch Dehn in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht2 [2007] A. Fremdwährungskredit Rz 2/203). Welche Funktion welche Währung bei einem konkreten Kreditvertrag hat, hängt also von der Vereinbarung der Vertragsparteien im Einzelfall ab.

2. Anders als in dem der Entscheidung 6 Ob 51/21z zugrunde liegenden Fall erhielt der Kläger im vorliegenden Fall nach den Feststellungen der Vorinstanzen seit 2004, sohin 18 Jahre lang, regelmäßig Kontoauszüge und jährliche Abrechnungen, ohne diese jemals zu beanstanden. Außerdem wurde der Kläger in den Jahren 2015, 2017, 2018 und 2019 mehrfach auf die Kursentwicklung hingewiesen, wobei der Kläger jedoch eine Konvertierung seines Kredits ablehnte.

Im vorliegenden Fall kann keinem Zweifel unterliegen, **dass der Wille des Klägers darauf gerichtet war, das Wechselkursrisiko zu Schweizer Franken zu tragen.** Der Kläger wünschte von vornherein einen CHF-Kredit, wurde über das damit verbundene Risiko belehrt und lehnte in der Folge trotz mehrfacher Hinweise auf die Wechselkursentwicklung eine Konvertierung seines Kredits ab. Ebenso kann keinem Zweifel unterliegen, dass der Kläger die von der Beklagten zugrundegelegten Wechselkurse kannte und dennoch eine Fortsetzung des Kreditverhältnisses wünschte. Dies entsprach auch zweifellos seiner Interessenlage, wäre doch andernfalls eine sofortige Rückzahlung der zugezählten Kreditvaluta zuzüglich 4 % Zinsen (§ 1000 Abs 1 ABGB) erforderlich gewesen (6 Ob 51/21z Rz 56 ff).

Die mit der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung von bereits in das Vollzugsstadium getretenen Dauerschuldverhältnissen verbundenen Schwierigkeiten (vgl Krejci in Rummel/Lukas, ABGB4 § 879 Rz 515) erfordern, dass ein Vertragspartner, der sich auf die Ungültigkeit eines Dauerschuldverhältnisses (hier: wegen angeblicher mangelnder Bestimmtheit) berufen möchte, seinen Vertragspartner zeitnah darüber aufklärt.

Nach völlig herrschender Auffassung ist im Rahmen eines (vor-)vertraglichen Schuldverhältnisses unter anderem über rechtliche Hindernisse, die einem gültigen Vertragsschluss entgegenstehen, aufzuklären (Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I14 Rz 70 mwN). Dies gilt umso mehr dann, wenn die Berufung auf die Nichtigkeit einem völlig anderen Zweck dient als die Norm, deren Absicherung die Nichtigkeitssanktion bezweckt: Das Verbot der (willkürlichen) einseitigen Festsetzung des Entgelts soll den Vertragspartner vor den damit verbundenen Gefahren schützen, nicht aber ihm ermöglichen, sich von der Tragung eines von ihm bewusst und fehlerfrei übernommenen Risikos (hier: des Wechselkursrisikos) zu lösen.

In diesem Sinne hat der Oberste Gerichtshof bereits mehrfach in vergleichbaren Situationen ein „venire contra factum proprium“ (widersprüchliches Verhalten) bejaht (RS0128483). So wurde es als rechtsmissbräuchlich angesehen, rund 17 Jahre nach Erfüllung des Kaufvertrags, Jahre nach Abwicklung der zugrundeliegenden Versicherungsverträge und Feststellung, dass sich die Investitionen nicht wie gewünscht entwickelt haben, nun unter Berufung auf die Unterlassung einer entsprechenden Belehrung vom Kaufvertrag zurückzutreten (7 Ob 133/18m). Auch in weiteren Entscheidungen wurde ein Spätrücktritt bei Lebensversicherungen unter dem Aspekt des venire contra factum proprium geprüft (vgl 7 Ob 15/20m; 7 Ob 20/20x; vgl dazu auch Klausberger in Keiler/Klauser, VerbraucherR § 3 KSchG Rz 57).

Dies lässt sich auf die Geltendmachung einer relativen Nichtigkeit wegen mangelnder Bestimmheit des Vertrags übertragen. Die Gegenauffassung würde es einem Kreditnehmer ermöglichen, seinen Vertragspartner jahrzehntelang über seinen Rechtsstandpunkt im Unklaren zu lassen und damit im

Ergebnis auf dessen Rücken zu spekulieren (vgl dazu im Zusammenhang mit Anlegerschäden 6 Ob 28/12d; 9 Ob 81/17d; RS0120784 [T12]).

Der Deutlichkeit halber ist zu betonen, dass diese Überlegungen ausschließlich den Einwand betreffen, es liege wegen mangelnder Bestimmtheit überhaupt kein Vertrag vor. Die Geltendmachung einer unrichtigen Berechnung einzelner Raten oder des aushaftenden Restbetrags ist davon nicht betroffen. Die allfällige Sittenwidrigkeit einer einzelnen Klausel hätte jedenfalls nicht die Ungültigkeit des gesamten Vertrags zur Folge (RS0016420). Allfällige Schwierigkeiten bei der Ermittlung des Wechselkurses führen jedoch nicht zur Ungültigkeit des gesamten Vertrags wegen mangelnder Bestimmtheit. Insoweit ist vielmehr schon durch die zeitnahe Information des Kunden über den zugrundegelegten CHF-Betrag ausreichende Bestimmtheit anzunehmen (vgl 9 Ob 66/21b). Hier lässt vielmehr das Gesamtverhalten des Klägers keinen anderen Schluss zu, als dass er das Vorliegen eines ausreichend bestimmten Kreditvertrags akzeptierte und diesen nicht nur eingehen, sondern auch jahrelang fortsetzen wollte. **Der Einwand, dass überhaupt kein gültiger Vertrag vorliege, ist dem Kläger daher verschlossen.** Dass die Beklagte die Umrechnung willkürlich vorgenommen hätte, wird vom Kläger auch gar nicht konkret behauptet.

3. Da danach im Anlassfall nicht von einer (Gesamt-)Nichtigkeit des zwischen den Parteien abgeschlossenen Kreditvertrags auszugehen ist, die mangels Bestimmtheit der Kreditvaluta oder wegen Undurchführbarkeit des Vertrags zu begründen wäre, können die unionsrechtlichen Ausführungen des Klägers zur Frage der Schließung einer durch Wegfall einer intransparenten oder missbräuchlichen Vertragsklausel entstandenen Lücke durch das dispositive Recht (§ 907b Abs 1 ABGB), die der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung 8 Ob 37/20d grundsätzlich bejaht hat, dahingestellt bleiben. Das Klagebegehren lässt sich aus all dem nicht ableiten.

4. Zusammenfassend zeigt die Revision des Klägers somit keine Rechtsfrage der von § 502 Abs 1 ZPO geforderten Qualität auf, sodass sie spruchgemäß zurückzuweisen war.

20. FX-Kredit: ausreichende Bestimmheit des FX-Betrags

18.5.2022, 1 Ob 173/21d

Sachverhalt

Die Klägerin schloss im November 2004 mit der Beklagten einen (endfälligen) Fremdwährungskredit ab, dessen Nichtigkeit sie mit ihrem (Feststellungs-)Hauptbegehren anstrebt; weiters begehrt sie den Ersatz der im Zusammenhang mit dem Abschluss dieses Vertrags angefallenen Spesen und Gebühren. Mit ihrem Eventualbegehren strebt sie die Unwirksamkeit einzelner Vertragsklauseln an und will als Folge davon die Abrechnung des Kreditvertrags in EUR anstelle in CHF festgestellt wissen. Im Revisionsverfahren leitet sie die Undurchführbarkeit (Nichtigkeit) des Vertrags primär aus der Intransparenz und Missbräuchlichkeit der von ihr als

Auszahlungsklausel (Klausel e)

> „Wir nehmen Bezug auf die mit Ihnen geführten Gespräche und erklären uns gerne bereit, Ihnen einen in Euro und Fremdwährung einmalig ausnützbaren Kredit bis zum Gegenwert von EUR 90.000,00 (in Worten: Euro neunzigtausend) in folgender Währung: Schweizer Franken auf ihrem Konto Nr. * samt allfälligen Konten in den jeweils erforderlichen Währungen zu nachfolgenden Bedingungen zur Verfügung zu stellen."

bzw als Rückführungsklausel (Klausel a)

> „Die Rückführung des Kredits erfolgt in der jeweils ausgenützten Währung"

bezeichneten Vertragsbestimmungen ab. Die Unwirksamkeit dieser Bestimmungen bewirke die Gesamtnichtigkeit des Kreditvertrags und damit auch die Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz der ihr im Zuge von dessen Abwicklung verrechneten Gebühren und Spesen.

Das Erstgericht wies die Klage ab.

Das Berufungsgericht bestätigte das die Klage abweisende Urteil des Erstgerichts. Die „Rückführungsklausel" befasse sich ausschließlich mit der Frage, in welcher Währung der Kreditbetrag zurückzuzahlen sei, und gebe darauf eine klare Antwort. Sie sei daher nicht intransparent. Wie in dem zu 8 Ob 37/20d entschiedenen Fall sei auch hier davon auszugehen, dass die Klägerin zusätzlich einen Geldwechselvertrag geschlossen habe. Dazu habe der Oberste Gerichtshof bereits ausgesprochen, dass selbst eine allfällige Unwirksamkeit des Geldwechselvertrags nicht zur Nichtigkeit des Kreditvertrags führe. Zu welchen Konditionen – insbesondere zu welchem Kurs – der Geldwechsel erfolgen sollte, sei der Klägerin im ersten Kontoauszug offengelegt und von ihr nie beanstandet worden. Eine allfällige Unwirksamkeit der übrigen Vertragsbestimmungen könne keine Gesamtnichtigkeit des Vertrags bewirken.

Der OGH wies die außerordentliche Revision zurück.

Rechtliche Beurteilung

Die außerordentliche Revision der Klägerin ist mangels Erörterung einer erheblichen Rechtsfrage zurückzuweisen:

1.1 (..)

2.1 Die übereinstimmende Auffassung der Vorinstanzen, nach der Vertragslage sei von einer echten Fremdwährungsschuld auszugehen, ist nicht zu beanstanden.

2.2 Nach den Feststellungen erhielt die Klägerin vor Abschluss des Kreditvertrags eine Produktbeschreibung, die unter anderem folgenden Inhalt aufwies: „Sie erhalten einen Kredit in einer Fremdwährung. Da Sie jedoch die Rechnungen für Ihre Investitionen in Euro begleichen müssen, wird der Kreditbetrag sofort in Euro umgerechnet. Sie zahlen den Kredit in der Währung zurück, in der Sie ihn aufgenommen haben. Dabei können sich Zins- und Kursschwankungen ergeben." Sie entschied sich für den Schweizer-Franken-Kredit, weil der Euro-Kredit hinsichtlich der Zinsbelastung etwa doppelt so teuer gewesen wäre.

2.3 Ein Fremdwährungskredit ist ein Kredit, der dem Kreditnehmer in einer anderen Währung als in Euro (hier CHF) gewährt wird (vgl § 2 Abs 12 VKrG). Dass der Kredit in einer Fremdwährung gewährt wird, bedeutet grundsätzlich, dass dem Kreditnehmer der kreditierte Betrag in dieser auszuzahlen ist und dieser seine Zahlungsverpflichtungen aus dem Vertrag grundsätzlich auch in der fremden Währung tätigen muss (vgl 1 Ob 163/21h Rz 4). Beim echten Fremdwährungskredit ist die Fremdwährung demnach auch Schuldwährung. Wird eine effektive Fremdwährungsschuld als Sonderform der echten Fremdwährungsschuld vereinbart, sind Zahlungen in anderer Währung eine Leistung an Zahlungs statt, die der Gläubiger grundsätzlich nicht als Erfüllung annehmen muss (6 Ob 51/21z Rz 11; vgl RS0061067).

3.1 Dass der Kredit in Fremdwährung gewährt wird, bedeutet zunächst, dass dem Kreditnehmer der kreditierte Betrag in fremder Währung geschuldet ist. Zu 8 Ob 37/20d wurde bereits ausgesprochen, dass der Kreditnehmer hinsichtlich der Auszahlung der Kreditvaluta (in fremder Währung) Gläubiger ist. Ein Recht des Kreditnehmers, den kreditierten Fremdwährungsbetrag in der Inlandswährung zugezählt zu erhalten, besteht demgegenüber nur bei einer entsprechenden zusätzlichen vertraglichen Vereinbarung. In dieser Entscheidung hat der Oberste Gerichtshof auch ausgeführt, dass der Kreditnehmer, lässt er sich den kreditierten Fremdwährungsbetrag in EUR auszahlen, zusätzlich einen „Geldwechselvertrag" abschließt. Insoweit liegt mittlerweile eine gefestigte Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs vor (8 Ob 37/20d; 1 Ob 93/21i; 6 Ob 154/21x; 1 Ob 163/21k; 9 Ob 62/21i).

3.2 Zu der von ihr als missbräuchlich und intransparent bezeichneten Klausel e („Auszahlungsklausel") macht die Klägerin – zusammengefasst – geltend, dass nicht von Anfang an klar gestellt worden sei, wie der Gegenwert der in EUR ausgedrückten Kreditsumme gebildet werden soll und diese daher unbestimmt (unbestimmbar) geblieben sei, und vermisst damit eine (ausdrückliche) Vereinbarung zur Wechselkursberechnung. **Richtig ist, dass diese Bestimmung keine Klausel enthält, die die Ein- und Verkaufskurse der Fremdwährung – oder zumindest Kriterien für deren Bestimmbarkeit zum jeweils maßgeblichen Zeitpunkt – festlegt. Fragen nach der Missbräuchlichkeit und/oder Intransparenz einer solchen Vertragsklausel (vgl dazu EuGH C-212/20 „A" S.A.; C-932/19 OTB Jelzálogbank) stellen sich damit nicht.**

3.3 Für die Beurteilung, ob eine Verletzung des Bestimmtheitsgebots vorliegt und deshalb ein Kreditvertrag nicht zustande kam, ist gemäß § 869 ABGB darauf abzustellen, ob die Höhe der in EUR ausgedrückten Kreditsumme („bis zum Gegenwert von 90.000 EUR") im Hinblick darauf, dass nach dem insoweit unzweifelhaften Parteiwillen die Beklagte einen Kredit in CHF gewähren sollte (um diesen sofort in EUR „umzuwechseln"), ausreichend bestimmt (im Sinn von deutlich bestimmbar) ist. Ob das (anfänglich) der Fall war, kann hier aber dahin stehen, **weil auch ein späteres Verhalten iSv § 863 ABGB eindeutige Schlüsse auf den nunmehr (bestimmten) Bindungswillen – hier: in Richtung eines Kreditbetrags mit dem nunmehr bekannten Kreditbetrag in CHF – zulässt** (RS0014711; Rummel in Rummel/Lukas, ABGB4 § 869 ABGB Rz 8 mwN). Bereits das Berufungsgericht hat darauf hingewiesen, dass der Klägerin die

Konditionen, die Kreditsumme in CHF und der Kurs zu dem der Geldwechsel (von CHF in EUR) erfolgte, **schon im ersten Kontoauszug offengelegt und von ihr nie beanstandet worden sind (**vgl 6 Ob 51/21z Rz 26). Die ihr von der Beklagten am Euro-Konto unter Bekanntgabe der Umrechnungskonditionen und der korrespondierenden Summe in CHF gutgeschriebene Kreditsumme diente nach dem Vertragszweck der Finanzierung von Wohnungseigentum, wobei die Klägerin auch gar nicht behauptet, dass sie die Kreditsumme nicht dem vereinbarten Zweck entsprechend verwendet hätte. Aus ihrem Verhalten ist auf ihr Einverständnis mit dem ihr auf diese Weise bekanntgegebenen CHF-Betrag zu schließen. Damit kann auch nicht zweifelhaft sein, dass der Kreditbetrag in CHF – und damit die Fremdwährungsschuld – bestimmt war und der Vertrag mit der Kreditsumme in Höhe des ihr bekanntgegebenen CHF-Betrags zu dem für die Ausnützung des Kredits in Fremdwährung vereinbarten Zinssatz zustande gekommen ist.

3.4 Steht – wie hier im Individualprozess – fest, dass die Klägerin den Kredit in CHF aufgenommen hat, folgt schon aus der Definition des Fremdwährungskredits, dass sie die Rückzahlung in dieser Währung zu leisten hat, und es sich daher um die „ausgenützte Währung“ handelt. Die in einem Verbandsverfahren ergangene Entscheidung zu 1 Ob 93/21i, in der die hier als „Rückführungsklausel“ (Klausel a) bezeichnete Vertragsbestimmung für sich als intransparent erkannt wurde, weil allein nach dieser Bestimmung unklar bleibe, dass eine zumindest als Verrechnungswährung dienende Fremdwährung die „ausgenützte Währung“ im Sinn des Vertragstexts sein solle, wenn die Bank die Kreditsumme nicht in der Fremdwährung, sondern in Euro auszahle, ist damit nicht einschlägig.

3.5 **Die von der Klägerin als missbräuchlich und intransparent bezeichnete Klausel, wonach die Rückzahlung des Kredits in der jeweiligen ausgenützten Währung erfolgt (Klausel a), ist vor dem Hintergrund der individuellen Vereinbarung weder unklar noch unvollständig**. Eine Vereinbarung, den Fremdwährungskredit in derselben Fremdwährung zurückzuzahlen, ist nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs auch nicht gröblich benachteiligend oder missbräuchlich (6 Ob 228/16x [Pkt 2.17.]). Selbst wenn die von ihr beanstandete „Rückführungsklausel“ entfiele und auch – wie sie meint – eine Anwendung des dispositiven Rechts (§ 907b Abs 1 ABGB) nicht in Betracht käme, bliebe es nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (1 Ob 47/21z; 1 Ob 163/21h; 9 Ob 62/21i) dabei, dass die Kreditrückzahlung (ohne Konvertierung) in der Fremdwährung zu erfolgen hat. Der Kreditvertrag wäre auf dieser Basis zu erfüllen und könnte auch ohne die beanstandete Klausel fortbestehen. Der Kreditnehmer müsste sich die von ihm in fremder Währung zu leistenden Beträge dann – nicht notwendigerweise beim Kreditgeber – selbst besorgen.

3.6 Damit ist es aber insgesamt nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht keine Grundlage für die von der Klägerin angenommene Undurchführbarkeit bzw (Gesamt-)Nichtigkeit des Fremdwährungskreditvertrags oder für die mit dem Eventualbegehren angestrebte Folge, dass die Klägerin einen EUR-Betrag schulde, zu erkennen vermochte. Ob der Kreditvertrag am 16. 11. 2004 zustande kam, weil sie an diesem Tag die schriftliche Urkunde unterfertigte, oder schon am 10. 11. 2004, wie sie ihren Begehren zugrunde legt, ist dabei ohne Bedeutung. Damit begründet es auch keine Aktenwidrigkeit (zum Erfordernis der Relevanz: RS0043265; RS0043367 [T1]), dass das Berufungsgericht irrig unterstellte, sie habe in erster Instanz zur Beilage ./7, die das Datum ihrer Unterschrift aufweist, kein Vorbringen erstattet und insoweit von einer unzulässigen Neuerung ausging.

4. Inwieweit die weiteren von der Klägerin als rechtswidrig bezeichneten Klauseln eine Unwirksamkeit/ Nichtigkeit (oder Undurchführbarkeit) des gesamten Kreditvertrags nach sich

ziehen sollten (Hauptbegehren) oder zur begehrten Abrechnung des Kredits und dessen Tilgung in EUR führen könnten (Eventualbegehren), ist nicht zu erkennen. Auch die Klägerin selbst leitet in ihren Revisionsausführungen keine solche Folgen ab. Auf ihr Leistungsbegehren kommt die Klägerin auch in diesem Zusammenhang nicht mehr zurück. Mangels Einflusses eines (ersatzlosen) Entfalls der von der Klägerin insgesamt beanstandeten Klauseln auf die Rückzahlungsverpflichtung stellt sich auch die in der Revision aufgeworfene Frage nicht, ob diese durch Dispositivrecht ersetzt werden können oder eine geltungserhaltende Reduktion möglich wäre. Die Anregung, ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art 267 AEUV einzuleiten, ist damit nicht aufzugreifen.

5. Da auch die von der Klägerin im Zusammenhang mit der „Rückführungsklausel“ weiters behauptete mangelhafte Aufklärung durch die Beklagte (insbesondere über das Währungsrisiko) nicht zur Nichtigkeit bzw Undurchführbarkeit des Kreditvertrags oder zu einer Abrechnung in EUR führt, liegen auch die in der Revision geltend gemachten Stoffsammlungsmängel nicht vor.

6. Einer weiteren Begründung bedarf es nicht (§ 510 Abs 3 ZPO).

21. FX-Kreditvertrag – CHF bleibt CHF

19.5.2022, 9 Ob 66/21b

[1] Die Streitteile schlossen am 17./23. 7. 2008 einen Kreditvertrag ab, in dem sich die Beklagte (Bank) gegenüber dem Kläger (Verbraucher) verpflichtete, ihm einen „in Euro und Fremdwährung einmalig ausnützbaren Kredit bis zum Gegenwert von 63.500 EUR in folgender Währung: Schweizer Franken … zur Verfügung zu stellen“ (vom Kläger als „Klausel 1“ bezeichnet). Vereinbart wurde weiter: „Sie ermächtigen uns, die dem Kreditkonto jeweils angelasteten Zinsen und Kosten sowie fällige Kapitaltilgungen zu Lasten des Euro-Girokontos … einzuziehen [′Klausel 2′]. … **Der Kredit steht Ihnen in der eingangs angeführten Höhe bis 31. 7. 2022 zur Verfügung. Die Rückführung erfolgt in der jeweiligen ausgenützten Währung.“** Die damaligen AGB sahen überdies vor, dass Fremdwährungskredite effektiv, dh in der Währung zurückzuzahlen sind, in der sie das Kreditinstitut gegeben hat. Eine Vereinbarung zum anzuwendenden Wechselkurs wurde nicht getroffen. Der Kläger entschloss sich, den Kredit in CHF auszunutzen, wodurch er den Nutzen in Gestalt niedriger Fremdwährungszinsen zog. Am 30. 7. 2008 belastete die Beklagte das CHF-Konto des Klägers mit 104.057,45 CHF, wobei sie Folgendes auswies: „EUR 63.500,000, Kurs 1,6387000“ (Beil. ./13; unstrittig).

[2] Der Kläger begehrte mit seiner am 7. 7. 2020 eingebrachten Klage unter Bedachtnahme auf seine bisherigen Zahlungen die Feststellung, dass er aus dem nicht zustande gekommenen / ungültigen Kreditvertrag 50.120,37 EUR, in eventu 51.390,37 EUR schulde. Die weiteren Eventualbegehren sind auf die Feststellung einer Rückzahlungsverpflichtung in Euro (63.500 EUR bzw den tatsächlich zugezählten EUR-Betrag; jeweils ohne, in eventu mit Annahme eines aufrechten Kreditverhältnisses) und die Pflicht der Beklagten zur Rückzahlung der bisherigen Leistungen des Klägers gerichtet. Zusammengefasst ist er der Ansicht, die Vertragsklauseln 1 und 2 seien mangels erkennbarer Berechnungsmethodik der Währungsumrechnung nichtig (§ 879 Abs 3 ABGB, § 6 Abs 3 KSchG, § 6 Abs 1 Z 5 KSchG), wodurch der gesamte Kreditvertrag als undurchführbar wegfalle. Er schulde nur die Rückzahlung des ursprünglich gewährten Eurobetrags.

[3] Die Vorinstanzen wiesen das Klagebegehren ab.

Rechtliche Beurteilung

[4] In seiner dagegen gerichteten außerordentlichen Revision zeigt der Kläger keine erhebliche Rechtsfrage von der Qualität des § 502 Abs 1 ZPO auf:

…

[6] 2. Revisible Rechtsfragen sieht der Kläger zusammengefasst darin, dass das Berufungsgericht zur Frage, unter welchen Umständen Klauseln zur Beschaffung und Rückzahlung von Fremdwährung und der damit verbundenen Währungsumrechnungsvorgänge als intransparent und missbräuchlich im Sinne der RL 93/13/EWG zu qualifizieren seien, von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs abgewichen sei. Auch fehle Rechtsprechung zur Frage, ob die Nichtigkeit bestimmter Vertragsklauseln einen Fremdwährungskredit in rechtlicher oder technischer Natur undurchführbar werden lasse. Dies gelte insbesondere für Klauseln, die zur erstmaligen ziffernmäßigen Bestimmung der Fremdwährungsschuld herangezogen werden (müssen), und für Klauseln, nach denen CHF-Kreditzinsen und die Festlegung des EUR-Gegenwerts, der vom EUR-Verechnungskonto eingezogen werden solle, bestimmt werden. Das Berufungsgericht habe nicht erkannt, dass die Prüfung der Durchführbarkeit eines Kreditvertrags

nach Wegfall der Klauseln nach objektiven Kriterien vorzunehmen sei. Es sei auch zur Frage der Zulässigkeit der Schließung einer Vertragslücke durch ergänzende Vertragsauslegung oder dispositives Recht von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs abgewichen.

[7] Dem ist nicht zu folgen.

[8] 2.1. Nach ständiger Rechtsprechung setzt ein („echter“) Fremdwährungskredit voraus, dass der Kredit in einer anderen Währung als in Euro gewährt wird und die fremde Währung die – vor allem für die Rückzahlungsverpflichtung des Kreditnehmers maßgebliche – Grundlage bildet (1 Ob 163/15z Pkt. II.1.; 1 Ob 190/16x Pkt. III.4.1; 7 Ob 48/17k Pkt. 1.1; 1 Ob 93/21i Rz 19; 1 Ob 163/21h Rz 4). Entscheidend ist, ob der Vertrag Ansprüche auf Zahlung in der Fremdwährung begründet (vgl RS0061067). In diesem Fall muss der Kreditnehmer seine Zahlungspflichten aus dem Vertrag grundsätzlich (sofern vertraglich nichts anderes vereinbart ist oder sich der Schuldner auf die Ersetzungsbefugnis des § 907b ABGB beruft) in der fremden Währung erfüllen (1 Ob 163/21h mwN). Auch der Kreditgeber ist – sofern der Vertrag nichts anderes vorsieht – zur Kreditauszahlung in dieser Währung verpflichtet. Wird dem Kreditnehmer die Wahl eingeräumt, sich den (Fremdwährungs-)Kredit in Fremdwährung oder in Euro auszahlen zu lassen, handelt es sich um ein Angebot der Bank, zusätzlich zum Kreditvertrag einen Geldwechselvertrag abzuschließen. Lässt er sich den Kredit in Euro auszahlen, tritt zum Kreditvertrag ein (entgeltlicher) Geldwechselvertrag hinzu (vgl 8 Ob 37/20d Pkt. III.2 f.; 1 Ob 93/21i Rz 19; 6 Ob 154/21x Rz 1; 1 Ob 163/21h Rz 4).

[9] Hier hatte sich der Kläger entschlossen, den Kredit in der Währung Schweizer Franken auszunützen, in der vereinbarungsgemäß auch die Rückführung des Kredits erfolgen sollte. Dafür wird auch das CHF-Konto des Klägers geführt. Da diese Währung hier daher unzweifelhaft die vom Kläger „ausgenützte Währung“ ist, ging schon das Erstgericht im Einklang mit der genannten Rechtsprechung zutreffend davon aus, dass der dem Kläger gewährte Kredit als echter (endfälliger) Fremdwährungskredit in CHF zu qualifizieren ist.

[10] **Die in einem Verbandsverfahren ergangene Entscheidung 1 Ob 93/21i, in der die hier als „Klausel 2“ bezeichnete Bestimmung für sich als intransparent erkannt wurde, steht dem nicht entgegen**. Die dort angenommene Unklarheit bezüglich der „ausgenützten Währung“ besteht hier nicht, weil sich der Kläger unmissverständlich dafür entschied, den Kredit in Schweizer Franken aufzunehmen, womit der Kredit ein Fremdwährungskredit blieb (s insoweit auch 1 Ob 93/21i Rz 19). Eine Vereinbarung, den Fremdwährungskredit in derselben Fremdwährung zurückzuzahlen, ist nach der Rechtsprechung auch nicht gröblich benachteiligend oder missbräuchlich (s 6 Ob 228/16x Pkt 2.17).

[11] 2.2. Es entspricht auch der ständigen Rechtsprechung, dass der Fremdwährungskreditvertrag auch ohne den Geldwechselvertrag bestehen und durchgeführt werden kann (6 Ob 154/21x Rz 2; 9 Ob 62/21h Rz 10). Ist der Geldwechselvertrag unwirksam, fällt daher der Fremdwährungskreditvertrag nicht automatisch weg. Entfielen beim Fremdwährungskreditvertrag die „Konvertierungsklauseln“ und käme auch eine Anwendung des § 907b Abs 1 ABGB nicht in Betracht, so bliebe es – wie der Oberste Gerichtshof erst jüngst ausgeführt hat (1 Ob 47/21z Rz 5; 1 Ob 163/21h Rz 6; 9 Ob 62/21h Rz 10) – grundsätzlich dabei, dass die Kreditrückzahlung in der Fremdwährung zu erfolgen hat. Der Kreditvertrag wäre auf dieser Basis zu erfüllen und könnte ohne die beanstandeten Klauseln fortbestehen. Der Kreditnehmer müsste sich die von ihm in fremder Währung zu leistenden Beträge dann – nicht

notwendigerweise beim Kreditgeber – selbst beschaffen. Auch davon ist bereits das Erstgericht ausgegangen.

[12] **Die der Beklagten erteilte Einzugsermächtigung steht dem schon aufgrund ihrer Widerrufbarkeit nicht entgegen.**

[13] 3. Von einer allfälligen Intransparenz oder Missbräuchlichkeit von Umrechnungsklauseln des Geldwechselvertrags ist demgemäß zu trennen, ob der Fremdwährungskreditvertrags als solcher wirksam zustande gekommen ist, um auch ohne den Geldwechselvertrag bestehen und durchgeführt werden zu können. Dafür müssen die Kreditsumme als Hauptleistungspflicht des Kreditgebers und die Rückzahlungspflicht als Hauptleistungspflicht des Kreditnehmers als essentialia negotii ausreichend bestimmt im Sinn einer eindeutigen Bestimmbarkeit sein (§ 869 ABGB; vgl RS0014010, RS0014693). **Darüber hinaus ist selbst ein durch die Unbestimmtheit entstehender Mangel „heilbar" im Sinne eines neuen Vertragsschlusses, wenn ein späteres Verhalten nach § 863 ABGB eindeutige Schlüsse auf den dann gegebenen bestimmten Bindungswillen zulässt (RS0014711; Rummel in Rummel/Lukas ABGB4 § 869 Rz 8 mwN [Stand 1. 11. 2014, rdb.at]; vgl insoweit auch 6 Ob 51/21z Rz 26). Es geht hier sohin nicht um die Frage der Transparenz der Umrechnungsmodalitäten, sondern um die Bestimmtheit der geschuldeten Kreditsumme. Erst wenn sie nicht bestimmt werden kann, kommt (auch) der Fremdwährungskreditvertrag nicht wirksam zustande.**

[14] 4. Hier wurde die Kreditsumme bei Vertragsabschluss mit „zum Gegenwert von 63.500 EUR" umschrieben. Der vorliegende Vertrag enthält nun zwar keine Klausel für die Ermittlung der Umrechnung in den CHF-Betrag (der naturgemäß erst nach dem Kreditabruf nach Maßgabe des dann aktuellen Kurses errechnet werden konnte). Anders als in dem der Entscheidung 6 Ob 51/21z zugrunde liegenden Fall brachte der Kläger hier aber selbst vor (ON 13 S 4), nach Kreditvertragsabschluss einen Kontoauszug des CHF-Kontos erhalten zu haben, der sowohl den CHF-Betrag auswies als auch den konkret herangezogenen Währungsumrechnungskurs dokumentierte. Erlangte er aber auf diese Weise Kenntnis vom Kreditbetrag in CHF und beanstandete er diesen CHF-Betrag – der von Beginn an wie auch im Jahr 2020 nach Zahlung der laufenden Zinsen und Kosten auf den Kontoauszügen als solcher ausgewiesen wurde (Beil. ./13) – , nicht, so lässt sein Verhalten hier nur den Schluss zu, mit einer Kreditsumme in Höhe eben jenes CHF-Betrags einverstanden gewesen zu sein, mit dem sein CHF-Konto belastet wurde (vgl auch 6 Ob 51/21z Rz 26). Damit ist die Fremdwährungsschuld hier betraglich mit 104.057,45 CHF bestimmt und zu dem für die Ausnützung des Kredits in Fremdwährung vereinbarten Zinssatz vertragsgegenständlich.

[15] 5. Da danach im Anlassfall nicht von einer (Gesamt-)Nichtigkeit des zwischen den Parteien abgeschlossenen Kreditvertrags auszugehen ist, die mangels Bestimmtheit der Kreditvaluta oder wegen Undurchführbarkeit des Vertrags zu begründen wäre, **können die unionsrechtlichen Ausführungen des Klägers zur Frage der Schließung einer durch Wegfall einer intransparenten oder missbräuchlichen Vertragsklausel entstandenen Lücke durch das dispositive Recht (§ 907b Abs 1 ABGB), die der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung 8 Ob 37/20d grundsätzlich bejaht hat, dahingestellt bleiben.**

[16] Das gilt auch im Hinblick auf die Leistungsbegehren des Klägers (Pkt 3.2. und 4.2. des zweiten bzw dritten Eventualbegehrens), die auf die Rückzahlung der von ihm geleisteten Zinsen, Kontoführungsgebühren und sonstigen Spesen gerichtet sind. In welchem Ausmaß in der – nach

Maßgabe eines echten Fremdwährungskredits in CHF geschuldeten – Zahlung von Zinsen in EUR eine rechtsgrundlose Überzahlung läge, wurde vom Kläger nicht beziffert. Die Rückzahlung der mit der Kontoführung verbundenen Gebühren und Bearbeitungsspesen wurde von ihm auf die Nichtigkeit des Kreditvertrags gestützt, die nicht vorliegt. Das Klagebegehren lässt sich aus all dem nicht ableiten.

[17] 6. Die außerordentliche Revision des Klägers ist danach mangels einer entscheidungswesentlichen Rechtsfrage von der Qualität des § 502 Abs 1 ZPO zurückzuweisen.

22. FX-Kreditvertrag: Zur Wirksamkeit des Trennungsmodells

1.6.2022, 5 Ob 54/22k

[1] Die Kläger haben als Verbraucher am 31. 3. 2005 bei der (Rechtsvorgängerin der) Beklagten einen Fremdwährungskredit aufgenommen. Im schriftlichen Kreditvertrag heißt es auszugsweise:

„1. Kreditbetrag:

Die (Beklagte) stellt Ihnen einen Fremdwährungskredit in Schweizer Franken mit der Möglichkeit zum Zeitpunkt einer jeden Tranchenfälligkeit in Japanische Yen (wobei die Umrechnung über den Euro erfolgt) und Euro zu tauschen, auf Roll-over-Basis im Gegenwert von maximal 170.000 EUR (in Worten Euro einhundertsiebzigtausend) zur Verfügung. **Die Umrechnung in die vereinbarte Währung erfolgt zum jeweils am Zuzähltag gültigen Geldkurs auf Basis (Beklagten-)Fixing und steht ihnen mit Valuta vier Banktage später auf Ihrem Eurokonto [...] zur Verfügung.**

[…]

4. Zinsen, Spesen und Gebühren:

4.1. Zinsen:

Für diesen Kredit berechnet Ihnen die Bank für Ausnützungen in Fremdwährung einen Zinssatz, welcher jeweils 1,5 % über dem maximal um 1/8 % auf volle Viertelprozentpunkte ab- oder aufgerundeten LIBOR (…) für Dreimonats-Zwischenbankgelder liegt, wobei der Zinssatz erstmals bei Zuzählung festgesetzt wird und dann jeweils zwei Banktage vor Beginn jeder Zinsperiode von der Bank laut British-Bankers-Association LIBOR Rate angepasst wird, sofern sich der entsprechende Indikatorwert verändert hat.[…]

5. Laufzeit und Rückführung:

5.1. Der Kredit wird auf Roll-over-Basis mit Einzelzinsperioden von drei Monaten, jeweils bis zum 15. 3.,15. 6.,15. 9. und 15. 12. eines jeden Jahres, abhängig von der Erhältlichkeit und Refinanzierbarkeit auf dem Geldmarkt, gewährt. Es steht Ihnen frei, die Kreditvaluta in mehreren Teilbeträgen abzurufen, wobei sich der Euro-Gegenwert jedes Teilbetrages auf mindestens 36.400 EUR beläuft. Die Zinsperiode jeder einzelnen Teilausnützung endet zum darauffolgenden Abrechnungstermin.

5.2. Der Kredit ist bis 15. 3. 2025 zurückzuzahlen. Für den Zeitraum ab Inanspruchnahme des Kredits beginnend mit 15. 6. 2005 bis 15. 3. 2025 verpflichten Sie sich, die jeweils nach Tranchenlaufzeit anfallenden Zinsen nach Ablauf der Tranchenlaufzeit zur Einzahlung zu bringen. Es gilt weiters als vereinbart, dass bis spätestens 15. 3. 2025 der gesamte Kreditbetrag in Höhe von derzeit 170.000 EUR zur Rückzahlung fällig ist. Die Rückführung des Kredits zu den oben angeführten Stichtagen, umgerechnet zum jeweiligen Briefkurs auf Basis (Beklagte-)Fixing, hat zu Lasten ihres Kontos [...] zu erfolgen, sodass der 15. 3. 2025 als letzter Rückführungstermin gewährleistet ist. Die Rückführung ist variabel und richtet sich nach den jeweiligen Tranchenfälligkeiten, wobei zumindest die anfallenden Zinsen und Spesen, beginnend mit 15. 6. 2005, zu entrichten sind.“

[2] Die Kläger behaupten die Nichtigkeit des Kreditvertrags. Dessen Konvertierungsklauseln verstießen gegen § 6 Abs 1 und 2 KSchG sowie § 879 Abs 3 ABGB, weil die Kursbildung unklar und nicht nachvollziehbar sei. Eine Lückenschließung durch ergänzende Vertragsauslegung oder dispositives Recht sei unzulässig, das Kreditverhältnis somit rückabzuwickeln. Hilfsweise

begehren die Kläger Zahlung von 77.000 EUR sA aus dem Titel des Schadenersatzes. Hätte die Beklagte sie über die Nichtigkeit des Vertrags aufgeklärt, hätten sie diesen nicht abgeschlossen, sondern einen Euro-Abstattungskredit aufgenommen.

[3] Das Erstgericht wies das Hauptbegehren, zwischen den Streitteilen festzustellen, dass der Kreditvertrag nichtig und das Kreditverhältnis von der Beklagten Zug um Zug gegen Zahlung von 171.456,98 EUR lastenfrei zu stellen sei, ebenso ab wie das Eventualzahlungsbegehren.

[4] Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Es teilte die Auffassung des Erstgerichts, die beanstandeten Konvertierungsklauseln seien intransparent. Eine geltungserhaltende Reduktion komme nicht in Betracht. Allerdings stehe mit § 907b Abs 2 ABGB eine Norm des dispositiven Rechts zur Verfügung, die anordne, dass eine in ausländischer Währung ausgedrückte Geldschuld im Inland auch in inländischer Währung erfüllt werden könne, es sei denn, dass die Zahlung in ausländischer Währung ausdrücklich bedungen worden sei. Die Umrechnung habe diesfalls nach dem Kurswert zu erfolgen. So wie aus dem Begriff „(Beklagten-)Fixing“ nicht abzuleiten sei, wie der Kurs ermittelt werde, enthalte auch der im Gesetz genannte „Kurswert“ keine weitere Information. **Die inkriminierte Klausel lasse sich ohne weiteres durch diesen Begriff des dispositiven Rechts ersetzen, der – hätten die Streitteile im Vertrag nicht auf das „Fixing“ verwiesen – ihnen vom dispositiven Recht zur Verfügung gestellt worden wäre. Eine Gesamtnichtigkeit des Vertrags liege daher nicht vor.** Da das Eventualbegehren die Nichtigkeit des Vertrags voraussetze, sei es ebenfalls zum Scheitern verurteilt. Die Frage der Intransparenz der Klausel sei ebensowenig Gegenstand eines Vorabentscheidungsersuchens wie die Frage, ob eine Klausel durch Inhalt des dispositiven Rechts ersetzt werden könne.

[5] Die Revision ließ das Berufungsgericht zu, weil höchstgerichtliche Rechtsprechung dazu fehle, ob eine intransparente Klausel vertragserhaltend durch eine Norm des dispositiven Rechts ersetzt werden könne, die – isoliert betrachtet – nicht präziser ist als die inkriminierte Klausel.

[6] Dagegen richtet sich die – von der Beklagten beantwortete – Revision der Kläger, in der sie eine Abänderung im Sinn einer Klagestattgebung, hilfsweise einer Aufhebung der Entscheidung der Vorinstanzen anstreben.

Rechtliche Beurteilung

[7] Die Revision ist – ungeachtet des den Obersten Gerichtshof nicht bindenden (§ 508a Abs 1 ZPO) Ausspruchs des Berufungsgerichts – nicht zulässig, sie kann keine erhebliche Rechtsfrage im Sinn des § 502 Abs 1 ZPO aufzeigen.

[8] 1. Die übereinstimmende Auffassung der Vorinstanzen, hier sei nach der Vertragslage von einer echten Fremdwährungsschuld auszugehen, weil die Verbindlichkeit nicht nur an die Kursentwicklung der Schweizer Franken gekoppelt gewesen sei, sondern die Kreditnehmer auch Anspruch auf Auszahlung der Kreditvaluta in der fremden Währung gehabt hätten, ziehen die Revisionswerber nicht mehr in Zweifel.

[9] 2. Wird den Kreditnehmern die Wahl eingeräumt, sich den (Fremdwährungs-)Kredit in Fremdwährung oder in Euro auszahlen zu lassen, handelt es sich nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (8 Ob 37/20d; 1 Ob 93/21i; 6 Ob 154/21x; 1 Ob 163/21h; 9 Ob 62/21i) um ein Angebot der Bank, zusätzlich zum Kreditvertrag einen Geldwechselvertrag abzuschließen. Lässt der Kreditnehmer sich den Kredit in Euro auszahlen, tritt daher zum Kreditvertrag ein (entgeltlicher) Geldwechselvertrag hinzu.

[10] 3. Entfielen aber beim Fremdwährungs-kreditvertrag die von den Klägern beanstandeten „Konvertierungsklauseln“ und käme auch – wie von den Klägern vertreten – eine Anwendung des dispositiven Rechts (§ 907b ABGB) nicht in Betracht, **bliebe es nach der gefestigten Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (1 Ob 47/21z; 1 Ob 163/21h; 9 Ob 62/21i) dessen ungeachtet dabei, dass die Kreditrückzahlung (ohne Konvertierung) in der Fremdwährung zu erfolgen hat.** Der Kreditvertrag wäre auf dieser Basis zu erfüllen und könnte auch ohne die beanstandeten Klauseln fortbestehen. Der Kreditnehmer müsste sich die von ihm in fremder Währung zu leistenden Beträge dann – nicht notwendigerweise beim Kreditgeber – selbst besorgen. Damit besteht auch keine Grundlage für die Annahme, dass mit der Unwirksamkeit des Geldwechselvertrags auch der Fremdwährungskreditvertrag wegfiele, dieser könnte auch ohne den Geldwechselvertrag bestehen und durchgeführt werden (6 Ob 154/21x; 1 Ob 163/21h; 9 Ob 62/21i).

[11] 4. Die von den Revisionswerbern gegen dieses „Trennungsmodell“ ins Treffen geführten Argumente können nicht überzeugen.

[12] 4.1 Graf (in ecolex 2021/638, 990) führte in seiner Besprechung der EuGH-Entscheidung C-932/19 OTB Jelzálogbank, in der der EuGH davon ausging, die vom ungarischen Gesetzgeber betreffend eine vergleichbare Konvertierungsklausel gesetzlich eingeführte Ersatzklausel sei zulässig, wenn die Durchführung der in den einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften vorgesehenen Maßnahmen es ermöglicht die Sach- und Rechtslage wiederherzustellen, in der sich der Verbraucher ohne die missbräuchliche Klausel befunden hätte, aus, der EuGH habe damit die Menge der Fälle, in der es aufgrund Unwirksamkeit einer Vertragsklausel zur Gesamtnichtigkeit komme, deutlich eingeschränkt. Graf referiert dort die Judikatur des Obersten Gerichtshofs und meint dazu, in der Rechtsprechung des EuGH finde sich das Trennungsmodell nicht wirklich wieder, zumal dieser von einem einheitlichen Vorgang ausgehe. Er hält es für fraglich, ob das vom Obersten Gerichtshof vertretene Trennungsmodell die Perspektive des Kreditnehmers, der Verbraucher sei, vom Vertragsabschluss realistisch wiedergebe.

[13] 4.2 Dem ist zu entgegnen, dass der EuGH grundsätzlich – so auch zu C-932/19 – nur die ihm konkret gestellten Fragen des nationalen Gerichts beantwortet, das (wie auch in der im Folgenden noch zu erörternden Entscheidung C-212/20) jeweils nach der Missbräuchlichkeit und/oder Transparenz einer Vertragsklausel betreffend den Ein- und Verkaufskurs der Fremdwährung im Kreditvertrag fragte **und das in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs fallbezogen vertretene „Trennungsmodell“ nicht erwähnte.** Gerade die eingangs zitierte Vertragsgestaltung im konkreten Fall zeigt aber deutlich, dass sich ein durchschnittlich verständiger Kreditkunde dessen bewusst sein musste, dass jeweils anlässlich der festgelegten Tranchenfälligkeit eine Konvertierung der Fremdwährung in Euro oder Yen möglich gewesen wäre, was – ebenso wie die Rückzahlung der nach Tranchenlaufzeit anfallenden Zinsen (die ebenso entweder in Fremdwährung oder Euro erfolgen konnte) – einen Geldwechselvorgang erforderte.

[14] 4.3 **Die in der Revision zitierte Entscheidung des EuGH C-212/20 „A“ S.A. nimmt zur Frage des „Trennungsmodells“ nicht Stellung.** Sie betraf einen in Polen aufgenommenen Fremdwährungskredit, bei dem das Darlehen an den Schweizer Franken gekoppelt war, wobei die Rückzahlung in Polnischen Zloty zu einem Satz zu erfolgen hatte, der nicht unter dem Einkaufskurs nach der zum Auszahlungszeitpunkt geltenden, näher bezeichneten Tabelle liegen dürfe. Der EuGH sprach aus, dass Art 5 der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen dahin auszulegen sei, dass der Inhalt einer Klausel eines zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher geschlossenen

Darlehensvertrags, die die Ein- und Verkaufskurse einer Fremdwährung, an die das Darlehen gekoppelt ist, festlegt, es einem normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Verbraucher ermöglichen muss, auf der Grundlage genauer und nachvollziehbarer Kriterien zu verstehen, wie der zur Berechnung der Höhe der Tilgungsraten verwendete Fremdwährungswechselkurs festgelegt wird, damit dieser Verbraucher die Möglichkeit hat, den von dem Gewerbetreibenden angewandten Wechselkurs jederzeit selbst zu bestimmen. Weiters urteilte der EuGH, dass Art 5 und Art 6 der genannten Richtlinie dahin auszulegen sind, dass sie dem nationalen Gericht, das die Missbräuchlichkeit einer Klausel eines zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher geschlossenen Vertrags im Sinn von Art 3 Abs 1 dieser Richtlinie festgestellt hat, nicht gestatten, eine Auslegung dieser Klausel vorzunehmen, um ihrer Missbräuchlichkeit abzuhelfen, auch wenn diese Auslegung dem gemeinsamen Willen der Vertragsparteien entsprechen sollte. Er führt aus (Rz 57), das vorlegende Gericht habe bei Missbräuchlichkeit der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Indexklausel diese unangewendet zu lassen. Nur dann, wenn die Ungültigerklärung der missbräuchlichen Klausel das Gericht zwingen würde, den Vertrag insgesamt für nichtig zu erklären, was für den Verbraucher besonders nachteilige Folgen hätte, sodass er dadurch geschädigt würde, könne das nationale Gericht die Klausel durch eine dispositive Bestimmung des nationalen Rechts ersetzen (Rz 72). Aus dem Satz (Rz 74), im vorliegenden Fall lasse sich nicht entnehmen, dass die vom vorlegenden Gericht in Betracht gezogene Auslegung dazu dienen soll, die Unwirksamkeit des Vertrags deshalb zu heilen, weil er ohne die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Indexklausel nicht fortbestehen könnte, lässt sich (implizit) sogar ableiten, dass auch der EuGH von einer Durchführbarkeit eines Fremdwährungskreditvertrags selbst ohne Umrechnungsklauseln ausgeht. Jedenfalls rechtfertigt er aber nicht die von den Revisionswerbern gewünschte Auslegung dahin, das „Trennungsmodell“ des Obersten Gerichtshofs sei mit der europäischen Rechtsprechung nicht vereinbar. **An dem vom Obersten Gerichtshof vertretenen Grundsatz (8 Ob 37/20d), gerade im Zusammenhang mit Fremdwährungskreditverträgen seien Devisengeschäfte mit dem Kreditgeber zwar häufig, aber weder faktisch noch rechtlich zwingend erforderlich, ist daher weiterhin festzuhalten.**

[15] 5. Die Behauptung, die Undurchführbarkeit ergebe sich daraus, dass die Kreditnehmer ihre Verpflichtung durch Beschaffung der Devisen von Dritten wegen der zwingenden Rückführung des Fremdwährungskredits zu Lasten des Euro-Verrechnungskontos nicht erfüllen könnten, widerspricht dem Neuerungsverbot (§ 504 Abs 2 ZPO).

[16] 6. Auf die Frage der Zulässigkeit der Lückenfüllung im Weg des Ersatzes der – nach Auffassung der Vorinstanzen intransparenten und missbräuchlichen Konvertierungsklausel – durch Anwendung von § 907b ABGB kommt es damit nicht an, die vom Berufungsgericht in seiner Zulassungsbegründung genannte erhebliche Rechtsfrage ist nicht zu beantworten. Auch ob die genannten Klauseln – wie von den Vorinstanzen mit ausführlicher Begründung vertreten – tatsächlich nicht nur als intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG, sondern auch als missbräuchlich wegen Verstoßes gegen § 6 Abs 1 Z 5 und Z 3 KSchG ungeachtet des Umstandes anzusehen sind, dass im Verbandsverfahren zu 2 Ob 184/20b eine davon abweichende Beurteilung erfolgte, ist nicht weiter zu erörtern.

[17] 7. Soweit der Kläger seinen Leistungsanspruch auf Schadenersatz stützt, kann er nach der nicht korrekturbedürftigen Auffassung der Vorinstanzen damit schon deshalb nicht durchdringen, **weil die Beklagte die ihr vorgeworfenen Aufklärungspflichten nicht verletzt haben kann.**

[18] 8. Die unionsrechtlichen Überlegungen der Kläger zur Frage der Schließung der durch Wegfall der Vertragsklausel entstandenen Lücke durch das dispositive Recht (§ 907b ABGB) können dahinstehen, weil hier nicht von einer (Gesamt-)Nichtigkeit des Kreditvertrags auszugehen ist. Weder der Anregung auf Unterbrechung des Verfahrens bis zur Entscheidung des EuGH über den in der Rechtssache C-81/21 gestellten Antrag auf Vorabentscheidung noch jener auf Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens war daher zu folgen.

23. FX-Kreditvertrag selbst bei unwirksamer Konvertierungsklausel wirksam

29.6.2022, 7 Ob 58/22p

[1] Die Streitteile schlossen im Juni 2004 einen Kreditvertrag ab, in dem sich die Beklagte (Bank) gegenüber den Klägern (Verbrauchern) verpflichtete, ihnen „einen in Euro und Fremdwährung einmalig ausnützbaren Kredit bis zum Gegenwert von 149.000 EUR in folgender Währung: Schweizer Franken ... zur Verfügung zu stellen“ (Klausel 1). Vereinbart wurde weiters: „Sie ermächtigen uns, die dem Kreditkonto jeweils angelasteten Zinsen und Kosten sowie fällige Kapitaltilgungen zu Lasten des Euro-Girokontos einzuziehen“ (Klausel 2). „Die Rückführung erfolgt in der jeweiligen ausgenützten Währung“ (Klausel 3). Die AGB sahen überdies vor, dass „die Fremdwährungskredite effektiv, das heißt in der Währung zurückzuzahlen sind, in der sie das Kreditinstitut gegeben hat ... Das Kreditinstitut ist auch berechtigt, einen in fremder Währung aushaftenden Schuldsaldo unter Anzeige an den Kunden in inländische Währung umzuwandeln, wenn sich durch die Kursentwicklung der fremden Währung das Kreditrisiko erhöht und das Kreditinstitut innerhalb angemessener Frist keine ausreichende Sicherstellung erlangt oder ...“ (Klausel 4). **Die Kläger entschlossen sich, den Kredit in Schweizer Franken auszunutzen, wodurch sie den Nutzen in Gestalt niedriger Fremdwährungszinsen zogen. Am 20. 7. 2004 belastete die Beklagte das CHF-Konto der Kläger mit 228.595,80 CHF, wobei sie Folgendes auswies: „149.000 EUR, Kurs 1,5342000“ (unstrittig)**.

[2] Gegenstand des Verfahrens sind verschiedene von den Klägern erhobene Feststellungs- und Geldleistungsbegehren (Haupt- und Eventualbegehren). Zusammengefasst sind sie der Ansicht, die Vertragsklauseln seien mangels erkennbarer Berechnungsmethodik der Währungsumrechnung nichtig (§ 879 Abs 3 ABGB, § 6 Abs 3 KSchG, § 6 Abs 1 Z 5 KSchG), wodurch der gesamte Kreditvertrag als undurchführbar wegfalle. Sie würden nur die Rückzahlung des ursprünglich gewährten Eurobetrags schulden.

Rechtliche Beurteilung

[3] 1.1 Nach ständiger Rechtsprechung setzt ein („echter“) Fremdwährungskredit voraus, dass der Kredit in einer anderen Währung als in Euro gewährt und die fremde Währung die – vor allem für die Rückzahlungsverpflichtung des Kreditnehmers maßgebliche – Grundlage bildet (1 Ob 163/15z; 1 Ob 190/16x; 7 Ob 48/17k; 1 Ob 93/21i; 1 Ob 163/21h; 9 Ob 66/21b). Entscheidend ist, ob der Vertrag Ansprüche auf Zahlung in der Fremdwährung begründet (vgl RS0061067). In diesem Fall muss der Kreditnehmer seine Zahlungspflichten aus dem Vertrag grundsätzlich (sofern vertraglich nichts anderes vereinbart ist oder sich der Schuldner auf die Ersetzungsbefugnis des § 907b ABGB beruft) in der fremden Währung erfüllen (1 Ob 163/21h mwN, 9 Ob 66/21b). Auch der Kreditgeber ist – sofern der Vertrag nichts anderes vorsieht – zur Kreditauszahlung in dieser Währung verpflichtet. Wird dem Kreditnehmer die Wahl eingeräumt, sich den (Fremdwährungs-)Kredit in Fremdwährung oder in Euro auszahlen zu lassen, handelt es sich um ein Angebot der Bank, zusätzlich zum Kreditvertrag einen Geldwechselvertrag abzuschließen. Lässt sich der Kreditnehmer den Kredit in Euro auszahlen, tritt zum Kreditvertrag ein (entgeltlicher) Geldwechselvertrag hinzu (vgl 8 Ob 37/20d; 1 Ob 93/21i; 6 Ob 154/21x; 1 Ob 163/21h; 9 Ob 66/21b).

[4] 2.2 Hier hatten sich die Kläger entschlossen, den Kredit in der Währung Schweizer Franken auszunützen, in der vertragsgemäß auch die Rückführung des Kredits erfolgen sollte. Dafür wird auch das CHF-Konto der Kläger geführt. Da diese Währung hier daher unzweifelhaft die von den Klägern „ausgenützte Währung“ ist, gingen die Vorinstanzen im Einklang mit der

genannten Rechtsprechung davon aus, dass der den Klägern gewährte Kredit als echter (endfälliger) Fremdenwährungskredit in CHF zu qualifizieren ist (vgl insb 9 Ob 66/21b und 1 Ob 173/21d, die jüngst zu gleichgelagerten Sachverhalten bei identer Bedingungslage ergangen sind).

[5] 2.3 Es entspricht ebenfalls der ständigen Rechtsprechung, dass der Fremdwährungskreditvertrag auch ohne den Geldwechselvertrag bestehen und durchgeführt werden kann (6 Ob 154/21x; 9 Ob 62/21h; 9 Ob 66/21b). Ist der Geldwechselvertrag unwirksam, fällt daher der Fremdwährungskreditvertrag nicht automatisch weg. Entfielen beim Fremdwährungskreditvertrag die „Konvertierungsklauseln" und käme auch eine Anwendung des § 907b Abs 1 ABGB nicht in Betracht, so bliebe es – wie der Oberste Gerichtshof auch jüngst ausgeführt hat (1 Ob 47/21z; 1 Ob 163/21h; 9 Ob 66/21b) – grundsätzlich dabei, dass die Kreditrückzahlung in der Fremdwährung zu erfolgen hat. Der Kreditvertrag wäre auf dieser Basis zu erfüllen und könnte ohne die beanstandeten Klauseln fortbestehen. Der Kreditnehmer müsste sich die von ihm in fremder Währung zu leistenden Beträge dann – nicht notwendigerweise beim Kreditgeber – selbst beschaffen. Auch davon sind bereits die Vorinstanzen ausgegangen.

[6] 2.4 Die der Beklagten erteilte Einzugsermächtigung steht dem schon aufgrund ihrer Wiederrufbarkeit nicht entgegen. **Gleiches gilt für die Möglichkeit der Beklagten, in bestimmten Fällen einseitig eine Konvertierung vorzunehmen. Der Wegfall dieser Klausel führte gerade dazu, dass die Kreditrückzahlung in der Fremdwährung auch weiter zu erfolgen hat.**

[7] 3. Von einer allfälligen Intransparenz oder Missbräuchlichkeit von Umrechnungsklauseln des Geldwechselvertrags ist demgemäß zu trennen, ob der Fremdwährungskreditvertrag als solcher wirksam zustande gekommen ist, um auch ohne den Geldwechselvertrag bestehen und durchgeführt werden zu können. **Dafür müssen die Kreditsumme als Hauptleistungspflicht des Kreditgebers und die Rückzahlungspflicht als Hauptleistungspflicht des Kreditnehmers als essentialia negotii ausreichend bestimmt im Sinn einer eindeutigen Bestimmbarkeit sein (§ 869 ABGB; vgl RS0014010, RS0014693).** Darüber hinaus ist selbst ein durch die Unbestimmtheit entstehender Mangel „heilbar" im Sinn eines neuen Vertragsabschlusses, wenn ein späteres Verhalten nach § 863 ABGB eindeutige Schlüsse auf den dann gegebenen bestimmten Bindungswillen zulässt (RS0014711; Rummel in Rummel/Lukas ABGB⁴ § 869 Rz 8 mwN [Stand 1. 11. 2014, rdb.at]; vgl insoweit auch 6 Ob 51/21z, 9 Ob 66/21b). Es geht hier sohin nicht um die Frage der Transparenz der Umrechnungsmodalitäten, sondern um die Bestimmtheit der geschuldeten Kreditsumme. Erst wenn sie nicht bestimmt werden kann, kommt (auch) der Fremdwährungskreditvertrag nicht wirksam zustande.

[8] 4. Hier wurde die Kreditsumme bei Vertragsabschluss mit „zum Gegenwert von 149.000 EUR" umschrieben. **Der vorliegende Fall enthält nun zwar keine Klauseln für die Ermittlung der Umrechnung in den CHF-Betrag (der naturgemäß erst nach dem Kreditabruf nach Maßgabe des aktuellen Kurses errechnet werden konnte). Anders als in dem der Entscheidung 6 Ob 51/21z zugrunde liegenden Fall brachten die Kläger hier aber selbst vor, dass nach Kreditvertragsabschluss das CHF-Kreditkonto mit einem Betrag in Höhe von 228.595,80 CHF belastet worden sei**, in welchem Zusammenhang sie sich ausdrücklich auf den ihnen – offenkundig zugegangenen – Kontoauszug des CHF-Kontos bezogen, der nach ihren eigenen Behauptungen sowohl den CHF-Betrag auswies als auch den konkret herangezogenen Währungsumrechnungskurs dokumentierte. **Erlangten sie aber auf diese Weise Kenntnis vom Kreditbetrag in CHF und beanstandeten sie diesen CHF-Betrag nicht, so lässt ihr Verhalten hier nur den Schluss zu, mit einer Kreditsumme in Höhe eben jenes CHF-Betrags**

einverstanden gewesen zu sein, mit dem ihr CHF-Konto belastet wurde (vgl 9 Ob 66/21b, 1 Ob 173/21d). Damit ist die Fremdwährungsschuld betraglich mit 228.595,80 CHF bestimmt und zu dem für die Ausnützung des Kredits in Fremdwährung vereinbarten Zinssatz vertragsgegenständlich.

[9] 5. **Da danach im Anlassfall nicht von einer Nichtigkeit des zwischen den Parteien abgeschlossenen Kreditvertrags auszugehen ist, die mangels Bestimmtheit der Kreditvaluta oder wegen Undurchführbarkeit des Vertrags zu begründen wäre, können die unionsrechtlichen Ausführungen der Kläger zur Frage der Schließung einer durch Wegfall einer intransparenten oder missbräuchlichen Vertragsklausel entstandenen Lücke durch das dispositive Recht (§ 907d Abs 1 ABGB), die der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung 8 Ob 37/20d grundsätzlich bejahte, dahin gestellt bleiben**.

[10] Das gilt auch im Hinblick auf das Leistungsbegehren der Kläger (Pkt 5.), das auf die Rückzahlung der von ihnen geleisteten Zinsen, Kontoführungsgebühren und sonstigen Spesen gerichtet ist. In welchem Ausmaß in der – nach Maßgabe eines echten Fremdwährungskredits in CHF geschuldeten – Zahlung von Zinsen in EUR eine rechtsgrundlose Überzahlung läge, wurde von den Klägern nicht beziffert. Die Rückzahlung der mit der Kontoführung verbundenen Gebühren und Bearbeitungsspesen wurde von ihnen auf die Nichtigkeit des Kreditvertrags gestützt, die nicht vorliegt.

[11] 6. Keines der Klagebegehren lässt sich demnach aus all dem ableiten.

[12] 7. Da weder die von den Klägern behauptete mangelhafte Aufklärung durch die Beklagte (über das Währungsrisiko) noch eine Nichtigkeit von Umrechnungsklauseln zur Nichtigkeit oder Undurchführbarkeit des Kreditvertrags führt, liegen auch die geltend gemachten Stoffsammlungsmängel nicht vor.

24. FX-Kreditvertrag – und wieder gewinnt die Bank

21.11.2022, 8 Ob 81/22b

Dem Rekurs der klagenden Parteien wird Folge gegeben.

Der Aufhebungsbeschluss des Berufungsgerichts wird aufgehoben und in der Sache selbst erkannt:

„I. Das Klagebegehren festzustellen, dass die zwischen der beklagten Partei und den klagenden Parteien am 2. Oktober 2007 zu Kontonummer * abgeschlossene Kreditvereinbarung nichtig ist, wird abgewiesen.

II. Das Klagebegehren, die beklagte Partei sei schuldig, den klagenden Parteien 7.580,16 EUR samt 730,82 EUR an kapitalisierten Vergütungszinsen und jeweils 4 % Zinsen aus diesen Beträgen seit Klagszustellung zu bezahlen, wird abgewiesen.

III. Das Eventualklagebegehren, festzustellen, dass folgende Vertragsklauseln des Kreditvertrags zwischen den Parteien vom 2. Oktober 2007 zu Kontonummer * unwirksam sind und der Kredit nicht in CHF, sondern in EUR abzurechnen und zurückzuzahlen ist, und zwar:

1. Die Rückführung des Kredits erfolgt in der jeweiligen ausgenützten Währung;

2. Die Einschätzung der zukünftigen Entwicklung des Wechselkursverhältnisses von Währungen gegenüber dem Euro ist auch für Spezialisten bestenfalls für einen kurzen Zeitraum möglich;

3. Sie und der/die Mithaftende/n bestätigen, von der B* AG über eventuelle Risiken ausreichend informiert worden zu sein, die im Zusammenhang mit der Kreditinanspruchnahme in Fremdwährung entstehen könnten;

4. Es besteht daher Einvernehmen darüber, dass alle diese Risiken (insbesondere auch das Devisenkursrisiko) ausschließlich von Ihnen getragen werden, und Sie sich im eigenen Interesse selbständig über die aktuelle Entwicklung der Devisenkurse informieren werde.

Weiters bestätigen Sie und der/die Mithaftende/n in Kenntnis der damit allenfalls verbundenen Risiken und zusätzlichen Rückzahlungsbelastungen, dass Sie mit einer Konvertierung der Kreditvaluta durch einen Kreditnehmer in folgende Währungen einverstanden sind: CHF, JPY, USD;

5. Wir nehmen Bezug auf die mit Ihnen geführten Gespräche und erklären uns gerne bereit, Ihnen einen in EUR und Fremdwährung einmalig ausnützbaren Kredit bis zum Gegenwert von 120.000 EUR (in Worten: Euro einhundertzwanzigtausend) in folgender Währung: Schweizer Franken auf Ihrem Konto Nummer * samt allfälligen Konten in den jeweils erforderlichen Währungen zu nachfolgenden Bedingungen zur Verfügung zu stellen;

6. Im Übrigen gelten, sofern keine gegenteiligen Bestimmungen vereinbart sind, die 'Allgemeinen Geschäftsbedingungen der B* AG', die durch Aushang in unseren Geschäftsräumen publiziert sind;

7. Im Übrigen wird auf die generellen Kredit- und Besicherungsbedingungen laut Anhang verwiesen. Mit der Annahme dieses Kreditvertrags bestätigen Sie gleichzeitig die generellen Kredit- und Besicherungsbedingungen laut Anhang zustimmend zur Kenntnis genommen zu haben,

wird abgewiesen.

IV. Die klagenden Parteien sind zur ungeteilten Hand schuldig, der beklagten Partei die mit 5.646,46 EUR (darin enthalten 940,21 EUR USt) bestimmten Kosten des Verfahrens erster Instanz und die mit 3.402,52 EUR (darin enthalten 567,09 EUR USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu zahlen."

Die klagenden Parteien sind schuldig, der beklagten Partei die mit 2.450,80 EUR (darin enthalten 408,47 EUR USt) bestimmten Kosten des Rekursverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Sachverhalt:

[1] **Die Kläger schlossen als Verbraucher am 2./9. 10. 2007 mit der Beklagten, einer in Österreich tätigen Bank, einen Kreditvertrag mit einer Laufzeit bis 1. 10. 2032 ab. In diesem Vertrag verpflichtete sich die Beklagte den Klägern einen in „Euro und Fremdwährung einmalig ausnützbaren Kredit bis zum Gegenwert von 120.000 EUR in folgender Währung: Schweizer Franken" auf ihrem Konto zur Verfügung zu stellen.** In der Kreditvereinbarung undden als Anhang angeschlossenen Kredit- und Besicherungsbedingungen sind unter anderem die im Spruch genannten Klauseln enthalten.

Die „Allgemeinen Geschäftsbedingungen der B* AG" enthalten unter anderem folgende Klauseln:

„Z 1 (1) Diese Allgemeinen Geschäfts-bedingungen (im Folgenden AGB) gelten für die gesamte Geschäftsverbindung zwischen dem Kunden und allen in- und ausländischen Geschäftsstellen des Kreditinstituts. Vorrangig gelten Bestimmungen in mit dem Kunden getroffenen Vereinbarungen oder in Sonderbedingungen.

...

Z 75 Fremdwährungskredite sind effektiv, das heißt in der Währung zurückzuzahlen, in der sie das Kreditinstitut gegeben hat."

[2] Die Kläger beantragen die Feststellung der Nichtigkeit des Kreditvertrags und der Zahlung von 7.580,16 EUR sA. **Hilfsweise begehren sie die Feststellung, dass die im Spruch genannten Klauseln nichtig seien und der Kredit daher nicht in Schweizer Franken, sondern in Euro abzurechnen und zurückzuzahlen sei.** Zusammengefasst bringen sie vor, dass eine unechte Fremdwährungsschuld vereinbart worden sei. **Ein hinreichende Aufklärung über das unter Umständen existenzbedrohende Wechselkursrisiko sei nicht erfolgt.** Sie hätten ihren Wohnsitz in Österreich und bezögen ihr Einkommen ausschließlich in Euro. Sie hätten keine Verwendung für Schweizer Franken, sondern vielmehr Verbindlichkeiten in Österreich abzudecken gehabt. Für die abgeschlossene Schweizer Franken-Variante des Kredits sei ein Zinssatz von 4 % heranzuziehen, bei richtiger Aufklärung hätte sich jedoch ergeben, dass dieser Kredit für die Kläger teurer sei als ein konventioneller Euro-Kredit. Die Auszahlung sei in Euro erfolgt. Für die Rückzahlung bestehe eine für die Kläger nicht abänderbare Einzugsermächtigung vom Euro-Verrechnungskonto. Die inkriminierten Klauseln seien intransparent und missbräuchlich. Sie stellten das Währungsrisiko, die Kreditkosten sowie die zur Anwendung kommenden Umrechnungskurse, Devisenhandelsspannen und Spesen nicht oder nur unzureichend dar, enthielten unwirksame Tatsachenbestätigungen und seien für die Kläger gröblich benachteiligend. Die Klauseln hätten daher ersatzlos zu entfallen. **Der Kreditvertrag werde dadurch undurchführbar und sei deshalb gesamtnichtig. Dementsprechend bestehe ein Anspruch auf den Ersatz von 7.580,16 EUR sA (Rechtsgeschäftsgebühr, Kosten in Zusammenhang mit der Grundbucheintragung, Legalisierungsgebühr, Bearbeitungs-gebühr und Wechselkursverluste)**. Wären nur die Klauseln nichtig und der Restvertrag gültig,

wäre der Kredit jedenfalls nicht in Schweizer Franken, sondern in Euro abzurechnen und zurückzuzahlen. Die Kläger hätten auch ein darauf gerichtetes Feststellungsinteresse.

[3] …

[4] Das Erstgericht wies das Hauptbegehren ab. **Dem Eventualbegehren gab es hinsichtlich der Klauseln 3 und 4 statt.** Im Übrigen wies es auch das Eventualbegehren ab. Es führte aus, dass die übrigen Klauseln weder intransparent noch rechtsmissbräuchlich seien. (…)

[5] Das Berufungsgericht gab der gegen den klagsabweisenden Teil des Urteils gerichteten Berufung der Kläger Folge, hob das Urteil auf und verwies es zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung zurück an das Erstgericht. Aus dem von den Klägern selbst vorgelegten Kontoauszug ergebe sich, dass der Kredit in Höhe des Gegenwerts von 120.000 EUR ausgenutzt worden sei. Dies entspreche einem Darlehensbetrag von 204.780 CHF. Damit sei die Kreditsumme bestimmt. Im Zusammenhalt mit dem nicht substantiiert bestrittenen Vorbringen der Beklagten, dass die Kläger den verrechneten Kursen nie widersprochen hätten und trotz mehrmaliger Aufklärung über die Risiken an der Ausnützung in Fremdwährung festgehalten hätten, könne ohne Weiteres auf den Bindungswillen der Kläger auch hinsichtlich der Höhe der Kreditvaluta in CHF geschlossen werden. Damit sei in hinreichend bestimmter Form eine echte Fremdwährungsschuld begründet worden.

[6] Das bedeute jedoch noch nicht, dass die Klausel 5 auch dem Transparenzgebot entspreche. In einem Verbandsprozess habe der Oberste Gerichtshof eine vergleichbare Klausel als intransparent erachtet. Das sei jedoch nicht ohne Weiteres auf einen Individualprozess übertragbar. Nach dem Vertragstext sei von keiner ausreichenden Aufklärung auszugehen. Die Beklagte habe aber vorgebracht, dass die Initiative zur Umschuldung auf einen Fremdwährungskredit von den Klägern ausgegangen sei. Nach der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs sei auch die Risiko- und Kostenaufklärung Teil der Prüfung der Transparenz der die Hauptleistungspflichten eines Fremdwährungskredits regelnde Klauseln. Es komme daher darauf an, inwieweit die Kläger umfassend über das Wechselkursrisiko, wie von der Beklagten behauptet, informiert worden seien, was vom Erstgericht aber noch nicht geprüft worden sei.

[7] Bei Entfall der Konvertierungsklauseln habe, sofern nicht § 907b ABGB zur Anwendung gelange, die Rückzahlung in der Fremdwährung zu erfolgen. Der Vertrag enthalte keinen Hinweis darauf, dass implizit auch ein Geldwechselvertrag abgeschlossen werde. Dass Banken bei einem Geldwechsel Gewinn anstrebten, sei auch einem Konsumenten bekannt. Aus dem Fehlen einer Aufklärung über die mit der Auszahlung der Kreditsumme und den Zahlungen des Kreditnehmers verbundenen Kosten sei daher nicht auf die Intransparenz der die Hauptleistungspflichten eines Fremdwährungskredits regelnden Klauseln zu schließen. **Es sei jedoch zu berücksichtigen, dass der Beklagten eine Einziehungsermächtigung zu Lasten eines Euro-Girokontos der Kläger erteilt worden sei. Dass die Kläger damit nicht verpflichtet worden seien, die Zahlungsflüsse über dieses Konto abzuwickeln, sei für den durchschnittlichen Verbraucher nicht transparent. Damit könne die Duldung der Einziehung aber auch als Wahrnehmung der Ersetzungsbefugnis des § 907b ABGB angesehen werden. Die Verrechnung von Geldwechselspesen sei dann aber nicht gedeckt.**

[8] Es seien daher **ergänzende Feststellungen** im Hinblick auf die Informationen der Kläger betreffend das Wesen und die Funktion des Fremdwährungskredits und zur Risikoaufklärung, nicht aber zur Kostenaufklärung erforderlich. Eine Aufhebung sei auch hinsichtlich der Geldwechselspesen erforderlich, da diese nicht ausreichend aufgeschlüsselt seien. Bei einer

Nichtigkeit des Vertrags sei zu klären, in welcher Währung den Klägern die Kreditsumme zugekommen sei. Weiters sei zu erörtern, ob die Feststellung der Nichtigkeit der einzelnen Klauseln unabhängig von der Feststellung begehrt werde, dass die Rückführung in Euro zu erfolgen habe.

[9] Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof wurde vom Berufungsgericht zugelassen, **weil keine oberstgerichtliche Rechtsprechung dazu bestehe, ob § 6 Abs 3 KSchG dahingehend zu interpretieren sei, dass im Individualprozess alle den Vertragsabschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen seien. Auch sei klarzustellen, ob einem Durchschnittsverbraucher der Umstand erkennbar sei, dass bei Auszahlung eines Fremdwährungskredits in Euro ein zusätzlicher, entgeltlicher Geldwechselvertrag geschlossen worden sei. Auch sei eine Klarstellung zur Währung, in der eine allfällige bereicherungsrechtliche Rückabwicklung zu erfolgen habe, erforderlich.**

[10] Gegen diese Entscheidung richtet sich der Rekurs der Kläger, mit dem Antrag, in der Sache selbst zu entscheiden und der Klage stattzugeben. In eventu wird beantragt, den Beschluss aufzuheben und die Rechtssache zur Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. In eventu wird beantragt, den Beschluss und das Ersturteil aufzuheben und die Rechtssache an das Erstgericht unter Überbindung der Rechtsansicht des Obersten Gerichtshofs zurückzuverweisen.

[11] Die Beklagte beantragt, den Rekurs zurückzuweisen, hilfsweise ihm nicht Folge zu geben.

[12] Der Rekurs der Kläger ist zulässig und im Sinne einer Abänderung des Aufhebungsbeschlusses auch berechtigt. Dabei kann der Oberste Gerichtshof gemäß § 519 Abs 2 letzter Satz ZPO über einen Rekurs gegen einen Aufhebungsbeschluss des Berufungsgerichts nach § 519 Abs 1 Z 2 ZPO durch Urteil in der Sache selbst erkennen, wenn die Sache zur Entscheidung reif ist, wobei diese Entscheidung auch zum Nachteil des Rekurswerbers ausfallen kann. **Eine derartige Sachentscheidung des Obersten Gerichtshofs verstößt nicht gegen das Verschlechterungsverbot (RS0043853; RS0043939)**.

Rechtliche Beurteilung

[13] 1. Ein Fremdwährungskredit ist ein Kredit, der dem Kreditnehmer in einer anderen Währung als in Euro (zB Schweizer Franken) gewährt wird (vgl § 2 Abs 12 VKrG).

[14] Kriterium der echten Fremdwährungsschuld ist, dass der Gläubiger den Anspruch auf Zahlung in Fremdwährung hat, während bei der unechten Fremdwährungsschuld dem Gläubiger eine Forderung nur in inländischer Währung zusteht und die Angabe der fremden Währung lediglich als Rechnungsgrundlage zur Ermittlung des geschuldeten Euro-Betrags dient (RS0061067).

[15] 2. Voraussetzung für den echten Fremdwährungskredit ist daher, dass der Kredit in einer anderen Währung als in Euro gewährt und die fremde Währung die – vor allem für die Rückzahlungsverpflichtung des Kreditnehmers – maßgebliche Grundlage bildet (9 Ob 66/21b; 1 Ob 163/21h; 7 Ob 48/17k ua).

[16] Wird dem Kreditnehmer in einem solchen Fall zusätzlich die Wahl eingeräumt, sich den (Fremdwährungs-)Kredit in Fremdwährung oder in Euro auszahlen zu lassen, handelt es sich um ein Angebot der Bank, zusätzlich zum Kreditvertrag einen Geldwechselvertrag abzuschließen. Lässt sich der Kreditnehmer den Kredit in Euro auszahlen, tritt zum Kreditvertrag ein

(entgeltlicher) Geldwechselvertrag hinzu (9 Ob 66/21b; 1 Ob 163/21h; 6 Ob 154/21x; 1 Ob 93/21i; 8 Ob 37/20d ua).

[17] 3. Die Rekurswerber argumentieren, dass keine echte Fremdwährungsschuld vorliege, weil im Vertrag kein konkreter Betrag in CHF genannt und daher die Bestimmung einer konkreten Kreditsumme nicht möglich sei. Die Klausel 5, nach der ein Betrag bis zum Gegenwert von 120.000 EUR in CHF zur Verfügung gestellt wird, enthalte auch keine Parameter für die Umrechnung. Damit lasse sich die konkrete Höhe der Kreditsumme nicht mit der erforderlichen Klarheit im Sinn des Transparenzgebots bestimmen.

[18] 4. Der Oberste Gerichtshof war zuletzt mehrfach mit vergleichbaren Klauseln in Kreditverträgen befasst und hat in diesen Entscheidungen darauf verwiesen, dass ein Fremdwährungskreditvertrag auch ohne den Geldwechselvertrag bestehen und durchgeführt werden kann (6 Ob 154/21x; 9 Ob 66/21b ua). Ist der Geldwechselvertrag unwirksam, fällt daher der Fremdwährungskreditvertrag nicht automatisch weg.

[19] **Von einer allfälligen Intransparenz oder Missbräuchlichkeit von Umrechnungsklauseln des Geldwechselvertrags ist zu trennen, ob der Fremdwährungskreditvertrag als solcher wirksam zustande gekommen ist.** Dafür müssen die Kreditsumme als Hauptleistungspflicht des Kreditgebers und die Rückzahlungspflicht als Hauptleistungspflicht des Kreditnehmers als essentialia negotii ausreichend bestimmt im Sinn einer eindeutigen Bestimmbarkeit sein (§ 869 ABGB; vgl RS0014010, RS0014693). Darüber hinaus ist selbst ein durch die Unbestimmtheit entstehender Mangel „heilbar“ im Sinn eines neuen Vertragsabschlusses, wenn ein späteres Verhalten nach § 863 ABGB eindeutige Schlüsse auf den dann gegebenen bestimmten Bindungswillen zulässt (RS0014711; Rummel in Rummel/Lukas, ABGB4 § 869 Rz 8 mwN [Stand 1. 11. 2014, rdb.at]). **Es geht sohin nicht um die Frage der Transparenz der Umrechnungsmodalitäten, sondern um die Bestimmtheit der geschuldeten Kreditsumme. Erst wenn sie nicht bestimmt werden kann, kommt (auch) der Fremdwährungskreditvertrag nicht wirksam zustande (7 Ob 58/22p, 9 Ob 66/21b)**.

[20] In diesem Sinn wurden Kreditverträge, die die Kreditsumme in einer ausländischen Währung mit „zum Gegenwert von“ einem bestimmten Euro-Betrag umschrieben, als ausreichend bestimmt angesehen, wenn in der Folge das Schweizer Franken-Kreditkonto der Kreditnehmer mit einem bestimmten Schweizer Franken-Betrag belastet wurde, sich aus den Kontoauszügen der konkret herangezogene Umrechnungskurs ergab und die Kreditnehmer auf diese Weise Kenntnis vom Kreditbetrag in CHF erhielten und ihn nicht beanstandeten, da ihr Verhalten nur den Schluss zulasse, mit einer Kreditsumme in Höhe eben jenes Schweizer Franken-Betrags einverstanden gewesen zu sein (7 Ob 58/22p; 1 Ob 173/21d; 9 Ob 66/21b). Damit sei die Fremdwährungsschuld mit dem Betrag, mit dem das Konto belastet sei, betraglich ausreichend „bestimmt“ und zu dem für die Ausnützung des Kredits in Fremdwährung vereinbarten Zinssatz vertragsgegenständlich.

[21] 5. Auch im vorliegenden Fall ergibt sich aus dem von den Klägern vorgelegten Kontoauszug (./K) sowohl der Kreditbetrag in Schweizer Franken (204.780 CHF) als auch der Umrechnungskurs (1,7065000), aus dem sich der Betrag von 120.000 EUR errechnet. Wenn der Rekurs in diesem Zusammenhang ausführt, dass auf dem Kontoauszug teilweise unklare Begriffe und Nummern zu finden sind, mag dies richtig sein. **Das ändert aber nichts daran, dass der durchschnittliche Konsument Kontoauszüge jedenfalls soweit lesen kann, dass er nachvollziehen kann, welchen Kontostand ein Kontoauszug ausweist.** Von einer Umrechnung

von Euro in CHF konnten die Kläger selbst bei undeutlicher Formulierung in ./J nicht ausgehen, wurden ihnen doch nach ihrem eigenen Vorbringen Euro ausgezahlt.

[22] Die Kläger haben über viele Jahre weder die im Kontoauszug angegebene CHF-Summe noch den Umrechnungskurs beanstandet. Aus diesem Verhalten ist daher auch im vorliegenden Fall auf das Einverständnis der Kreditnehmer mit dem ihnen auf diese Weise bekanntgegebenen Schweizer Franken-Betrag zu schließen. Damit ist der Kreditbetrag in CHF und damit die – echte – Fremdwährungsschuld ausreichend „bestimmt“ und der Vertrag mit dieser Kreditsumme zustande gekommen. Da die Bestimmbarkeit nur die Höhe der Kreditsumme betrifft, stellt sich entgegen dem Rekurs nicht die Frage, was (sonst) konkludent Inhalt der Vereinbarung geworden ist.

[23] 6. Die vom Berufungsgericht zitierte, in einem Verbandsverfahren ergangene Entscheidung 1 Ob 93/21i, in der eine der hier zu beurteilenden Klausel 5 vergleichbare Klausel als intransparent erkannt wurde, weil allein nach dieser Bestimmung unklar bleibe, dass eine zumindest als Verrechnungswährung dienende Fremdwährung die „ausgenützte Währung“ im Sinn des Vertragstextes sein solle, wenn die Bank die Kreditsumme nicht in der Fremdwährung, sondern in Euro auszahle, ist nicht einschlägig, weil sich die Kläger im vorliegenden Fall unmissverständlich dafür entschieden haben, den Kredit in CHF aufzunehmen, womit ein Fremdwährungskredit vorliegt (vgl zu ähnlichen Sachverhalten: 1 Ob 173/21d; 9 Ob 66/21b mwN). Das Berufungsgericht selbst hat darauf verwiesen (Berufungsurteil S 15), dass unstrittig ist, dass die Kläger den Kredit in CHF ausgenützt haben. Dies entspricht auch dem Vorbringen der Parteien, insbesondere haben die Kläger wiederholt darauf hingewiesen, dass sie sich (aufgrund behaupteter mangelhafter Aufklärung) für einen CHF-, nicht Euro-Kredit entschieden haben. Dass sie tatsächlich kein Interesse an einer realen Verwendung von CHF hatten, sondern diese Konstruktion zur Ausnutzung von erwarteten Zinsvorteilen wählten, ändert nichts daran, dass der Kredit in CHF „ausgenutzt“ wurde.

[24] 7. Steht aber im Individualprozess wie hier fest, dass die Kläger den Kredit in CHF aufgenommen haben, folgt schon aus der Definition des Fremdwährungskredits, dass sie die Rückzahlung in dieser Währung zu leisten haben. Die von den Klägern als missbräuchlich und intransparent bezeichnete Klausel, wonach die Rückzahlung des Kredits in der jeweils ausgenutzten Währung erfolgt (Klausel 1), ist vor dem Hintergrund der individuellen Vereinbarung weder unklar noch unverständlich. Die Vereinbarung, den Fremdwährungskredit in derselben Fremdwährung zurückzuzahlen, ist nach der Rechtsprechung auch nicht gröblich benachteiligend oder missbräuchlich (6 Ob 228/16x). Selbst wenn die beanstandete „Rückführungsklausel“ entfiele und auch – wie die Kläger meinen – eine Anwendung des dispositiven Rechts (§ 907b Abs 1 ABGB) nicht in Betracht käme, bliebe es nach der Rechtsprechung (1 Ob 47/21z; 1 Ob 163/21h; 9 Ob 62/21i) dabei, dass die Kreditrückzahlung (ohne Konvertierung) in der Fremdwährung zu erfolgen hätte. Der Kreditvertrag wäre auf dieser Basis zu erfüllen und könnte auch ohne die beanstandete Klausel fortbestehen. Der Kreditnehmer müsste sich die von ihm in fremder Währung zu leistenden Beträge dann – nicht notwendigerweise beim Kreditgeber – selbst besorgen (1 Ob 173/21d ua).

[25] Zwar sieht der Kreditvertrag eine Einzugsermächtigung vom Euro-Girokonto der Kläger vor. Diese steht der Möglichkeit, die Fremdwährung anderswo zu beschaffen, schon aufgrund ihrer Widerruflichkeit nicht entgegen (vgl 7 Ob 58/22p; 9 Ob 66/21b). Wenn die Kläger meinen, dass eine derartige Möglichkeit unrealistisch sei, weil sie ihr Einkommen in Euro bezögen, übergehen

sie, dass sie CHF gegebenenfalls bei einer anderen Bank kaufen könnten, wenn sie der Ansicht sind, dass dies für sie günstiger sei.

[26] Es liegt im Wesen des Fremdwährungskredits, dass Vorteile, die sich aus dem Zinsniveau einer fremden Währung ergeben, nutzbar gemacht werden sollen. Daher steht der Umstand, dass die Kläger ihr Einkommen in einer anderen Währung lukrieren, als der Kredit aufgenommen wurde und zurückzuzahlen ist, mit dem Zweck eines Fremdwährungskredits typischerweise nicht in Widerspruch. Dass vereinbart ist, dass Kreditraten direkt vom Euro-Girokonto der Kläger eingezogen werden, dient letztlich der Praktikabilität in der Abwicklung eines Fremdwährungskredits, ändert aber nichts an dessen Natur.

[27] **8. Aus dem ergibt sich, dass die vom Berufungsgericht als notwendig erachtete Ergänzung des Verfahrens im Hinblick auf das Vorbringen der Beklagten zu den Umständen bei Vertragsabschluss zur Beurteilung der Intransparenz der Klausel 5 und einer allfälligen Nichtigkeit des Fremdwährungskreditvertrags im Sinne des Hauptbegehrens nicht erforderlich ist.**

[28] ….

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist daher das Hauptbegehren im Sinne einer Klagsabweisung spruchreif, ohne dass es einer weiteren Verbreiterung der Tatsachengrundlage bedarf.

[36] 14. Im Rahmen des Eventualbegehrens begehren die Kläger die Feststellung der Unwirksamkeit einzelner Vertragsklauseln, was nach Ansicht der Kläger zur Folge hätte, dass der Kredit nicht in CHF, sondern in Euro zurückzuzahlen ist. Aus diesem Begehren im Zusammenhalt mit dem entsprechenden Vorbringen der Kläger ergibt sich hinreichend, dass ein Interesse an einer Teilstattgebung des Feststellungsbegehrens, ohne die daraus gezogene Konsequenz einer Rückzahlung in Euro, nicht behauptet wird. Insoweit ist auch in diesem Punkt die vom Berufungsgericht aufgetragene Konkretisierung des Vorbringens nicht erforderlich. Auch das Eventualbegehren ist daher zur Gänze abzuweisen.

[37] 15. Aufgrund der Abänderung der Entscheidung in der Hauptsache hat auch eine Abänderung der Kostenentscheidung zu erfolgen. Diese gründet sich in allen Instanzen auf §§ 41, 50 ZPO. Auch im Rekursverfahren vor dem Obersten Gerichtshof sind die Kläger als unterlegen anzusehen, weil endgültig in der Sache selbst im klageabweisenden Sinn entschieden wurde (vgl 1 Ob 75/19i mwN

25. Und noch eine Entscheidung zum FX-Kreditvertrag

20.12.2022, 4 Ob 196/22k

[1] Die Kläger hatten zum Ankauf eines Eigenheims bereits im Jahr 2002 mehrere Kreditverträge mit einer anderen Bank abgeschlossen, davon auch einen Kreditvertrag in Franken und einen in Yen. Im Jahr 2006 sollte eine Umschuldung der bestehenden Verbindlichkeiten zur Beklagten erfolgen und dabei die Verbindlichkeiten in einen Vertrag überführt werden. Die Kläger waren damit einverstanden, dass nur ein Kreditvertrag abgeschlossen wird. Es wurde vereinbart, dass ein Frankenkredit vergeben wird und wurde besprochen, dass der damals geltende Wechselkurs nicht in den Vertrag mit aufgenommen werde.

[2] Am 13. 11. 2006 schlossen die Parteien den Kreditvertrag ab, mit dem die Beklagte sich bereit erklärte, einen in Euro und Fremdwährung einmalig ausnützbaren Kredit bis zum Gegenwert von EUR 230.000,00 (in Worten: Euro zweihundertdreißigtausend) in folgender Währung: Schweizer Franken auf Ihrem Konto Nr. * samt allfälligen Konten in den jeweils erforderlichen Währungen zu nachfolgenden Bedingungen zur Verfügung zu stellen.

Darin findet sich auszugsweise:

Für diesen Kredit gilt folgende Rückzahlungsvereinbarung: Der Kredit steht Ihnen in der eingangs angeführten Höhe bis 01. 01. 2032 zur Verfügung. Die Rückführung des Kredites erfolgt in der jeweiligen ausgenützten Währung.

Die ebenfalls vereinbarten generellen Kredit- und Besicherungsbedingungen lauten auszugsweise:

Ausnützung in Fremdwährung

Die Einschätzung der zukünftigen Entwicklung des Wechselkursverhältnisses von Währungen gegenüber dem Euro ist auch für Spezialisten bestenfalls für einen kurzen Zeitraum möglich. Der Zinssatz wird variabel vereinbart und laufend den Marktverhältnissen angepasst. Sie haben jederzeit die Möglichkeit, den noch aushaftenden Kreditbetrag in Euro zu konvertieren bzw. mit unserer Zustimmung in eine andere frei konvertierbare Fremdwährung umzuschulden. Wir weisen Sie in diesem Zusammenhang darauf hin, dass sich eine Veränderung des allgemeinen Zinsniveaus nicht nur auf die Höhe der Zinsbelastung, sondern auch auf die Performance des Tilgungsträgers und somit in doppelter Hinsicht auf Ihre Finanzierung auswirken kann. Sie und der/die Mithaftende/n bestätigen, von der B* AG über eventuelle Risiken ausreichend informiert worden zu sein, die im Zusammenhang mit der Kreditinanspruchnahme in Fremdwährung entstehen könnten.

Es besteht daher Einvernehmen darüber, dass alle diese Risiken (insbesondere auch das Devisenkursrisiko) ausschließlich von Ihnen getragen werden, und Sie sich im eigenen Interesse selbständig über die aktuelle Entwicklung der Devisenkurse informieren werden.

Ausnützung in Euro

Sie haben jederzeit die Möglichkeit, den noch aushaftenden Kreditbetrag in Euro umzuschulden.

Die AGB der Beklagten enthalten weiters folgende Bestimmung:

Z 75: Fremdwährungskredite sind effektiv, das heißt in der Währung zurückzuzahlen, in der sie das Kreditinstitut gegeben hat.

[3] Ursprünglich hatten die Kläger mit der Beklagten einen endfälligen Kredit mit Tilgungsträger vereinbart. Über Wunsch der Erstklägerin wurde der Vertrag dann am 1. 9. 2008 geändert, stattdessen wurde eine Rückzahlung in 91 vierteljährlichen gleichbleibenden, aus Zinsen und Kapitaltilgung bestehenden, Raten in Euro vereinbart. Mit 31. 5. 2017 wurde außerdem eine Erhöhung des Ratenbetrags, wiederum in Euro, vereinbart. Die Abrechnung des Kreditkontos, einschließlich der Gutschriften der Ratenzahlungen, erfolgte jedoch jeweils in Schweizer Franken.

[4] Ab dem Jahr 2010 (22. 11. 2010) bis zuletzt 2019 (20. 3. 2019) wurden die Kläger in mehreren Informationsgesprächen mit der Beklagten auf die negative Wechselkursentwicklung hingewiesen. Es wurde mit ihnen die Möglichkeit besprochen, den Kredit in Euro zu konvertieren. Dies lehnten die Kläger jedesmal ab. Die Kläger haben jeweils Kontoauszüge erhalten, in denen der Kreditbetrag in Franken und daneben in Euro angegeben war.

[5] Die Kläger begehrten die Feststellung der Nichtigkeit, in eventu die Aufhebung des Kreditvertrags. Sie beanstandeten mehrere Klauseln zu Kontoführungsspesen, Sicherstellungen und Konvertierungsentscheidungen als gröblich benachteiligend. Da ein Ersetzen durch dispositives Recht unzulässig sei, wäre der Vertrag deshalb nicht wirksam zustandegekommen.

[6] Im Übrigen seien keinerlei Wechselkurse im Kreditvertrag vereinbart worden. Ohne eine solche Vereinbarung könne ein Fremdwährungskreditvertrag nicht bestehen; mangels rechtswirksamer Einigung sei der Vertrag daher nichtig. Tatsächlich sei vereinbart worden, dass der Kredit in Pauschalraten in Euro zurückbezahlt werde. Bei jeder Zahlung einer Pauschalrate hätte die Beklagte den einbezahlten Eurobetrag in Franken umgerechnet und hätte dabei den Wechselkurs einseitig ohne Zustimmung der Kläger festgesetzt und den dabei angewendeten Wechselkurs jederzeit einseitig abändern können. Der Vertrag sei daher letztlich als Ganzes unwirksam.

[7] Die Beklagte wendete ein, sämtliche Klauseln seien gesetzeskonform; sie könnten aber auch selbst bei deren Wegfall keine Gesamtnichtigkeit des Vertrags begründen. Die Kläger hätten Fremdwährung geschuldet, die Rückführung des Kredits hätte in der jeweiligen ausgenützten Währung zu erfolgen gehabt und daher sei der zur Begleichung der Schuld erforderliche Betrag zum dann geltenden Tageskurs zu konvertieren gewesen. Im Übrigen hätten die Kläger dafür eigene Devisen verwendet. Die Kläger seien auch umfassend informiert und beraten worden. Im Besonderen seien die Kläger über das Risiko einer zusätzlichen Rückzahlungsbelastung im Gefolge des Devisenkursrisikos aufgeklärt worden und sei vereinbart worden, dass auch das Devisenkursrisiko ausschließlich von den Klägern getragen werde. Trotz zahlreicher Hinweise über die weiteren Jahre hätten die Kläger sich für den Weiterverbleib in der fremden Währung entschieden. Das Klagebegehren sei damit rechtsmissbräuchlich, zumal die Kläger in den Genuss der mit einer Fremdwährungsfinanzierung verbundenen Vorteile, im Besonderen den Zinsvorteil, gekommen seien und es ihre Entscheidung gewesen sei, nicht in Euro zu konvertieren. Nunmehr würden sie versuchen, das Wechselkursrisiko auf die Beklagte zu überwälzen und wollten auch ihrer Verpflichtung zur Verzinsung des Kreditbetrags nicht nachkommen.

[8] Das Erstgericht wies das Haupt- und das Eventualklagebegehren ab. Sämtliche beanstandeten Klauseln könnten nicht zur Gesamtnichtigkeit des Vertrags führen und wären daher nicht gesondert zu prüfen. Die Vereinbarung im Kreditvertrag, einen in Euro und Fremdwährung einmalig ausnützbaren Kredit bis zum Gegenwert von 230.000 EUR ohne eine Vereinbarung eines Wechselkurses zur Verfügung zu stellen, führe auch nicht zur Nichtigkeit des Kreditvertrags. Hier sei die fremde Währung (auch) die Grundlage für die Rückzahlungsverpflichtung des

Kreditnehmers. Habe er seine Zahlungen in der vereinbarten Fremdwährung zu leisten, so müsse er sich diese zuvor – nicht notwendigerweise beim Kreditgeber – beschaffen. Es müsse daher der Wechselkurs nicht festgelegt oder umschrieben werden, weil die Kläger auch berechtigt gewesen wären, in Schweizer Franken zu zahlen und sie sich dafür an anderer Stelle zu beschaffen.

[9] **Das Berufungsgericht änderte das Urteil über Berufung der Kläger unter Berufung auf die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zu 6 Ob 51/21z im klagsstattgebenden Sinn ab. Da im Kreditvertrag kein bestimmter Wechselkurs angegeben sei, fehle es an den essentialia** negotii. Wegen Verletzung des Bestimmtheitsgebots sei damit zwischen den Streitteilen gar kein Kreditvertrag zustandegekommen. Das Hauptbegehren der Kläger sei damit berechtigt. Die spätere Vertragsänderung von der urspünglichen Endfälligkeit auf eine gleichbleibende ratenweise Tilgung in Euro vermöge daran nichts zu verändern, weil das Klagebegehren auf Feststellung der Nichtigkeit des ursprünglichen Kreditvertrags gerichtet sei. Das Berufungsgericht erklärte die ordentliche Revision für zulässig, weil neben der Entscheidung 6 Ob 51/21z noch keine einheitliche Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs vorliege.

[10] Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten mit dem Antrag auf Wiederherstellung des Urteils des Erstgerichts; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

[11] Die Kläger beantragen in der Revisionsbeantwortung, die Revision zurückzuweisen, hilfsweise, ihr nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

[12] Die Revision ist zulässig und berechtigt, weil dem Berufungsgericht eine korrekturbedürftige Fehlbeurteilung unterlaufen ist.

[13] 1. Im vorliegenden Fall war der Wille beider Parteien bei Abschluss des Kreditvertrags im Jahr 2006 auf einen echten (endfälligen) Fremdwährungskredit in Schweizer Franken gerichtet (Schweizer Franken auf Ihrem Konto Nr. *). Ein solcher liegt vor, wenn der Kredit ganz oder teilweise in einer anderen Währung als in Euro gewährt wird. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Kredit in einer anderen Währung als Euro ausbezahlt wird. Maßgebend ist allein, dass die fremde Währung die Grundlage für die Rückzahlungsverpflichtung des Kreditnehmers bildet (4 Ob 208/21y [Rz 7]; 2 Ob 54/22p [Rz 7] jeweils mwN).

[14] 2. Der CHF war daher auch die „ausgenützte Währung“, in der die Kläger den Kredit grundsätzlich (auch in Übereinstimmung mit Z 75 der AGB) rückzuführen gehabt hätten. Dies war den Klägern nach den Feststellungen ebenso bewusst wie das damit verbundene Risiko. Es wurde überdies besprochen, dass der damals geltende Wechselkurs nicht in den Vertrag mit aufgenommen werde; sie haben damit auch offenkundig das Vorliegen eines ausreichend bestimmten Kreditvertrags akzeptiert (vgl 4 Ob 208/21y [Rz 15]). Der Wille der Kläger war damit darauf gerichtet, das Wechselkursrisiko zu Schweizer Franken zu tragen. Sie wurden über das damit verbundene Risiko belehrt und lehnten in der Folge trotz mehrfacher Hinweise auf die Wechselkursentwicklung eine Konvertierung ihres Kredits ab. Da die Kläger auch jeweils Kontoauszüge erhalten haben, in denen der Kreditbetrag in Franken und daneben in Euro angegeben war, kann es keinem Zweifel unterliegen, dass die Kläger die von der Beklagten zugrundegelegten Wechselkurse kannten und dennoch eine Fortsetzung des Kreditverhältnisses wünschten. Dies entsprach auch zweifellos ihrer Interessenlage, wäre doch andernfalls eine sofortige Rückzahlung der zugezählten Kreditvaluta zuzüglich 4 % Zinsen (§ 1000 Abs 1 ABGB) erforderlich gewesen (4 Ob 208/21y [Rz 10] mwN).

[15] 3. Allfällige Schwierigkeiten bei der Ermittlung des Wechselkurses bei der Zuzählung des Kredits führen nicht zur Ungültigkeit des gesamten Vertrags wegen mangelnder Bestimmtheit, wenn durch die zeitnahe Information des Kunden über den zugrunde gelegten Franken-Betrag ausreichende Bestimmtheit eingetreten ist (2 Ob 54/22p [Rz 12]). Hier haben die Kläger auch noch im Rahmen einer späteren Vertragsänderung die Rückzahlung in gleichbleibenden – aus Zinsen und Kapitaltilgung bestehenden – Raten in Euro vereinbart. Die Abrechnung des Kreditkontos, einschließlich der Gutschriften der Ratenzahlungen, erfolgte jedoch jeweils in Schweizer Franken und blieb durch die Kläger unbeanstandet. Könnten die Kläger sich nun auf die (ursprüngliche) Unbestimmtheit des Kreditbetrags berufen, so könnten sie das nach den Feststellungen bewusst übernommene Wechselkursrisiko nachträglich auf die Bank abwälzen. Dies wäre vom Zweck des Bestimmtheitserfordernisses nicht gedeckt. Die Berufung auf eine solche Nichtigkeit dient nämlich einem völlig anderen Zweck als die Norm, deren Absicherung die Nichtigkeitssanktion bezweckt: Das Verbot der (willkürlichen) einseitigen Festsetzung des Entgelts soll den Vertragspartner vor den damit verbundenen Gefahren schützen, ihm aber nicht ermöglichen, sich von der Tragung eines von ihm bewusst und fehlerfrei übernommenen Risikos (hier: des Wechselkursrisikos) zu lösen (4 Ob 208/21y [Rz 12]; 2 Ob 54/22p [Rz 11]).

[16] 4. Die von den Klägern genannten Gründe führen daher nicht zur (Gesamt-)Nichtigkeit des Kreditvertrags, ebensowenig zu dessen Aufhebung.

V. Kreditsicherungsrecht

26. Der sicherungsübereignete und verpfändete Mercedes (in der Nebenrolle ein Bugatti Veyron)

24.8.2022, 7 Ob 99/22t

[1] Die M* GmbH mit Sitz in Österreich (in Hinkunft: M GmbH) – deren Geschäftsführer und Mitgesellschafter F* M* (in Hinkunft: Geschäftsführer) war – und die Klägerin vereinbarten am 4. 10. 2016 zur Besicherung unter anderem der Verbindlichkeiten aus einem gleichzeitig geschlossenen Leasingvertrag über einen Bugatti Veyron, den damals in Deutschland befindlichen – am selben Tag von einem Dritten erworbenen – Mercedes Benz G-Klasse G 63 AMG 6 x 6 Biturbo 700 der Klägerin ins Eigentum zu übertragen. Die Übergabe wurde dadurch ersetzt, dass die Klägerin der M GmbH den Mercedes zur Verwahrung überließ und ihr die Weiterbenutzung gestattete. Am 13. 2. 2017 unterzeichnete die M GmbH – vertreten durch ihren Geschäftsführer – als Darlehensnehmerin, der Geschäftsführer als Pfandbesteller und der Beklagte als Darlehensgeber einen Pfandvertrag, mit dem unter anderem der Mercedes, der nach Österreich gebracht worden war, an den Beklagten verpfändet wurde. **Am 3. 7. 2017 kündigte die Klägerin den Leasingvertrag betreffend den Bugatti fristlos aus wichtigem Grund, weil die M GmbH die Zahlung vereinbarter Raten eingestellt hatte. Mit Beschluss vom 7. 11. 2018 bewilligte das Bezirksgericht Salzburg die vom Beklagten gegen den Geschäftsführer beantragte Fahrnisexekution zur Hereinbringung eines Teilbetrags von 2 Mio EUR ua hinsichtlich des Mercedes. In der nachfolgenden Versteigerung erhielt der Beklagte den Zuschlag für das Meistbot von 830.625 EUR.**

[2] Die Klägerin begehrt, gestützt auf ihr Sicherungseigentum, die Herausgabe des Mercedes vom Beklagten.

Rechtliche Beurteilung

[3] 1.1 Die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, dass die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen der – anspruchshindernden (vgl RS0106638, RS0109832) – Tatsachen betreffend die Nichtigkeit des Sicherungsübereignungsvertrags zwischen der Klägerin und der M GmbH wegen Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr nach § 82 GmbHG den Beklagten treffe, ist nicht zu beanstanden.

[4] 1.2 Normadressaten des in § 82 GmbHG enthaltenen Verbots der Einlagenrückgewähr sind die Gesellschaft und der Gesellschafter. Dritte – etwa der Leasinggeber – sind nur ausnahmsweise rückgabepflichtig bzw ihnen gegenüber die Gesellschaft leistungsverweigerungsberechtigt, so bei Kollusion, aber auch in jenen Fällen, in denen der Gesellschafter bewusst zum Nachteil der Gesellschaft handelt und der Dritte davon gewusst hat oder sich der Missbrauch ihm gerade aufdrängen musste. Die Wirksamkeit des Vertrags beurteilt sich demnach nach den Grundsätzen der Vertretungsmacht (RS0105536 [T4, T15]). Dass das Berufungsgericht in einzelfallbezogener (RS0042828) Auslegung das Prozessvorbringen des Beklagten, „die Sicherungsübereignung der M GmbH gemäß Beilage ./AF und die Zahlungsbestätigung zur Absicherung eines Privatvergnügens des Geschäftsführers stellt eine verbotene Einlagenrückgewähr dar und ist daher nichtig“, nicht als im Sinn der obigen Ausführungen ausreichendes Vorbringen zu einem allfälligen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr durch die Klägerin (einer Dritten) wertete, ist nicht korrekturbedürftig.

[5] 2.1 Die Auslegung des konkreten Sicherungsübereignungsvertrags hängt von den Umständen des Einzelfalls ab (RS0044358). Mangels einer über den Anlass hinausreichenden

Aussagekraft von Einzelfallentscheidungen steht die Revision für ihre Überprüfung nach § 502 Abs 1 ZPO nicht offen, es sei denn, das Berufungsgericht wäre bei seiner Entscheidung einer krassen Fehlbeurteilung unterlegen, die ausnahmsweise zur Wahrung der Rechtssicherheit einer Korrektur bedürfte.

[6] 2.2 Das ist hier nicht der Fall. Gegen das Auslegungsergebnis des Berufungsgerichts, dass der Geschäftsführer den Sicherungsübereignungsvertrag lediglich als Vertreter der M GmbH und nicht auch im eigenen Namen als Sicherungsgeber unterzeichnet habe, bringt der Beklagte schon keine stichhaltigen Argumente.

[7] 3.1 Nach deutschem Recht überträgt bei einer Sicherungsübereignung der Sicherungsgeber (hier die M GmbH) das Eigentum an einer oder mehreren Sachen zur Sicherung einer oder mehrerer Forderungen auf den Sicherungsnehmer (hier die Klägerin) mit der Abrede, dass dieser von dem ihm überlassenen Eigentum nur im Rahmen der Zweckbestimmung Gebrauch machen darf. Die Eigentumsübertragung erfolgt durch Übereignung gemäß §§ 929 bis 931 BGB, wobei das – hier vereinbarte – Besitzkonstitut gemäß § 930 BGB die Regel bildet (3 Ob 249/18s).

[8] 3.2 In dieser erst jüngst ergangenen Entscheidung ging der Oberste Gerichtshof von seinem früheren, insbesondere in der Entscheidung 3 Ob 126/83 vertretenen, Standpunkt ausdrücklich ab und nahm unter Bezugnahme auf Literatur und Judikatur eine Neubewertung der Rechtslage bei grenzüberschreitenden Sicherungsrechten vor. Er folgerte, dass bereits nach einer an Wortlaut und Normzweck orientierten Auslegung der §§ 7, 31 IPRG der Untergang eines in Deutschland wirksam begründeten Eigentums (bloß) durch den Import der Sache nach Österreich nicht zu begründen und eine Verletzung des Unionsrechts in diesem Zusammenhang daher ausgeschlossen ist. Sieht das Recht eines Staats einen wirksamen Erwerb von „gewöhnlichem“ Eigentum auch ohne Übergabe vor, ist der Erwerb ungeachtet der unterschiedlichen Rechtslage des neuen Lageorts auch dort wirksam, weil der Eigentumserwerb ein bereits abgeschlossener Tatbestand im Sinn des § 7 IPRG ist. Nichts anderes kann für eine wirksam vorgenommene Sicherungsübereignung gelten, die zu einer Vollrechtsübertragung führt. Der mit einem späteren Transport bewirkte Statutenwechsel kann nicht zurückwirken. Ein Rechtsverlust stünde auch im Widerspruch zum in § 7 IPRG allgemein anerkannten Prinzip der wohlerworbenen Rechte (droits aquis), welche auch unter dem neuen Statut erhalten bleiben, wenn das erworbene Recht an der Sache dem neuen Statut nicht völlig wesensfremd ist. Letzteres trifft auf in Deutschland zur Sicherung übertragenes Eigentum nämlich nicht zu, weil ein solches Institut auch in Österreich anerkannt ist. Die an 3 Ob 126/83 angelehnte Rechtsansicht hätte zur Folge, dass ein nach deutschem Recht wirksames Volleigentum durch eine sachenrechtliche Dauervoraussetzung modifiziert wurde. Im Umstand, dass nach deutschem – im Gegensatz zum österreichischen Recht – ein Besitzkonstitut ausreicht, um Sicherungseigentum wirksam zu begründen, liegt auch kein Verstoß gegen den ordre public, ist doch von dieser Klausel sparsamst Gebrauch zu machen und zwar nur dann, wenn Grundwertungen des österreichischen Rechts verletzt werden. Diese Voraussetzung ist bei einer Sicherungsübereignung ohne erschwerte Publizitätserfordernisse jedenfalls nicht erfüllt, zumal in der österreichischen Rechtsordnung der Eigentumsvorbehalt – als anerkanntes Institut, das der Sicherungsübereignung wirtschaftlich nahekommt – ebenfalls ohne erschwerte Publizitätsvoraussetzungen wirksam ist. Auf § 31 Abs 2 IPRG kann ein Wegfall des Sicherungseigentums nicht gestützt werden, weil die Bestimmung ausdrücklich vom Inhalt und nicht von den Wirkungen der einmal begründeten dinglichen Rechte spricht und damit lediglich die Anpassung fremder Mobiliarsachenrechte an den Typenkatalog und die Rechtsschutzeinrichtungen des neuen Lageortrechts meint.

[9] 3.2.1 Das Berufungsgericht ist dieser Rechtsansicht gefolgt und hat vertreten, dass die vom Beklagten in der Berufung ins Treffen geführte Kritiken von Faber, Bachner und Heindler kein Abgehen von dieser Rechtsprechung erfordere.

[10] 3.2.2 Bachner (Publizität und stärkste Beziehung bei Mobiliarsicherheiten im deutsch-österreichischen Rechtsverkehrs – Besprechungsaufsatz zu OGH 23. 1. 2019, 3 Ob 249/18s, ÖJZ 2020/6) stimmt der Entscheidung, wenn der Sachverhalt – wie hier – ein echtes grenzüberschreitendes Element aufweist, zu. Heindler (Die Faustpfandpublizität im IPR, ÖBA 2020, 395) hält die vom Obersten Gerichtshof in seiner Entscheidung vorgenommene Lösung zwar für radikal aber vertretbar, wobei er betont, dass die Fortschreibung der früheren Rechtsprechung de lege lata in einem Spannungsverhältnis zu den unionsrechtlichen Grundsätzen stehe, weil sie zum Untergang eines publizitätslosen Sicherungseigentums führe. Nach Faber (In Deutschland publizitätslos begründetes Sicherungseigentum nach Grenzübertritt doch nicht unwirksam? – Kritisches zu OGH 3 Ob 249/18s und Vorschlag einer alternativen Lösung, ÖBA 2019, 401) überzeuge die Begründung der Entscheidung insbesondere mangels Befassung mit der Frage, ob es sich bei den pfandrechtlichen Publizitätsvoraussetzungen des ABGB um Eingriffsnormen handle und mangels Bedachtnahme auf Folgeprobleme nicht. Dabei geht der Autor aber selbst davon aus, dass ein „zurück zum bisherigen Rechtszustand“ – wegen der unionsrechtlichen Bedenken – nicht erstrebenswert sei, weshalb seine Lösung eine Reform des österreichischen materiellen Rechts der Mobiliarsicherheiten, flankiert durch ausdrückliche Klarstellungen zum Kollisionsrecht vorsieht.

[11] 3.2.3 Die Argumente des Beklagten in seiner außerordentlichen Revision, in der er ausschließlich seinen Hinweis auf die genannten kritischen Stimmen wiederholt, eine konkrete Auseinandersetzung mit der bereits erfolgten Begründung des Berufungsgerichts jedoch vermissen lässt, bieten keinerlei Anlass, von der erst vor kurzem ergangenen Entscheidung des Obersten Gerichtshofs abzugehen.

[12] 3.3 Soweit der Beklagte den Untergang des Sicherungseigentums der Klägerin mit der deutschen Kollisionsnorm des Art 43 Abs 2 EGBGB begründen möchte, ist ihm entgegenzuhalten: Diese Bestimmung betrifft den Fall, dass eine Sache in ein anderes Staatsgebiet gelangt. Für diesen Fall ordnet sie an, dass an der Sache bestehende dingliche Rechte nicht im Widerspruch zum neuen Gelegenheitsrecht ausgeübt werden können. Der Verweis auf diese Bestimmung ist aber insoweit nicht zielführend, weil sie keine Aussage über die Anerkennungsvoraussetzungen nach österreichischem Recht – die in der Entscheidung 3 Ob 249/18s bejaht wurden – trifft.

[13] 4.1.1 Der gute Glaube des Pfandnehmers setzt voraus, dass er davon überzeugt ist, kein fremdes Recht zu verletzen, und dass ihm bei dieser Annahme keine Fahrlässigkeit zur Last fällt (RS0011411). Der Pfanderwerber muss jede Fahrlässigkeit vertreten. Es genügt nicht die bloße Unkenntnis des dem Erwerb entgegenstehenden Hindernisses. Der Erwerber muss die positive Überzeugung haben, dass er durch den Erwerb kein fremdes Recht verletzt. Ein ihm unterlaufender Irrtum muss in jeder Hinsicht entschuldbar und unvermeidlich sein (RS0011412). Gutgläubiger Erwerb findet überall dort nicht statt, wo irgendein Merkmal den Erwerb als objektiv verdächtig erscheinen lässt (7 Ob 599/85).

[14] 4.1.2 Wer weiß oder wissen musste, dass eine zur Versteigerung gelangende Sache nicht dem gehört, als dessen Eigentum sie angegeben wird und versteigert werden soll, der kann nicht als redlicher Erwerber im Sinn des § 367 ABGB angesehen und geschützt werden (RS0010869). § 367 ABGB schützt – auch beim Erwerb in exekutiver Versteigerung – nur den redlichen Erwerber

einer beweglichen Sache. Die Redlichkeit bestimmt sich nach § 368 ABGB. Redlich ist demnach nur, wer den Veräußerer aus wahrscheinlichen Gründen für den Eigentümer halten konnte, wobei diesbezüglich schon leichte Fahrlässigkeit schadet (RS0010885).

[15] 4.2 Das Berufungsgericht verneinte den guten Glauben des Beklagten an das Eigentum des Geschäftsführers bei der Pfandbestellung und bei der Ersteigerung aufgrund einer Vielzahl schwerwiegender Verdachtsmomente, die gegen das Eigentum des Geschäftsführers gesprochen hätten.

[16] 4.3 Gegen die nicht zu beanstandende Beurteilung des Berufungsgerichts bringt der Beklagte keine beachtenswerten Argumente. Dass er allenfalls aufgrund der früheren Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs auf den Wegfall der Sicherungsübereignung nach der Verbringung des Fahrzeuges nach Österreich vertraut habe, entkräftet die vom Berufungsgericht aufgezeigte schwerwiegende Verdachtslage jedenfalls nicht.

[17] 5. Ein Eingehen auf die Ausführungen des Beklagten, wonach der Sicherungsübernehmer im Fall der Exekution in das Vermögen des Sicherungsgebers nicht zur Herausgabe der Sache mittels Exzindierungsklage berechtigt, sondern auf die Pfandvorrechtsklage nach § 258 EO beschränkt sei, erübrigt sich schon deshalb, weil der Geschäftsführer nach der insoweit nicht zu beanstandenden Beurteilung des Berufungsgerichts nicht Sicherungsgeber war.

[18] 6.1 Die Unterlassung der Widerspruchsklage nach § 37 EO bewirkt nicht den Verlust aller Ansprüche desjenigen, dessen Eigentum zu Unrecht im Exekutionsverfahren verwertet worden ist (RS0001308).

[19] 6.2 Ob ein stillschweigender Verzicht der Klägerin vorlag, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Für die Schlüssigkeit eines Verhaltens im Hinblick auf einen rechtsgeschäftlichen Willen legt § 863 ABGB einen strengen Maßstab an; es ist bei der Beurteilung der Frage, ob ein stillschweigender Verzicht auf ein Recht vorliegt, besondere Vorsicht geboten (RS0014190, RS0014420). Die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, nach den konkreten Umständen des Einzelfalls, in dem – bereits nach den Behauptungen des Beklagten – die Klägerin (vorerst) vom Untergang ihres Sicherungseigentums nach Verbringen des Fahrzeugs nach Österreich ausgegangen sei, liege es nicht auf der Hand, dass sie durch ihre Untätigkeit nach Verständigung über die Einleitung des Fahrnisexekutionsverfahrens auf ihr Eigentumsrecht und den Herausgabeanspruch gegenüber dem schlechtgläubigen Beklagten habe verzichten wollen, hält sich im Rahmen der Judikatur.

[20] 7. Da das Berufungsgericht – im Ergebnis unbeanstandet – davon ausging, dass der Beklagte mangels Gutgläubigkeit kein Pfandrecht erworben habe, erübrigen sich Ausführungen zur Frage eines Herausgabeanspruchs gegenüber dem gutgläubigen Pfandgläubiger.

27. Erweiterungsklausel in Pfandbestellungsvertrag – mit Kündigungsmöglichkeit zulässig

29.8.2022, 6 Ob 94/22z

[1] 1.1 Die Beurteilung der "Ungewöhnlichkeit“ einer Klausel iSd § 864a ABGB ist stets von der Kasuistik des Einzelfalls geprägt und auf die singuläre Rechtsbeziehung der Streitteile zugeschnitten, sodass darin grundsätzlich keine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO zu erblicken ist (RS0122393). Das gilt auch für "Erstreckungsklauseln“ in Bürgschafts- oder Pfandbestellungsverträgen (6 Ob 259/06s), die von der Rechtsprechung durchaus auch als nicht nach § 864a ABGB ungültig angesehen wurden (vgl 6 Ob 95/16p [ErwGr 2.2.1.]; 3 Ob 96/11f).

[2] 1.2 In der von der Beklagten unterfertigten Pfandbestellungsurkunde über die Einräumung einer Höchstbetragshypothek ist unter Punkt 2) "Besicherte Forderung“ gleich zu Beginn angeführt, dass die Verpfändung der Liegenschaften der Beklagten zur Sicherstellung aller Forderungen der Klägerin gegen den Kunden [den Hauptschuldner] aus bereits eingeräumten und in Zukunft gewährten Krediten und Darlehen dient.

In Punkt 8) der Pfandbestellungsurkunde mit der fett gedruckten Überschrift "Besondere Bestimmungen, wenn der Kunde und Eigentümer des Pfandgegenstands nicht ident sind“ wird eingangs darauf hingewiesen, dass die Verpfändung zur Sicherstellung bestehender und künftiger Forderungen gemäß Punkt 2) erfolgt und die Pfandhaftung daher auch künftige Finanzierungen erfasst. **Dafür wird dem Pfandbesteller ein Kündigungsrecht eingeräumt, wodurch nach der Kündigung neu abgeschlossene Finanzierungen nicht mehr von der Pfandhaftung umfasst sind.**

[3] 1.3 Die Vorinstanzen waren der Auffassung, die vorliegende "Erstreckungsklausel“ sei nicht zu beanstanden, weil sie beim betreffenden Geschäftstyp häufig Verwendung finde, klar formuliert und auch nicht im Erscheinungsbild der Urkunde "versteckt“ sei. Darin ist keine korrekturbedürftige Fehlbeurteilung zu erblicken (vgl 3 Ob 96/11f).

[4] 2.1 Zwar wurden Erstreckungsklauseln als gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB angesehen, wenn damit ohne jede Obergrenze die Haftung für alle künftigen Forderungen der Bank auferlegt werden soll (3 Ob 46/19i [Drittpfandbestellung]; 6 Ob 212/09h [Bürgschaft]).

[5] 2.2 Diese Entscheidungen sind hier jedoch nicht einschlägig, weil dem Pfandbesteller (der Beklagten) - anders als bei den in den soeben zitierten Entscheidungen geprüften Klauseln - eine Kündigungsmöglichkeit unabhängig vom Bestehen offener Verbindlichkeiten eingeräumt wurde. In einem solchen Fall ist durch die Erstreckungsklausel keine gröbliche Benachteiligung des Pfandbestellers erkennbar (3 Ob 96/11f [ErwGr 3.]), weil keine schrankenlose und letztlich unüberschaubare Haftung droht. Mit dieser Judikatur, auf die sich auch das Berufungsgericht gestützt hat, setzt sich die Revision inhaltlich nicht auseinander.

[6] 3. Auch auf die bereits vom Berufungsgericht dargelegte Judikatur zur Aufklärungspflicht einer Bank (auch) außerhalb des Anwendungsbereichs des § 25c KSchG (vgl etwa 4 Ob 254/14b mwN) geht die Revision nicht ein. Im Übrigen ließe sich den Feststellungen auch nicht entnehmen, dass im Zeitpunkt der Pfandbestellung absehbar gewesen wäre, dass die Hauptschuldnerin zur Kreditrückzahlung nicht in der Lage sein werde. Mit ihrem kursorischen und nicht näher konkretisierten Hinweis, es bedürfe im Verbraucherschutzbereich einer - im vorliegenden Fall unterlassenen - "umfassenden Aufklärung und Information“ des Pfandbestellers, wobei diese Informations- und Aufklärungspflichten "aus der allgemeinen Transparenz- und

Informationsverpflichtung des § 6 KSchG“ erfließen, vermag die Revision keine erhebliche Rechtsfrage zur Darstellung zu bringen.

28. Garantievertrag - zur Identität des Begünstigten

5.8.2021, 5 Ob 94/21s

Sachverhalt

Der Kläger ist eine internationale Organisation mit Sitz in Wien(König Abdullah bin Abdulaziz Zentrums für interreligiösen und interkulturellen Dialog) . Das Gründungsübereinkommen trat mit 21. 10. 2012, (BGBl III 134/2012), das Amtssitzabkommen mit 1. 9. 2013 (BGBl III 209/2013) in Kraft. Bei Bauarbeiten an seinem späteren Sitz war ein Unternehmen mit Arbeiten für die Gewerke Elektrotechnik, Beleuchtung und „Multimedia" beauftragt. Dessen Schlussrechnung vom 19. 9. 2013 sieht vereinbarungsgemäß einen Haftrücklass für Mängel von 191.327,80 EUR vor. **Als Ablöse für diesen Haftrücklass stellte die beklagte Versicherung am 19. 12. 2013 eine Garantieerklärung mit einer Laufzeit bis 19. 10. 2016 aus.** Als **Adressaten und Begünstigte sind darin der Kläger und die Botschaft eines Königreichs** genannt. Zuerst wurde die Garantie mit Schreiben vom 23. 9. 2016 abgerufen. Darin berief sich ein Anwalt auf die ihm erteilte Vollmacht der Botschaft des Königreichs, die als Begünstigte genannt sei. Unter anderem lautet es in diesem Schreiben: „Im Namen und im Auftrag meiner Mandantschaft fordere ich Sie daher auf, den Garantiebetrag zur Besicherung der Gewährleistungsansprüche meiner Mandantschaft [...] zu überweisen". Mit einem weiteren Schreiben vom 7. 10. 2016 teilte der selbe Anwalt mit, dass er die Botschaft des Königreichs und den Kläger rechtsfreundlich vertrete und forderte die Vertreterin der Beklagten im „Namen und im Auftrag seiner Mandanten" auf, den Garantiebetrag zu überweisen.

Der Kläger begehrte die Zahlung des Garantiebetrags samt Anhang. Er sei Auftraggeber des Werkvertrags gewesen und habe daher „als Begünstigter bzw Auftraggeber gemeinsam mit der Botschaft" eine Vereinbarung über den Haftrücklass geschlossen, weswegen er der Begünstigte aus dem Garantieverhältnis sei. Laut Werkvertrag sei die Botschaft im Namen und auf Rechnung des Klägers tätig geworden; deren Anschrift sei in der Garantie als Zustelladresse genannt.

Das Berufungsgericht bestätigte die Abweisung des Klagebegehrens durch das Erstgericht. Es teilte – zusammengefasst – dessen Ansicht, **dass die Garantievereinbarung mangels Bestimmtheit des Anbots und korrespondierender Annahme nicht wirksam zustandegekommen sei**; jedenfalls habe kein ordnungsgemäßer Abruf stattgefunden, weil für die Beklagte angesichts der Schreiben vom 23. 9. und 7. 10. 2016 keineswegs klar sein habe können, ob der Abruf vom tatsächlich Begünstigten stamme.

Dagegen richtet sich die außerordentliche Revision des Klägers, in der er keine Rechtsfragen von der Qualität des § 502 Abs 1 ZPO aufzuzeigen vermag.

Der OGH wies die außerordentliche Revision zurück.

Rechtliche Beurteilung

1. Unter dem Revisionsgrund des § 503 Z 2 ZPO beruft sich der Kläger zwar auf – vom Berufungsgericht bereits verneinte (dazu RIS-Justiz RS0042963) – Stoffsammlungsmängel, zielt mit seinen Ausführungen im Ergebnis aber darauf ab, dass „das Erstgericht auf Basis der vorgelegten (Anm: unstrittigen und ausdrücklich festgestellten) Garantieurkunde die Feststellung treffen" hätte müssen, dass er darin jedenfalls als Begünstigter bezeichnet sei. Damit sind aber Fragen nach der Auslegung einer Urkunde angesprochen, die der rechtlichen Beurteilung zugeordnet sind (RS0017911).

2.1 Der echte Garantievertrag ist im Gesetz nicht näher geregelt, er kann nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit mit verschiedenem Inhalt geschlossen werden (RS0016963). Er bedarf nach der Rechtsprechung einer Annahme durch den Begünstigten (vgl RS0107060; vgl Koziol in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht², A. Die Entstehung der Garantieverpflichtung Rz 3/71; Dullinger in Rummel/Lukas, ABGB[4] § 880a ABGB Rz 4; Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON[1.05] § 880a Rz 24/1 je mwN). Diese kann nach den Umständen auch im Schweigen des Begünstigten liegen, insbesondere dann, wenn die Garantie dem Begünstigten typischerweise nur Vorteile bringt (RS0107060).

2.2 Die Bankgarantie ist ein einseitig verpflichtender Schuldvertrag, der in der Regel der Sicherung der Leistung eines Dritten an den aus diesem Vertrag begünstigten Gläubiger durch die Garantiebank dienen soll. Hängt dabei die Auszahlung der Bankgarantie nur von einer Erklärung des Begünstigten ab, so gilt die formelle Garantiestrenge uneingeschränkt und der Begünstigte hat die Anspruchsvoraussetzungen pedantisch genau zu erfüllen (RS0121551). Dem abstrakten Charakter der Garantie ist auch geschuldet, dass für deren Interpretation im Regelfall nur der Text der Garantieerklärung maßgeblich ist (siehe nur 3 Ob 97/20s).

2.3 Ob ein Vertrag (hier eine Garantie) im Einzelfall richtig ausgelegt wurde, wirft nur dann eine erhebliche Rechtsfrage auf, wenn das Berufungsgericht in wesentlicher Verkennung der Rechtslage ein unvertretbares Auslegungsergebnis erzielte (RS0017670 [T15]; vgl auch RS0042936).

3.1 Die Identität des Begünstigten ist für den Garanten von Bedeutung, weil sie für die Durchsetzbarkeit seiner Ansprüche gegen seinen Auftraggeber relevant sein kann. **Bereits in der Entscheidung zu 9 Ob 24/08g hat der Oberste Gerichtshof daher ausgesprochen, dass die Garantie unwirksam ist, wenn bereits im Zeitpunkt ihrer Ausstellung kein identifizierbarer Begünstigter vorhanden war (so auch Graf aaO § 880a Rz 24/1).** Das Berufungsgericht hat sich auf diese Entscheidung berufen, die der Kläger auch nicht in Frage stellt, und ausführlich begründet, warum es zum Ergebnis gelangte, dass es schon an der für die Wirksamkeit der Garantie erforderlichen Annahme durch einen eindeutig identifizierbaren Begünstigten fehlte. Dem hält der Kläger lediglich seine Schlussfolgerungen aus dem Grundverhältnis entgegen, um zu begründen, warum seine Stellung als Begünstigter nicht zweifelhaft sei. Er übersieht dabei jedoch, dass allein auf den Garantievertrag abzustellen ist und der Garantieerklärung keine Bedeutung unterstellt werden darf, die sich aus dem Grundverhältnis ergibt (3 Ob 97/20s). Auch bleiben seine Ausführungen – wie bereits im Berufungsverfahren – widersprüchlich, wenn er einerseits meint, es habe sich bei der Benennung der Botschaft um eine „hilfsweise Zuhilfenahme der Adresse der Botschaft“ gehandelt, um zu begründen, warum er (offensichtlich alleiniger) Begünstigter sei, und andererseits den Standpunkt vertritt, weil die Botschaft in der Garantieurkunde ausdrücklich als Auftraggeberin/Begünstigte genannt ist, lägen zwei Rechtssubjekte vor, weswegen die Botschaft und er gemeinsam als Begünstigte in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts anzusehen seien. Diese Argumentation muss schon deshalb unklar bleiben, **weil eine Botschaft im Gegensatz zum Staat, den sie vertritt, kein Völkerrechtssubjekt und damit auch nicht parteifähig ist** (RS0009125; vgl auch RS0035329; vgl Aicher in Rummel/Lukas, ABGB[4] § 26 ABGB Rz 4).

3.2 Dass das durch die Botschaft vertretene Königreich aus der Garantie begünstigt sein sollte, behauptet der Kläger nicht, sondern beharrt auch noch in der Revision auf seinem Standpunkt allein zur Inanspruchnahme der Garantie, **entweder als ausschließlich Begünstigter oder als Gesellschafter einer GesBR (die er gemeinsam mit der Botschaft bilde) berechtigt zu sein.** Selbst wenn man – was hier nicht näher zu erörtern ist – mit dem Kläger von einer Gesellschaft

bürgerlichen Rechts nach österreichischem Recht ausgehen wollte, sind Forderungen einer GesBR gemäß § 1180 ABGB den Gesellschaftern zur gesamten Hand zugeordnet und können nur nach Maßgabe des § 890 Satz 2 ABGB inkassiert werden. **Gegen die Annahme, der Kläger sollte nach der Absicht der Parteien des Garantievertrags alleiniger Begünstigter sein, spricht dessen Wortlaut, der unzweifelhaft auf eine Mehrheit von Auftraggebern/Begünstigten abzielt.** Die dadurch begründeten Zweifel, wer berechtigt sein sollte, kann der Kläger auch in seiner Revision nicht entkräften. Damit sind seine Ausführungen auch nicht geeignet, Bedenken gegen die Ansicht der Vorinstanzen zu erwecken, dass sich aus der Garantieerklärung kein eindeutiger Begünstigter entnehmen lässt, und es seine Sache gewesen wäre, rechtzeitig eine Klarstellung herbeizuführen und die Ausstellung einer neuen Garantie unter eindeutiger Bezeichnung des/der Begünstigten herbeizuführen (so schon 9 Ob 24/08g).

3.3 Selbst auf Seiten des Klägers war offenkundig unklar, wer Begünstigter und daher zum Abruf der Garantie berechtigt sein soll, wie sich nicht zuletzt in den widersprüchlichen Abruferklärungen durch seinen Vertreter zeigt, der zunächst die Zahlung der Garantiesumme im Namen der Botschaft und mit einem weiteren Schreiben im Namen der Botschaft und namens des Klägers forderte. **Die Inanspruchnahme einer Bankgarantie muss aber zweifelsfrei vom Begünstigten herrühren (RS0016974).** Die mit Abweichungen verbundenen Risken muss der Garant durch die Auszahlung der Garantiesumme nicht übernehmen (vgl RS0016952). Wer behauptet, Begünstigter zu sein, hat daher die dafür sprechenden Umstände auf eine – auch vom Standpunkt der Garantiebank gesehen – unbedenkliche Weise darzutun (vgl RS0111231). Die Berufung auf ein Mandat einer nicht parteifähigen Organisation (Amt, Behörde) – hier der Botschaft eines Staats – und deren Benennung als Begünstigte, ohne in weiterer Folge auch nur in Ansätzen aufzuklären, ob der Abruf (auch) zugunsten des dahinterstehenden Rechtssubjekts, als eines oder mehrerer Berechtigter erfolgen sollte, kommt eine solche Eignung nicht zu. Damit ist es entgegen der Ansicht des Revisionswerbers auch nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht für den Fall, dass man einen ausreichend konkret bezeichneten Begünstigten und damit eine wirksame Garantie annehmen wollte, zum Ergebnis gelangte, dass die Abruferklärungen keine Zahlungspflicht der Beklagten auszulösen vermochten. **Die Beklagte hat auf den Abruf nicht reagiert und keine Zahlung geleistet. Inwieweit dieser Umstand ein Anerkenntnis seiner Begünstigtenstellung begründen soll, vermag der Revisionswerber nicht schlüssig darzulegen.** Der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs bei der Inanspruchnahme der Garantie (dazu allgemein RS0017997) muss bei dieser Sachlage nicht erörtert werden.

4. Einer weiteren Begründung bedarf es nicht (§ 510 Abs 3 ZPO).

29. Zur "formellen Garantiestrenge“ Fax ist Fax

14.9.2021, 8 Ob 109/20t

Sachverhalt

Mit Garantieerklärung vom 30. 3. 2016 verpflichtete sich die Beklagte gegenüber der Klägerin zur Besicherung eines Haftrücklasses von 16.232,30 EUR und zur Zahlung eines Betrags bis zu dieser Höhe binnen 14 Bankarbeitstagen nach Einlangen des Originalschriftstücks, mit dem die Garantie in Anspruch genommen wird.

Nach den Garantiebedingungen erlischt die Garantie am 17. 2. 2019. Das Inanspruchnahmeschreiben muss im Original bis spätestens an diesem Tag bei der Beklagtenvertreterin einlangen. Sollte der Fristablauf nicht auf einen Bankarbeitstag fallen, endet die Frist mit Ablauf des vorhergehenden Bankarbeitstages. Eine Inanspruchnahme mittels Telefax vor dem Laufzeitende reicht aus, wenn das Inanspruchnahmeschreiben im Original innerhalb weiterer 3 Bankarbeitstage (gerechnet ab Faxeingang) bei der Beklagtenvertreterin einlangt.

Der 17. 2. 2019 war ein Sonntag. Am Nachmittag des 14. 2. 2019 langte bei der Beklagtenvertreterin eine E-Mail von J***** im Auftrag von Dkfm. V***** GmbH, *****, betreffend „Garantie zur Besicherung des Haftrücklasses, Begünstigter: P***** GmbH, Auftragnehmer und Versicherungsnehmer: B***** GmbH, *****, Garantiebetrag: EUR 16.232,30“ und der Bitte um Beachtung des Anhangs ein. Im Anhang war eine pdf-Datei mit der gescannten (unterfertigten) Erklärung der Klägerin über die Inanspruchnahme der Garantie im vollen Betrag. Das unterfertigte Original des Inanspruchnahmeschreibens langte per Post am 18. 2. 2019 (Montag) bei der Beklagtenvertreterin ein.

Die Klägerin begehrt die Zahlung des Garantiebetrags. **Die Übermittlung eines gescannten Schriftstücks mit Unterschrift sei der Übermittlung eines solchen Schriftstücks mittels Telefax technisch gleichwertig.**

Die Beklagte bestreitet, das Inanspruchnahmeschreiben sei erst am 18. 2. 2019 und somit außerhalb der Gültigkeitsdauer der Garantie eingelangt. Eine Inanspruchnahme vorab per E-Mail sei nicht vorgesehen.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es ging davon aus, dass kein berücksichtigender Grund bestehe, der ein Abweichen vom Wortlaut der Garantie rechtfertige. Umstände, die es der Klägerin unmöglich gemacht hätten, die in der Garantieerklärung angeführten Formerfordernisse zu erfüllen, habe die Klägerin nicht vorgebracht.

Das Berufungsgericht gab der gegen dieses Urteil gerichteten Berufung der Klägerin Folge und änderte das erstinstanzliche Urteil dahingehend ab, dass es der Klage statt gab. Mit der getroffenen Regelung hätten die Parteien erkennbar den Zweck verfolgt, der Klägerin zum Ende der Laufzeit hin einen zeitlich flexiblen Abruf der Garantie zu ermöglichen. Indem sie für die Übermittlung des „Vorab-Abrufs“ ein Telefax genügen ließen, hätten sie auf eine Echtheitsüberprüfung zunächst verzichtet und dies dadurch ausgeglichen, dass sie das Erfordernis des fristgerechten Einlangens des Originals vereinbarten. Diesbezüglich bestünde kein relevanter Unterschied zwischen einem Telefax und einem Anhang zu einer E-Mail. Bei beiden Kommunikationsformen bestünden größere Fälschungsmöglichkeiten als bei einem Originaldokument. Der technische Vorgang der Umwandlung der Information vom Papier in elektronische Form und zurück sei vergleichbar. **Ein relevanter Unterschied zwischen Fax und Mail-Anhang werde von der Beklagten nicht**

dargetan. Es sei auch nicht erkennbar, dass das Telefax in höherem Maße den Zweck erfüllen können sollte, dem Garanten einen Beleg für die Erklärung zu verschaffen und die Bearbeitung zu erleichtern. Insgesamt sei der Abruf der Garantie durch das dem E-Mail angeschlossene Inanspruchnahmeschreiben nach dem Zweck, den die Parteien mit dem der Klägerin eingeräumten Recht, die Garantie vorab per Telefax abzurufen, gleichwertig. Der Abruf sei demnach ungeachtet des Umstands, dass er nicht in der vereinbarten Form abgegeben worden sei, wirksam erfolgt.

Die Revision wurde vom Berufungsgericht zugelassen, weil der Frage, ob für einen Garantieabruf von der Gleichwertigkeit einer Telefaxübermittlung und eines E-Mails auszugehen sei, erhebliche Bedeutung für die Wahrung der Rechtsentwicklung zukomme.

Gegen das Urteil des Berufungsgerichts richtet sich die Revision der Beklagten mit dem Antrag, die Entscheidungen der Vorinstanzen dahingehend abzuändern, dass die Klage abgewiesen wird, in eventu wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen, in eventu ihr nicht Folge zu geben.

Der OGH gab der Revision Folge.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist zur Klarstellung zulässig und auch berechtigt.

1. Nach der Rechtsprechung hat der Garant vom Begünstigten die strikte, „pedantisch genaue“ Erfüllung aller Anspruchsvoraussetzungen zu verlangen („formelle Garantiestrenge“; RIS-Justiz RS0016983; vgl auch RS0016999). Dabei geht es auch darum, dass die Rückgriffsansprüche des Garanten dadurch gesichert werden sollen und sich dieser nicht in einen Streit zwischen Auftraggeber und Begünstigten hineinziehen lassen und die damit verbundenen Risken übernehmen muss (RS0016952).

Entspricht etwa ein bei der Inanspruchnahme der Garantie vorzulegendes Dokument nicht dem in der Garantieurkunde vorgeschriebenen Inhalt, dann liegt keine formgerechte Inanspruchnahme vor, und der Garant kann die im Garantievertrag verbriefte Leistung ablehnen (1 Ob 160/02i mwN).

2. Auch die im Rahmen eines Garantievertrags abgegebenen Erklärungen des Garanten unterliegen den Auslegungsregeln der §§ 914, 915 ABGB (RS0033002; RS0017670). Dem steht der Grundsatz der formellen Garantiestrenge nicht entgegen, weil dieser kein Selbstzweck ist, sondern nur soweit trägt, als dies dem Willen der Vertragsparteien entspricht (RS0033002).

Dabei ist auf die konkreten Umstände, insbesondere auf den Geschäftszweck und die Interessenlage der Beteiligten Bedacht zu nehmen (4 Ob 124/00i ua). Wegen des abstrakten Charakters der Garantie ist im Regelfall nur der Text der Garantieerklärung für die Interpretation maßgeblich, weil der Erklärungsempfänger der Garantieerklärung von vornherein keine Bedeutung unterstellen darf, die sich für ihn aus dem Grundverhältnis ergibt (RS0017670 [T16]). Ist der Wortlaut der Garantieerklärung nicht eindeutig, ist nach § 914 ABGB aber auch auf die Absicht der Parteien Bedacht zu nehmen und der Vertrag so auszulegen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht (8 Ob 96/11t). Diese ist aufgrund einer Analyse der beiderseitigen Interessen zu ermitteln, was nicht selten zur Maßgeblichkeit (allein) des Wortlauts führen wird (4 Ob 149/06z).

3. **Ein Abweichen vom Wortlaut wurde vor allem dann als zulässig angesehen, wenn sich der Sachverhalt unvorhergesehen entwickelt hatte (zB 7 Ob 2135/96p) oder wenn Urkunden vorzulegen waren, deren Inhalt der Begünstigte nicht beeinflussen konnte (vgl 1 Ob 44/05k).**

Diesen Fällen ist gemeinsam, dass die Auszahlung der Garantie nicht (allein) von einer Erklärung des Begünstigten abhing, sondern von „externen“, oft mit dem Grundverhältnis verketteten Umständen.

Allerdings ist auch anerkannt, dass bei rechtsgeschäftlich vereinbarten Formerfordernissen der Zweck der Vereinbarung zu ermitteln ist. Eine Inanspruchnahmeerklärung kann daher wirksam sein, obwohl die vereinbarte Form nicht eingehalten wurde, wenn dies mit dem Zweck der Formabrede vereinbar ist. **Das Recht auf „präzise, ja nachgerade pedantisch genaue Erfüllung aller Anspruchsvoraussetzungen“ gilt daher nur „im Zweifel“, wobei man zugestehen kann, dass die Gründe für eine gegenteilige Interpretation aus den Umständen des Einzelfalls gut abgesichert sein müssen (vgl 9 ObA 319/99y mwN)**.

Beispielsweise wurde zu 9 ObA 319/99y die Rechtsauffassung als vertretbar angesehen, dass die Voraussetzung des „Einschreibens“ nur den Zweck hat, den Begünstigten bei Bestreitung auf den Urkundenbeweis einzuschränken und es daher der Wirksamkeit der Abrufung der Garantie auch nicht schadet, wenn die aus der Garantieerklärung verpflichtete Bank das Aufforderungsschreiben tatsächlich fristgerecht erhalten hat.

4. Im konkreten Fall haben die Parteien vereinbart, dass die Inanspruchnahme der Garantie mittels Telefax vor dem Laufzeitende ausreicht, wenn das Inanspruchnahmeschreiben im Original innerhalb weiterer drei Bankarbeitstage einlangt.

Dem hat die Klägerin bei der Abrufung nicht entsprochen, da sie vor Laufzeitende weder das Original noch ein Telefax übermittelt hat, sondern ein E-Mail mit einem entsprechenden Anhang.

Unstrittig lag kein Fall vor, in dem die Klägerin die Einhaltung der vereinbarten Garantiebedingungen nicht selbst beeinflussen konnte, noch hat sie ein Vorbringen erstattet, dass Umstände vorlagen, die ihr im konkreten Fall deren Beachtung unmöglich gemacht hätte.

Vielmehr beruft sie sich ausschließlich darauf, dass Telefax und E-Mailanhang mit dem gleichen technischen Vorgang generiert würden, weshalb kein Unterschied in den Übermittlungsarten und kein erhöhtes Sicherheitsbedürfnis der Beklagten erkennbar sei. Auch das Berufungsgericht sah ausgehend vom Zweck der Formvorschrift ein E-Mail als ausreichend an.

Richtig ist – wie das Berufungsgericht ausführt – dass die Regelung primär den Zweck verfolgt, dem Begünstigten zum Ende der Laufzeit hin einen zeitlich flexiblen Abruf der Garantie zu ermöglichen. Dazu wurde zwar unter der Bedingung des späteren Einlangens des Originals eine (zunächst) nur eingeschränkte Echtheitsprüfung in Kauf genommen, insoweit ist der Klägerin zuzustimmen, dass kein relevanter Unterschied zwischen Telefax und eingescanntem E-Mailanhang besteht.

Die Vereinbarung der Telefaxübertragung bezweckt aber auch eine gesichertere Kommunikation zwischen den Parteien. Durch sie bleibt – zumindest in der Regel – das Gerät, von dem aus die Übertragung erfolgt, leichter identifizierbar. Zu Recht verweist die Beklagte darauf, dass etwa im vorliegenden Fall das E-Mail nicht von der Klägerin stammt, was unabhängig vom Betreff und dem Anhang eine Zuordenbarkeit zumindest erschwert. **Gleichzeitig ermöglicht eine Telefaxübertragung – nicht nur, aber auch – gerade in größeren Einheiten das Einlangen entsprechender Nachrichten zu zentrieren und sicherzustellen, dass sie nicht übersehen werden oder, was bei E-Mails leicht möglich ist, durch den Spam-Filter aussortiert wird. Sie dient daher nicht nur dem Interesse des Begünstigten an einer flexibleren Vorwegabrufung der Garantie, sondern auch denen des Garanten an einer gesicherten Kenntnisnahme und**

klareren Zuordenbarkeit der Abrufung, indem er den Kommunikationsweg bestimmt, durch den eine entsprechende Bekanntgabe bei ihm einlangt.

Damit kann aber nicht von einer sich aus dem Zweck der Vereinbarung ergebenden Gleichwertigkeit von Telefax und E-Mail ausgegangen werden. Vielmehr bestehen berechtigte Interessen der Beklagten an der Einhaltung der vereinbarten Form, während die Klägerin keine Gründe für die Nichteinhaltung dieser Form geltend macht. Dabei kommt es auf die Art der technischen Generierung der Nachricht nicht an, weshalb den von der Klägerin vermissten Feststellungen der technischen Gleichwertigkeit der beiden Übermittlungsarten keine Bedeutung zukommt.

5. Aus den dargelegten Gründen ist das Bestehen der Beklagten auf die Einhaltung der vereinbarten Form auch nicht sittenwidrig, wobei zusätzlich – wie ausgeführt – die formelle Garantiestrenge auch dazu dient, die Rückgriffsansprüche des Garanten zu sichern.

6. Der Revision der Beklagten war daher Folge zu geben und die erstinstanzliche Entscheidung wieder herzustellen.

30. Drittverbot und Fälligkeit der Bankgarantie – Müssen Zinsen bezahlt werden?

27.7.2021, 4 Ob 120/21g

Sachverhalt

Die Klägerin errichtete im Auftrag der Nebenintervenientin Wohn- und Gewerbebauten. **Zur Sicherung des Werklohnanspruchs der Klägerin stellte die beklagte Bank im Auftrag der Nebenintervenientin eine Bankgarantie über 4.319.203,03 EUR zugunsten der Klägerin aus.** Die Beklagte verpflichtete sich darin gegenüber der Klägerin zur Überweisung des genannten Betrags innerhalb von acht Banktagen nach Aufforderung. Die Klägerin zog die Garantie mit dem der Beklagten am 20. Juli 2018 zugegangenen Schreiben vom 18. Juli 2018.

Am 25. Juli 2018 erließ das Bezirksgericht Liesing über Antrag der Nebenintervenientin eine einstweilige Verfügung, mit der es der Klägerin auftrug, den über 2.268.548,48 EUR hinausgehenden Garantieabruf zu widerrufen und jede Verfügung über den den genannten Betrag übersteigenden Garantieanspruch zu unterlassen. Der Beklagten (Dritte im Verfügungsverfahren) untersagte es die – auch nur teilweise – Auszahlung eines den genannten Betrag übersteigenden Garantiebetrags an die Klägerin und jede sonstige Verfügung über den (übersteigenden) Garantiebetrag. Das Mehrbegehren wies es rechtskräftig ab. Die einstweilige Verfügung wurde der Beklagten zugestellt, bevor acht Banktage nach Erhalt der Zahlungsaufforderung der Klägerin abgelaufen waren.

Aufgrund des Rekurses der Klägerin änderte das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien mit Beschluss vom 4. September 2018 den Beschluss des Bezirksgerichts Liesing im Sinne der Abweisung des Sicherungsantrags ab. Die Klägerin forderte daraufhin von der Beklagten die restlichen 2.050.654,55 EUR, die Nebenintervenientin die Unterlassung der (restlichen) Auszahlung zumindest bis zum rechtskräftigen Verfahrensabschluss.

Den von der Nebenintervenientin gegen die Rekursentscheidung erhobenen außerordentlichen Revisionsrekurs wies der Oberste Gerichtshof mit Beschluss vom 24. Oktober 2018 zu 8 Ob 140/18y zurück. Dieser Beschluss wurde den Parteien am 5. Dezember 2018 zugestellt. Die Klägerin forderte von der Beklagten am selben Tag die Zahlung des restlichen Garantiebetrags samt Zinsen seit 18. Juli 2018. **Die Beklagte überwies den restlichen Garantiebetrag am 6. Dezember 2018, lehnte aber die Zahlung von Zinsen mit dem Hinweis auf mangelnde (frühere) Fälligkeit ab.**

Die Klägerin begehrt (kapitalisierte) Verzugszinsen aus dem restlichen Garantiebetrag für die Zeit **von 18. Juli 2018 (Garantieabruf) bis 6. Dezember 2018 samt Zinsen**. Die Beklagte habe die frühere Zahlung zu Unrecht verweigert. Das Drittverbot sei bloß ein Vollstreckungshindernis gewesen. Die – durch den Garantieabruf herbeigeführte – Fälligkeit sei dadurch aber nicht (nachträglich) weggefallen. Der für den Zinsenlauf maßgebliche Zeitpunkt für den objektiven Verzug sei mit dem Abruf der Bankgarantie am 18. Juli 2018 eingetreten.

Das Erstgericht ging davon aus, dass das Drittverbot eine Stundung bewirkt habe und die Zahlung des restlichen Garantiebetrags bis zur rechtskräftigen Aufhebung des Drittverbots nicht fällig gewesen sei. Die Beklagte sei daher nicht verpflichtet gewesen, vor Zustellung der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zu leisten. Da die Beklagte den Betrag innerhalb der vereinbarten Leistungsfrist von acht Tagen, nämlich am 6. Dezember 2018, gezahlt habe, bestehe das Zinsenbegehren nicht zu Recht.

Das Berufungsgericht schloss sich dieser Rechtsansicht an und wies darauf hin, dass sich die Beklagte zur Überweisung des Garantiebetrags innerhalb von acht Banktagen nach Aufforderung verpflichtet habe. Die Fälligkeit hätte daher frühestens erst zu einem Zeitpunkt eintreten können, als das Drittverbot der Beklagten bereits zugestellt worden war. Das zentrale Argument der Klägerin, dass die einstweilige Verfügung erst nach Eintritt der Fälligkeit erlassen worden sei, erweise sich daher als unzutreffend. Durch das Drittverbot sei somit die zum Zeitpunkt seiner Erlassung noch nicht eingetretene Fälligkeit der Garantieforderung hinausgeschoben worden. Diese Aufschiebung sei erst mit der Zustellung der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs weggefallen. Das Berufungsgericht ließ die Revision mangels erheblicher Rechtsfrage nicht zu.

Der OGH wies die außerordentliche Revision zurück.

Rechtliche Beurteilung

In ihrer dagegen erhobenen außerordentlichen Revision zeigt die klagende Partei keine erhebliche Rechtsfrage iSv § 502 Abs 1 ZPO auf.

Die Klägerin stützt die Zulässigkeit ihres Rechtsmittels ausschließlich auf Fragen zum Eintritt der Fälligkeit ihrer Forderung und geht davon aus, dass die einstweilige Verfügung erst nach der Fälligkeit der Forderung durch den früheren Garantieabruf erlassen worden sei. Zur Problematik, bis zu welchem Zeitpunkt die Fälligkeit hinausgeschoben war, wirft die Klägerin keinerlei Rechtsfragen auf.

1. Verzugszinsen setzen den Eintritt der Fälligkeit voraus (§ 1333 Abs 1 ABGB; vgl zB 1 Ob 53/15y; 3 Ob 164/20v).

2.1 Die Fälligkeit richtet sich primär nach (ausdrücklicher oder konkludenter) Vereinbarung (§§ 904, 1417 ABGB; RIS-Justiz RS0123392). Ob aber ein Vertrag im Einzelfall richtig ausgelegt wurde, ist nur dann eine erhebliche Rechtsfrage, wenn infolge einer wesentlichen Verkennung der Rechtslage ein unvertretbares Auslegungsergebnis erzielt wurde (RS0042936). Auch die im Rahmen eines Garantievertrags abgegebenen Erklärungen des Garanten unterliegen den Auslegungsregeln der §§ 914, 915 ABGB (RS0033002; RS0017670), sodass deren Interpretation ebenfalls regelmäßig keine erhebliche Rechtsfrage aufwirft (4 Ob 176/20s).

2.2 Es steht fest, dass sich die Beklagte nach der Bankgarantie verpflichtet hat, den Garantiebetrag ohne Prüfung des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses und unter Verzicht auf jedwede Einwendung innerhalb von acht Banktagen nach Erhalt der von der Klägerin mittels eingeschriebenen Briefes erfolgten ersten Aufforderung auf das von der Klägerin bezeichnete Bankkonto zu überweisen. **Wenn die Vorinstanzen die Garantie dahin ausgelegt haben, dass der Beklagten nach Aufforderung noch eine Leistungsfrist von acht Banktagen zugestanden ist, nach deren Ablauf ihre Zahlungsverpflichtung erst fällig wurde, liegt darin jedenfalls ein vertretbares Auslegungsergebnis.**

Insoweit die Klägerin die Rechtsmeinung vertritt, aus der gewählten Formulierung „innerhalb von acht Banktagen“ könne man (im Gegensatz zu einer Variante „nach acht Banktagen“) nicht ableiten, dass die Forderung erst nach acht Tagen fällig geworden sei, wird damit keine erhebliche Rechtsfrage aufgeworfen.

3.1 Nach gesicherter Rechtsprechung wird durch das Drittverbot die Fälligkeit einer Garantieforderung (und nicht bloß deren Geltendmachung) bis zum Ablauf der Zeit, für welche die einstweilige Verfügung erlassen worden war, hinausgeschoben (6 Ob 537/88, 7 Ob 7/12y;

RS0005222). Das gilt jedenfalls dann, wenn das Drittverbot vor dem Eintritt der Fälligkeit der Garantieforderung wirksam geworden ist, wovon auch die Klägerin ausgeht.

3.2 Im Verfügungsverfahren wurde der hier beklagten Bank als Dritte in erster Instanz untersagt, einen bestimmten Betrag an die Klägerin auszuzahlen. Die Klägerin vertritt die Ansicht, dass sie zu diesem Zeitpunkt die Garantie bereits wirksam abgerufen habe. Ausgehend von den Feststellungen, wonach der Beklagten das Drittverbot aber bereits vor Ablauf der acht Banktage nach erfolgter Aufforderung durch die Klägerin zugestellt wurde, hält sich die angefochtene Entscheidung im Rahmen der referierten Rechtsprechung. **Wenn die Vorinstanzen davon ausgegangen sind, dass sich die Beklagte vor Wirksamkeit des Drittverbots mangels Fälligkeit noch gar nicht in Verzug befand, weshalb sie der Klägerin keine Verzugszinsen schulde, bedarf das keiner Korrektur durch gegenteilige Sachentscheidung**.

4. Die gerügte Mangelhaftigkeit wurde geprüft, sie liegt nicht vor (§ 510 Abs 3 ZPO). Entgegen den Vorwürfen in der außerordentlichen Revision hat sich das Berufungsgericht mit dem zentralen Argument der Berufung (Eintritt der Fälligkeit) umfassend auseinandergesetzt.

VI. Recht der Vermögensanlage

31. Angeblich zulässige Ausführung einer Bestens-Order trotz Überziehung des Verrechnungskontos

22. 10. 2021, 8 Ob 31/21y

Die beiden Kl nutzen über ein gemeinsames Verrechnungskonto ohne Überziehungsrahmen das Online-Trading der bekl Bank. Am 10. 8. 2015 forderten sie eine Transaktionsnummer (TAN) an, um mit ihr eine Bestens-Order zum Kauf von 180.000 Aktien erteilen zu können. Um 9:37 Uhr erhielten sie eine automatisch generierte Kurznachricht der Bekl mit der TAN und dem Vermerk „Gegenwert ca 75.420 €“. Die Kl gingen deshalb von einem Aktienkurs von 0,419 € aus. Dieser hatte von 9:18:22 Uhr bis 9:20:48 Uhr tatsächl bestanden. Zu einem Kurs im Bereich von 0,50 € oder darüber hätten die Kl den Auftrag nicht erteilt. Nach der Eingabe der TAN durch den Erstkl wurde die Bestens-Order ohne manuellen Eingriff der Bekl an den externen Broker weitergeleitet. Zwischen 9:37:28 Uhr und 9:38:22 Uhr wurde das Aktienpaket in drei Tranchen um 92.139,70 € angekauft, und zwar 10.000 Aktien zu je 0,488 €, 100.000 Aktien zu je 0,50 € und 70.000 Aktien zu je 0,529 € (zuzügl Spesen). Dadurch wurde das Verrechnungskonto um 18.697,17 € überzogen.

Z 66 der AGB der Bekl in der vereinbarten Fassung lautet:

„1.) Das Kreditinstitut darf die Ausführung von Wertpapiergeschäften ganz oder teilweise unterlassen, wenn keine entsprechende Deckung vorhanden ist.

2.) Das Kreditinstitut ist jedoch berechtigt, solche Wertpapiergeschäfte auszuführen, sofern ihm nicht erkennbar ist, dass der Kunde die Durchführung des Auftrags nur bei Deckung wünscht.

3.) Schafft der Kunde trotz Aufforderung keine Deckung an, so ist das Kreditinstitut berechtigt, auf Rechnung des Kunden zum bestmögl Preis ein Glattstellungsgeschäft abzuschließen.“

Pkt B.2.6 der zwischen den Parteien vereinbarten Geschäftsbedingungen zum Internetbanking lautet:

„Die Erteilung eines Kaufauftrags im Rahmen des Internetbanking ist nur so weit zulässig, als zum Zeitpunkt der Ordererteilung auf dem für den Kaufauftrag gewählten Verrechnungskonto eine für die Ausführung des Auftrags notwendige Deckung (Guthaben oder vereinbarter Überziehungsrahmen) vorhanden ist.“

Die zwischen dem Erstkl und der Bekl abgeschlossene Online-Trader-Kundenvereinbarung sieht ua vor:

„Die Erteilung eines Kaufauftrags im Rahmen des Online-Traders ist nur so weit zulässig, als auf dem für den Kaufauftrag gewählten Verrechnungskonto eine für die Ausführung des Auftrags notwendige Deckung (Guthaben, vereinbarter Überziehungsrahmen) vorhanden ist.“

Die Vorinstanzen wiesen das auf Zug um Zug gegen die Übertragung der Aktien gerichtete Zahlungsbegehren sowie die Eventualbegehren ab.

Aus der Begründung

(...)

[10] 2. Wie die Kl selbst ausführen, hat der OGH zu einer der Klausel Z 66 der AGB der Bekl im Wesentlichen inhaltsgleichen Klausel bereits in der E 4 Ob 179/02f Stellung genommen und dargestellt, warum diese nicht als gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB anzusehen ist.

[11] Nach stRsp kann auch bei Vorliegen auch nur einer eingehend begründeten Vorentscheidung von einer gefestigten Rsp ausgegangen werden (3 Ob 59/06g uva). Ob die oberstgerichtl Rsp älteren oder jüngeren Datums ist, spielt jedenfalls dann keine Rolle, wenn sich, wie im vorliegenden Fall, die Gesetzeslage insoweit nicht geändert hat und auch nicht etwa im Schrifttum inzwischen beachtl Kritik geäußert wurde (RS0103384 [T2]). Das Vorliegen einer erhebl Rechtsfrage ist dann zu verneinen, sofern nicht der Rechtsmittelwerber mit neuen Argumenten erhebl Zweifel an der Richtigkeit dieser E wecken kann.

[12] 3. Die Kl verweisen darauf, dass die E nur den Fall vor Augen habe, dass Wertpapiere vom Kunden verkauft werden sollen. Dabei übergehen sie, dass die E ausdrückl auch auf den Fall „der fehlenden Deckung des für die Anschaffung von Wertpapieren erforderl Kapitals“ Bezug nimmt.

[13] Weiters sehen sie eine gröbl Benachteiligung durch die Klausel darin, dass die Bekl das Konto in beliebiger Höhe belasten könne. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass einer Belastung ein konkreter Auftrag des Kunden in eben diesem Umfang zugrunde zu liegen hat. Es handelt sich daher um eine von der Bank geduldete Kontoüberschreitung, die auch gesetzlich vorgesehen ist (vgl § 23 VKrG). Eine gröbl Benachteiligung des Kunden ist daraus nicht ableitbar.

[14] 4. Richtig ist, dass die Vorentscheidung nicht ausdrücklich zwischen Überschreitungen bei eingeräumten oder nicht eingeräumten Überziehungsrahmen unterscheidet, die Rev lässt jedoch offen, was aus dieser Unterscheidung folgen soll. Allein der Umstand, dass die Parteien keinen Überziehungsrahmen vereinbart haben, lässt nicht den Schluss zu, dass der Kontoinhaber die Durchführung von ihm erteilter, nicht gedeckter Aufträge grds ablehnt. Damit sind aber beide Fälle von der Bestimmung umfasst.

[15] 5. Unabhängig davon, inwieweit die Kl in ihrer Berufung den Einwand der mangelnden Transparenz dieser Klausel konkretisiert haben, gelingt es auch der Rev nicht, Bedenken iSd § 6 Abs 3 KSchG zu wecken. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb der mit der Klausel vermittelte Eindruck, dass der Kunde eine Überziehung durch die Bekanntgabe, keine Durchführung bei fehlender Deckung zu wünschen, verhindern kann, unrichtig sein soll. Richtig ist zwar, dass nach den Feststellungen bei einer „Bestens-Order“ eine Überziehung nicht sicher verhindert werden kann, weil der Kaufpreis vor Erteilung der Order nicht feststeht. Ob das allenfalls dazu führen kann, dass bei entsprechender Klarstellung durch den Kunden keine solche Order ausgeführt werden darf, kann im konkreten Fall letztl dahingestellt bleiben, weil die Vorinstanzen davon ausgegangen sind, dass die Kl gerade nicht zu erkennen gegeben haben, dass die Order nur bei Deckung ausgeführt werden darf. Diese Rechtsauffassung ist aber, wie noch darzulegen ist, nicht korrekturbedürftig.

[16] 6. Die Rev wirft der Bekl weiters die Verletzung von Aufklärungs- und Interessenwahrungspflichten vor. Die Beratungspflichten und Aufklärungspflichten von Banken sind grds eine Frage des Einzelfalls. Gegenteiliges gilt nur dann, wenn eine grobe Fehlbeurteilung vorliegt, die im Interesse der Rechtssicherheit korrigiert werden müsste (RS0106373).

[17] Das BerufungsG ist auf Basis der getroffenen Feststellungen davon ausgegangen, dass die Parteien keine Vereinbarung über die Bekanntgabe von (annähernden) Real-Time-Kursen geschlossen hatten und die Übermittlung ganz aktueller Kurse technisch unmöglich ist. Auf die Anforderung der Kl auf Übermittlung eines TAN zur Abwicklung einer Bestens-Order hat die Bekl den ungefähren Wert der Investition beruhend auf einen 15–20 Minuten alten Aktienkurs übermittelt. Die Schlussfolgerung des BerufungsG, dass die Bekl damit keine Aufklärungspflichten im Hinblick auf den Kurs verletzt hat, hält sich im Rahmen des gesetzl eingeräumten Ermessensspielraums.

[18] Auch die Kl behaupten in der Rev nicht, dass die Bekl sich zur Bekanntgabe von Real-Time-Kursen verpflichtet hat. Darauf, ob mit der faktischen Bekanntgabe eines ungefähren Ankaufspreises der Eindruck erweckt wird, dass es sich um einen aktuellen Kurs handelt, muss nicht weiter eingegangen werden, weil auch die Auffassung des BerufungsG, dass ein 15–20 Minuten alter Kurs als „aktuell" angesehen werden kann, nicht zu beanstanden ist. Dass die Kurse – auch stark – schwanken können, ist typischer Inhalt eines solchen Ankaufs und wurde im Übrigen von der Bekl noch verdeutlicht, indem sie nur eine „Circa"-Belastung bekannt gab.

[19] 7. Soweit die Kl eine Pflichtverletzung darin sehen, dass sie von der Bekl nicht darauf hingewiesen wurden, dass die Durchführung der Order zu einer Kontoüberziehung führt, übergehen sie, dass nach Z 66 Abs 2 der AGB die Bekl berechtigt ist, Wertpapiergeschäfte auch auszuführen, für die keine Deckung besteht.

[20] Bereits in der E 4 Ob 179/02f wurde dazu ausgeführt: „Im Übrigen darf die Bank darauf vertrauen, dass der Kunde einen Wertpapierauftrag in Kenntnis der ihn treffenden Umstände, somit auch in Kenntnis einer allenfalls zunächst fehlenden Deckung erteilt und diesen auch durchgeführt haben möchte. Fälle, in denen der Kunde über die vorhandene Deckung (insb das Vorhandensein der zu veräußernden Wertpapiere) irrt, werden wohl äußerst selten sein. Gibt der Kunde nicht zu erkennen, dass er die Durchführung des Auftrages nur bei entsprechender Deckung wünscht, besteht somit für die Bank keine Unklarheit, die sie zu einer Rückfrage verpflichten würde. Wollte man sie dennoch auch bei klaren Aufträgen zur Rückfrage verpflichten, bedeutete dies eine Überspannung der ihr obliegenden Fürsorge, die regelmäßig auch nicht im Interesse des Kunden gelegen wäre, der eine unverzügl Ausführung seines Auftrages wünscht.

Die Rev weist auch zutreffend darauf hin, dass die vom Kl geforderte Prüfpflicht nicht geeignet ist, die angenommenen Interessen des Kunden zu wahren. (...) Das Unterbleiben einer Rückfrage in klaren Auftragsfällen entbehrt daher nicht der sachl Rechtfertigung. Es erscheint durchaus sachgerecht, wenn die Bank Aufträge trotz fehlender Deckung durchführen darf, sofern ihr nicht erkennbar ist, dass der Kunde die Durchführung des Auftrags nur bei Deckung wünscht."

[21] Gerade bei Erteilung einer „Bestens-Order" soll eine rasche Abwicklung gewährleistet werden, ohne dass ein preisl Limit gesetzt wird, was nach den Feststellungen auch der Grund war, warum der Erstkl den Erwerb des gesamten Aktienpakets auf einmal beauftragte. Das führt aber auch dazu, dass der tatsächl Kaufpreis vor Durchführung der „Bestens-Order" nicht feststeht. Damit kann aber eine Deckung ebenfalls nicht sicher beurteilt werden. Eine Rückfrage im Hinblick auf die Deckung hätte daher im konkreten Fall weder dem mit der „Bestens-Order" verfolgten Zweck gedient, noch wäre eine Durchführung mit der Zusage, die „Bestens-Order" auf den gedeckten Betrag zu beschränken, möglich gewesen.

[22] Vor dem Hintergrund der Vertragslage und der konkreten Auftragssituation ist daher auch die Ansicht des BerufungsG, dass aus der Unterlassung der Bekanntgabe der Unterdeckung der Bekl kein Vorwurf zu machen ist, nicht zu beanstanden.

[23] 8. Damit ist der Bekl aber auch nicht vorzuwerfen, einen relevanten Irrtum der Kl adäquat verursacht zu haben. Ebenso wenig ist davon auszugehen, dass ein Irrtum der Bekl hätte auffallen müssen.

[24] 9. Entgegen der Darstellung in der Rev war es nach der Bedingungslage auch nicht Aufgabe der Bekl, ein „Signal" abzufragen oder zu ermöglichen, um klarzustellen, ob eine Durchführung der Order nur bei Deckung gewünscht wird. Auch hier hat das BerufungsG überzeugend darauf

hingewiesen, dass die Kl nicht zu erkennen gegeben haben, dass eine Durchführung nur bei Deckung gewünscht wird, der Erstkl als erfahrener Anleger eine „Bestens-Order“, also eine Order ohne Preislimit erteilt hat, die raschestmöglich ausgeführt werden sollte, und schon der von der Bekl mit der TAN übermittelte Circa-Preis die Deckung am Konto überschritten hätte, dessen ungeachtet aber der Auftrag erteilt wurde.

[25] 10. Richtig ist, dass die Bekl durch eine Sperre der Möglichkeit „Bestens-Order“ zu erteilen, die konkrete Transaktion hätte verhindern können. Warum sie diesen Schritt gegenüber einem erfahrenen Anleger wie dem Erstkl hätte setzen sollen, lässt sich der Rev nicht entnehmen.

(...)

[27] 12. Die Vorinstanzen haben richtig darauf hingewiesen, dass die Online-Trader-Kundenvereinbarung in der zitierten Bestimmung schon ihrem Wortlaut nach Pflichten der Kunden regelt, und nicht der Bank. Dass – wie die Rev argumentiert – damit die Überziehungsmöglichkeit der Bank beschränkt werden soll, ist nicht nachvollziehbar.

32. Der Linzer Swap und sein Ende

18.8.2022, 10 Ob 18/21a

[1] Im Mai 2004 erstattete der spätere Finanzdirektor der Stadt Linz (Klägerin) einen Amtsbericht, wonach die Fremdwährungsverbindlichkeiten der Klägerin aufgrund der Aufwertung des Schweizer Franken auf umgerechnet 135,45 Mio EUR angestiegen seien und die weitere Entwicklung des Devisenkurses nicht vorhersehbar sei, das Fremdwährungsrisiko aber durch den Abschluss von Finanztermingeschäften in ausländischer Währung abgesichert werden könne. Daraufhin fasste der Gemeinderat der Klägerin am 3. 6. 2004 folgenden Beschluss:

„1. Die Aufnahme von Fremdmitteln zum Zweck der Umschuldung in Höhe der zu tilgenden Finanzverbindlichkeiten wird genehmigt.

2. Die FVV [Anm: = Finanz- und Vermögensverwaltung] wird ermächtigt, das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zu optimieren.

3. Die Verrechnung erfolgt auf der VASt … Darlehensaufnahmen Finanzunternehmen."

[2] Auf der Grundlage dieses Beschlusses begab die Klägerin am 6. 10. 2005 bei der K* AG eine CHF-Anleihe über 195 Mio CHF mit einer Laufzeit bis 14. 10. 2017, die mit dem 6-Monats-CHF-Libor zuzüglich 0,049 % verzinst war. Später wollte der Finanzdirektor der Klägerin das mit dieser Anleihe verbundene Zinsrisiko verringern, weshalb es zu diversen Gesprächen und Korrespondenzen mit der beklagten Bank kam. Am 26. 9. 2006 unterfertigte der Bürgermeister der Klägerin einen „Rahmenvertrag", mit dem die Bedingungen für die beabsichtigten Finanztermingeschäfte festgelegt wurden, und ein „Aktuelles Unterschriftenverzeichnis der für Finanztermingeschäfte bevollmächtigten Personen", in welchem der damalige Finanzdirektor als Bevollmächtigter angeführt war.

[3] Am 12. 2. 2007 schloss der Finanzdirektor für die Klägerin mit der Beklagten die als „Resettable CHF Linked Swap 4175" bezeichnete Vereinbarung, die den Tausch von Zinszahlungen zu halbjährlichen Fälligkeitszeitpunkten bezogen auf ein Nominale von 195 Mio CHF vorsieht. Die Beklagte verpflichtete sich dabei zur Zahlung von variablen Zinsen gemäß dem 6-Monats-CHF-Libor, die Klägerin hingegen zur Zahlung von Fixzinsen von 0,065 %, wenn der EUR/CHF-Wechselkurs der EZB über 1,54 liegt, ansonsten von Zinsen nach der Formel 0,065 % + ([1,54 – EZB-Wechselkurs]/EZB-Wechselkurs x 100) %.

[4] Dies bedeutet unter der Annahme eines gleichbleibenden CHF-Libor, dass ein Wechselkurs über 1,54 (1 EUR = 1,54 CHF) eine Differenz zugunsten der Klägerin und damit eine entsprechende Zahlungspflicht der Beklagten bewirkt, während die Differenz zugunsten der Beklagten und die Zahlungspflicht der Klägerin umso höher wird, je tiefer der Wechselkurs unter diese Schwelle fällt. Beispielsweise führt ein Wechselkurs von 1 EUR : 1,20 CHF zu einem Zinssatz zu Lasten der klagenden Partei von rund 28 % aus 195 Mio CHF und damit zu einer (jährlichen) Zahlungspflicht der Klägerin von rund 54,5 Mio EUR. Ein Wechselkurs von 1,00 : 1,00 ergibt einen Zinssatz von rund 54 % und damit eine (jährliche) Zahlungspflicht der Klägerin von rund 105 Mio EUR.

[5] Die Vereinbarung hat eine Laufzeit bis 15. 4. 2017 und ist nach § 7 des von den Parteien abgeschlossenen Rahmenvertrags nur aus wichtigem Grund kündbar.

[6] **Erst am 26. 9. 2011 beantragte die Klägerin bei der Oberösterreichischen Landesregierung die aufsichtsbehördliche Genehmigung der Vereinbarung, behauptete aber gleichzeitig das Fehlen eines entsprechenden Gemeinderatsbeschlusses.** Die Oberösterreichische Landesregierung wies diesen Antrag mit Bescheid vom 10. 10. 2011 als unzulässig zurück, weil der Abschluss der Vereinbarung nicht vom Beschluss des Gemeinderats vom 3. 6. 2004, der nur eine „allgemeine Ermächtigung" enthalte, gedeckt sei.

[7] **Die Klägerin begehrt die Rückzahlung der bereits an die Beklagte geleisteten Zahlungen von 30.640.161,40 CHF (25.185.074,30 EUR) und stellte dabei den Zwischenantrag auf Feststellung, dass der „Resettable CHF Linked Swap 4175" nicht wirksam zustande gekommen, in eventu rückwirkend aufgehoben worden sei.** Die Ungültigkeit der Vereinbarung ergebe sich daraus, dass keine Beschlussfassung im Gemeinderat erfolgt und keine aufsichtsbehördliche Genehmigung erteilt worden sei.

[8] Die Beklagte wendete ein, dass die Vereinbarung vom Beschluss des Gemeinderats vom 3. 6. 2004 gedeckt sei, zumal es sich um eine marktübliche Vereinbarung zur Minimierung des Finanzierungsrisikos handle. Darüber hinaus habe die Beklagte auf den vom Gemeinderat geschaffenen äußeren Anschein vertrauen dürfen, weil der Gemeinderat Kenntnis von der Vereinbarung gehabt habe und die „Dept Management Berichte" im Finanz- und Kontrollausschuss diskutiert worden seien. Im Übrigen liege eine nachträgliche Genehmigung vor, weil die Klägerin aufgrund dieser Vereinbarung mit Wissen des Gemeinderats Zahlungen von 10.100.000 EUR vereinnahmt habe. Da es sich um keinen Darlehensvertrag handle, habe auch keine Verpflichtung bestanden, eine aufsichtsbehördliche Genehmigung einzuholen. Aufgrund der abgeschlossenen Vereinbarung beansprucht die Beklagte von der Klägerin mit ihrer Widerklage zu AZ 55 Cg 29/18b des Handelsgerichts Wien 417.737.018,29 EUR sA und hält diese Forderung auch dem gegenständlichen Klagebegehren aufrechnungsweise entgegen.

[9] Das Erstgericht stellte mit Zwischenurteil fest, dass der „Resettable CHF Linked Swap 4175" nicht wirksam zustande gekommen sei, weil der Gemeinderatsbeschluss vom 3. 6. 2004 bloßen Grundsatzcharakter gehabt habe, aber keine Ermächtigung zum Abschluss eines derart risikoreichen Rechtsgeschäfts enthalte. Eine nachträgliche Genehmigung der Vereinbarung scheitere daran, dass der Gemeinderat keine ausreichende Kenntnis von den mit der Vereinbarung verbundenen Risiken gehabt habe. Darüber hinaus hätte die Vereinbarung einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung bedurft, weil die damit übernommenen Zahlungspflichten die Aufnahme von Darlehen erforderlich machen könnten.

[10] Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten nicht Folge und ging ebenfalls von der Unwirksamkeit der Vereinbarung aus, weil der „Resettable CHF Linked Swap 4175" ein Währungs-Spekulationsgeschäft darstelle, das nicht zur Absicherung des mit den Fremdwährungsverbindlichkeiten der Klägerin verbundenen Wechselkursrisikos geeignet gewesen und damit nicht vom Beschluss des Gemeinderats vom 3. 6. 2004 gedeckt sei. Die Beklagte könne sich nicht auf den Schutz des Vertrauens auf den äußeren Tatbestand berufen, weil das Wissen der Ausschüsse dem Gemeinderat nicht zugerechnet werden könne. Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Entscheidungsgegenstand 30.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision im Hinblick auf die Frage zulässig sei, ob nur das Verhalten des Gemeinderats oder auch jenes seiner Ausschüsse den Schutz des Vertrauens auf den äußeren Tatbestand rechtfertigen könne.

[11] Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten, mit der sie die Abweisung des Zwischenfeststellungsantrags der Klägerin anstrebt.

[12] Die Klägerin beantragt in ihrer Revisionsbeantwortung, die Revision zurückzuweisen, hilfsweise, ihr nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

[13] Die Revision ist zulässig, weil höchstgerichtliche Rechtsprechung zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen von Zins-SwapNächster Suchbegriff-Vereinbarungen von Gemeinden fehlt. Sie ist aber nicht berechtigt.

[14] 1. Gegenstand des Revisionsverfahrens ist die Wirksamkeit des von der Klägerin abgeschlossenen „Resettable CHF Linked Swap 4175“. Bei der Frage der Gültigkeit eines von einer Gemeinde abgeschlossenen Vertrags kommt es nach § 867 ABGB entscheidend auf die Bestimmungen der Gemeindeordnung an (RIS-Justiz RS0014699 [T18]). Die in Organisationsvorschriften von juristischen Personen des öffentlichen Rechts enthaltenen Handlungs-beschränkungen der zur Vertretung berufenen Organe sind auch im Außenverhältnis wirksam und sollen die Interessen der juristischen Person schützen (RS0014717).

[15] 2. Nach § 49 Abs 1 des Statuts für die Landeshauptstadt Linz idF LGBl 1992/7 (kurz: StL 1992) vertritt der Bürgermeister die Stadt nach außen. Nach § 46 Abs 1 Z 8 StL 1992 ist dem Gemeinderat aber der Erwerb und die Veräußerung beweglicher und unbeweglicher Sachen sowie diesen gleichgehaltener Rechte vorbehalten, wenn der Kaufpreis oder Tauschwert 100.000 EUR übersteigt. Die Vorinstanzen sind davon ausgegangen, dass das Fehlen eines hinreichenden Gemeinderatsbeschlusses zur Unwirksamkeit des abgeschlossenen „Resettable CHF Linked Swap 4175“ führen würde.

[16] 3.1 Ist eine Beschlussfassung durch den Gemeinderat erforderlich, dann ist das ohne eine solche Beschlussfassung vom Bürgermeister abgeschlossene Rechtsgeschäft nach ständiger Rechtsprechung für die Gemeinde nicht verbindlich (RS0014664 [T6, T12]; RS0014699 [T19, T31]; RS0014709 [T6]; RS0014715 [T1]). Damit sind jene Bestimmungen der Gemeindeordnungen, die bestimmte Rechtsgeschäfte dem Gemeinderat vorbehalten, keine bloß internen Organisationsvorschriften, sondern eine Beschränkung der allgemeinen Vertretungsbefugnis des Bürgermeisters (RS0014664). Die Zuständigkeit des Gemeinderats, der den Wählerwillen der Gemeindebürger am deutlichsten verkörpert, wäre weitgehend sinnlos, wenn andere Organe der Gemeinde unter Umgehung dieser Zuständigkeit für die Gemeinde wirksame Verträge schließen könnten (RS0031238). Ohne einen entsprechenden Gemeinderatsbeschluss kann der Bürgermeister damit auch keinen Dritten zum Abschluss eines Rechtsgeschäfts bevollmächtigen, das einen Beschluss des Gemeinderats erfordert (RS0014715 [T3]; RS0038754 [T2]).

[17] 3.2 Eine derartige Beschränkung der Vertretungsmacht des Bürgermeisters ist naturgemäß mit einer erheblichen Belastung des Geschäftsverkehrs verbunden, zumal der Vertragspartner der Gemeinde in aller Regel keinen Einblick in gemeindeinterne Beschlussfassungen hat. Die herrschende Lehre geht deshalb entgegen der ständigen Rechtsprechung davon aus, dass die Zuständigkeiten des Gemeinderats keine außenwirksamen Beschränkungen der Vertretungsmacht des Bürgermeisters bedeuten, sondern dass es sich um bloß interne Pflichtbindungen handelt, welche die Wirksamkeit eines vom Bürgermeister abgeschlossenen Rechtsgeschäfts grundsätzlich unberührt lassen (Grillberger/Probst/Strasser,

Privatrechtsgeschäfte der Gemeinde [1981] 75 ff; Wilhelm, Die Vertretung der Gebietskörperschaften im Privatrecht [1981] 118 ff; Thunhart, Eigenmächtige Vertragsabschlüsse des Bürgermeisters und die Notwendigkeit von Vertrauensschutz im Gemeinderecht, JBl 2001, 69 [75 ff]; Schwarzenegger, Die Vertretung von Gemeinden durch den Bürgermeister, RFG 2009, 192; Riedler in Schwimann/Kodek5 § 867 ABGB Rz 6; Rummel in Rummel/Lukas4 § 867 ABGB Rz 11; Aicher, Besonderer Schutz der Gemeinden bei Rechtsgeschäften zur aktiven Schuldenbewirtschaftung? Wbl 2021, 481; anders jedoch Burtscher/Spitzer, Vertretungskonzepte juristischer Personen zwischen Privatautonomie und Verkehrsschutz, SPRW 2014, 201 [214]).

[18] 3.3.1 Die Rechtsprechung mildert die mit einer beschränkten Vertretungsmacht des Bürgermeisters verbundene Belastung des Geschäftsverkehrs ab, indem sie dem Vertragspartner der Gemeinde eine Berufung auf den Schutz des Vertrauens auf den äußeren Tatbestand erlaubt, wenn der Gemeinderat den Anschein erweckt hat, die Vertretungshandlung sei durch seine Beschlussfassung gedeckt (RS0014699 [T26]; RS0014726). Der Oberste Gerichtshof nimmt in solchen Fällen eine Duldungs- oder Anscheinsvollmacht an, welche die ausnahmsweise Wirksamkeit des eigenmächtigen Vertragsabschlusses rechtfertigt (RS0014110 [T10]; RS0014726 [T6]). Mitunter geht die Rechtsprechung auch von einer schlüssigen Genehmigung des vollmachtslosen Handelns des Bürgermeisters durch den Gemeinderat aus (RS0014664 [T19]; RS0014699 [T40]).

[19] 3.3.2 Der Schutz des Vertrauens auf die Wirksamkeit des vom Bürgermeister oder einem anderen Gemeindeorgan eigenmächtig abgeschlossenen Rechtsgeschäfts setzt allerdings voraus, dass der Gemeinderat jenes Verhalten gesetzt hat, aus dem der Vertragspartner auf eine Zustimmung des Gemeinderats schließen konnte (RS0014110 [T1, T17]; RS0014726 [T2, T10]). Demgegenüber kann das Verhalten des Scheinvertreters selbst nach allgemeinen vertretungsrechtlichen Grundsätzen keinen Vertrauensschutz rechtfertigen (RS0014110 [T23]; RS0014726 [T7, T8]).

[20] 3.3.3 Auf das Vorhandensein eines Erklärungswillens seitens des Gemeinderats kommt es nicht an (RS0014726 [T1]). Auch ein passives Verhalten des Gemeinderats kann nach der Rechtsprechung beachtlich sein, wenn den Mitgliedern des Gemeinderats der Abschluss des Rechtsgeschäfts aufgrund der Umstände des Falles nicht verborgen geblieben sein konnte (RS0014110 [T11]; RS0014726 [T4]). Dies gilt besonders dann, wenn aufgrund einer langjährigen Übung keine Zweifel an der Einhaltung der gemeindeinternen Zuständigkeitsverteilung bestehen (RS0014110 [T6]). Mitunter hat es der Oberste Gerichtshof auch ausreichen lassen, dass nicht alle, sondern nur die für das besondere Vertragsverhältnis maßgeblichen Mitglieder des Gemeinderats den äußeren Tatbestand einer vorhandenen Abschlussbefugnis setzten (RS0014739).

[21] 3.3.4 Im Übrigen kann ein vom Bürgermeister oder einem anderen Gemeindeorgan eigenmächtig abgeschlossenes Rechtsgeschäft nach der auch für Gemeinden geltenden Regel des § 1016 ABGB auch nachträglich genehmigt und geheilt werden, indem sich die Gemeinde den aus dem Geschäft entstandenen Vorteil zuwendet (RS0014709). Voraussetzung einer derartigen Genehmigung ist aber, dass dem Gemeinderat bekannt war, dass das Rechtsgeschäft im Namen der Gemeinde abgeschlossen wurde und der Vorteil, den sich die Gemeinde angeeignet hat, aus diesem Geschäft stammt (RS0014709 [T5]).

[22] 3.4 **Ob die Missachtung der Zuständigkeit des Gemeinderats zur Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts führt und sich die Beklagte auf den Schutz des Vertrauens auf den äußeren Tatbestand oder eine nachträgliche Genehmigung des „Resettable CHF Linked**

Swap 4175“ berufen kann, muss hier aber nicht beantwortet werden, weil ein Beschluss des Gemeinderats der Klägerin vorliegt.

[23] 4.1 Der Gemeinderat der Klägerin hat die Finanz- und Vermögensverwaltung (FVV) mit Beschluss vom 3. 6. 2004 ermächtigt, „das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zu **optimieren**“. Es stellt sich deshalb die Frage, ob dieser Beschluss des Gemeinderats den Abschluss des „Resettable CHF Linked Swap 4175“ durch den Finanzdirektor der Klägerin deckt.

[24] 4.2.1 Zins-Swaps sind Vereinbarungen zweier Vertragsparteien über den Austausch zukünftiger Zinszahlungen in einer bestimmten Währung während eines festgelegten Zeitraums (Fülbier, Zivilrechtliche Einordnung von Zins- und Währungsswaps, ZIP 1990, 544 [545]; Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht2 [2015] § 35 Rz 14; Jahn/Reiner in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch5 [2017] § 114 Rn 7). Zins-Swaps zählen damit zu den Finanztermingeschäften (Langenbucher/Bliesener/ Spindler, Bankrechts-Kommentar3 [2020] 37. Kap Rn 28; Brauneis/Mestel, Finanzmarktinstrumente2 Unbedingte Termingeschäfte Pkt 1).

[25] 4.2.2 Zins-Swaps sind ein auf den Finanzmärkten seit den 1980er-Jahren weit verbreitetes Instrument, das es den Vertragsparteien ermöglicht, bestehende Zinsrisiken zu steuern und an die individuellen Zinserwartungen anzupassen (Gondring/Hermann, Zins- und Währungsswaps aus bankbetrieblicher Sicht, ÖBA 1986, 327; Dornauer/Mestel, Funktionsweise und Einsatzmöglichkeiten von Swaps, ÖBA 2013, 533). Zins-Swaps werden dementsprechend zur Spekulation, aber auch zur Absicherung gegen Zinsänderungsrisiken genutzt (Leser/Leser/Habsburg-Lothringen, Finanzinstrumente2 [2019] 185).

[26] 4.2.3 Da ein Vorheriger SuchbegriffZins-SwapNächster Suchbegriff es bei einem erwarteten Zinsanstieg ermöglicht, eine variabel verzinsliche in eine festverzinsliche Verbindlichkeit umzuwandeln und dadurch die Höhe der künftigen Zinsbelastung zu begrenzen, handelt es sich auch um ein Instrument zur „Optimierung“ von Finanzierungsstrukuren (so ausdrücklich Erne, Die Swapgeschäfte der Banken [1992] 22). Häufig wird eine Festzinsverpflichtung gegen eine variable Zinsverpflichtung getauscht (Plain Vanilla Swap); es sind aber auch andere, komplexere Ausgestaltungen des Zins-Swaps gebräuchlich (Pax, Der Einsatz von Swaps im Finanzmanagement – Ein Instrument der Zinssteuerung und des Risikomanagments für Zins- und Währungspositionen, RFG 2005/59, 189). In der Praxis kommen auch Kombinationen aus Währungs- und Zins-Swaps in unterschiedlichen Ausgestaltungen vor (Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht2 [2015] § 35 Rz 17). Um den jeweiligen Zinserwartungen der Kunden entsprechen zu können, werden auch strukturierte Swaps angeboten, bei denen sich die Verzinsung nach einem Fremdwährungsindikator richtet (Mader/Pyka, Umschuldungspraxis – Varianten und Instrumente – Möglichkeiten zur Verbesserung von Finanzierungskonditionen, RFG 2004/10, 44 [46 ff]).

[27] 4.3 Die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, wonach dieser Beschluss im Hinblick auf die vorangegangenen Amtsberichte des Finanzdirektors der Klägerin dahin auszulegen sei, dass nur eine Absicherung des mit den Fremdwährungsverbindlichkeiten verbundenen Wechselkursrisikos gedeckt sei, widerspricht dem klaren Wortlaut des Beschlusses. Der Gemeinderatsbeschluss ist objektiv nach dem Aussagewert des Textes, dem Wortsinn in seiner gewöhnlichen Bedeutung und im Zusammenhalt mit dem zugrunde gelegenen Geschäftszweck auszulegen (7 Ob 108/17h; 8 ObA 22/21z). Durch die Ermächtigung zur „Optimierung“ des

Fremdfinanzierungsportfolios ist daher auch der Abschluss von Finanzgeschäften gedeckt, die bloß auf eine Verminderung der Zinsbelastung der Klägerin abzielen.

[28] 4.4 Ob ein Rechtsgeschäft der Gemeinde von einem bereits gefassten Beschluss des Gemeinderats gedeckt ist, muss immer nach dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses beurteilt werden. Dass sich im Nachhinein herausstellt, dass durch den Abschluss eines Zins-Swaps keine Verminderung der Fremdwährungsverbindlichkeiten erreicht werden konnte, sondern aufgrund der ungünstigen Entwicklung des Wechselkurses ganz im Gegenteil erhebliche Verluste drohen, ändert nichts daran, dass solche Geschäfte an sich geeignet waren, eine Verminderung bestehender Zinsbelastung herbeizuführen, was allerdings vorausgesetzt hätte, dass sich der Devisenkurs so entwickelt wie dies von der Klägerin erwartet worden war (dazu Wilhelm, Über Zins-Swapping – das „Tauschen" von Zinsen, ecolex 2012, 280 [281]).

[29] 4.5 Die Rechtsansicht des Erstgerichts, wonach es sich beim Beschluss des Gemeinderats vom 3. 6. 2004 um einen bloßen „Grundsatzbeschluss" handle, wird schon durch den Wortlaut dieses Beschlusses widerlegt, wonach die Finanz- und Vermögensverwaltung (FVV) zum Abschluss solcher Geschäfte „ermächtigt" wurde, was bereits als „rechtliches Dürfen" und damit als Erlaubnis zum Abschluss solcher Rechtsgeschäfte zu verstehen ist (P. Bydlinski in KBB6 § 1002 ABGB Rz 2; Koziol/Welser/Kletečka, Grundriss15 I Rn 640).

[30] 4.6.1 Dem Erstgericht ist aber dahin zuzustimmen, dass der Beschluss des Gemeinderats kein konkretes Rechtsgeschäft betrifft, sondern eine allgemeine Ermächtigung zum Abschluss marktüblicher Finanzgeschäfte zur Optimierung der Fremdwährungsverbindlichkeiten enthält. Entgegen der Rechtsansicht des Erstgerichts, das insofern der Begründung der Oberösterreichischen Landesregierung im Bescheid vom 10. 10. 2011 folgt, kann daraus aber nicht abgeleitet werden, dass der Abschluss des „Resettable CHF Linked Swap 4175" nicht vom Beschluss des Gemeinderats vom 3. 6. 2004 gedeckt wäre.

[31] 4.6.2 Holoubek/Prändl vertreten die Auffassung, dass es eines gesonderten Gemeinderatsbeschlusses bedarf, wenn für ein bereits aufgenommenes Darlehen Derivate eingesetzt werden sollen, lassen jedoch ausdrücklich offen, ob auch die einzelnen Vertragsabschlüsse zur „Optimierung" solcher Derivate eines gesonderten Gemeinderatsbeschlusses bedürfen, zumal es der Gemeinde dadurch unmöglich gemacht würde, auf veränderte Marktverhältnisse zeitgerecht zu reagieren (Holoubek/Prändl, Öffentliches Finanzmanagement – rechtliche Rahmenbedingungen, in Böck/Hofstätter/Höck/Huemer/Prändl/Schuch, Strukturiertes Finanzmanagement der öffentlichen Hand [2005] 199 [229]).

[32] 4.6.3 Nach Wilhelm ist es dem Gemeinderat in den meisten Fällen gar nicht möglich, Verträge in allen Einzelheiten zu determinieren, sodass es den zur Vertretung nach außen berufenen Organen der Gemeinde obliegt, die Gemeinderatsbeschlüsse im Sinne ihres Ermessensspielraums umzusetzen (Wilhelm, Vertretung 150). Nach Raschauer ist es dem Gemeinderat deshalb gerade bei Bankgeschäften nicht verwehrt, die Vertretungsorgane der Gemeinde zur Durchführung der Einzelabschlüsse aufgrund einer Rahmenvereinbarung „gesamthaft ex ante" zu ermächtigen (Raschauer, Spekulative Vermögensveranlagung durch Gebietskörperschaften, RFG 2013/16, 70).

[33] 4.6.4 Nach Thunhart kann der Gemeinderat die Ausgestaltung des konkreten Rechtsgeschäfts dem Bürgermeister oder anderen Gemeindeorganen überlassen, solange es sich um keine Pauschalermächtigungen handelt, durch die sich der Gemeinderat pflichtwidrig der Möglichkeit begibt, auf die Vermögensverwaltung Einfluss zu nehmen (Thunhart,

Rechtsgeschäftliche Vertretungsregeln im Gemeinderecht [2000] 122 ff). Dies entspricht der herrschenden Auffassung im Familienrecht, wonach die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters auch generell im Voraus erklärt werden kann, solange es sich nicht um eine uneingeschränkte Zustimmung zu jedweden Rechtsgeschäften handelt, die dem Schutzzweck des Gesetzes widerspricht (LGZ Wien 42 R 207/94 EFSlg 75.078; Iro, Verfügungen über Girokonten nicht voll Geschäftsfähiger, ÖBA 1986, 503 [511]; Nademleinsky in Schwimann/Kodek5 § 170 ABGB Rz 6).

[34] 4.6.5 Der Beschluss des Gemeinderats vom 3. 6. 2004 beschränkte sich auf den Abschluss „marktüblicher Finanzgeschäfte und Finanzterminkontrakte“ zur Optimierung der bestehenden Fremdwährungsverbindlichkeit, sodass keine generelle Ermächtigung zum Abschluss von Bankgeschäften vorliegt, die dem Schutzzweck der gemeinderechtlichen Zuständigkeitsverteilung widersprechen würde. Dass der Gemeinderat der Klägerin die konkrete Ausgestaltung eines marktüblichen Finanzgeschäfts zur Verminderung der Belastung aus den bestehenden Verbindlichkeiten der Finanz- und Vermögensverwaltung (FVV) überließ, führt daher nicht zur Unwirksamkeit der erteilten Ermächtigung.

[35] 4.7 **Das Erstgericht konnte nicht feststellen, ob die konkrete Ausgestaltung des „Resettable CHF Linked Swap 4175“ marktüblich war. Angesichts der damit übernommenen erheblichen und kaum abschätzbaren Risiken muss auch bezweifelt werden, dass der Abschluss dieses Rechtsgeschäfts den damaligen Interessen der Klägerin entsprochen hat.** Der Gemeinderat hat aber mit Beschluss vom 3. 6. 2004 die Ermächtigung zum Abschluss marktüblicher Finanzgeschäfte zur Optimierung der bestehenden Verbindlichkeiten erteilt und die Entscheidung über die konkrete Ausgestaltung solcher Verträge damit der Finanz- und Vermögensverwaltung (FVV) überlassen. Da Zins-Swaps unter Einbeziehung von Wechselkursindikatoren marktübliche Finanzgeschäfte zur Optimierung von Fremdwährungsverbindlichkeiten waren, hat die Finanz- und Vermögensverwaltung (FVV) die ihr vom Gemeinderat eingeräumten Befugnisse nicht überschritten, weshalb sich die Klägerin nicht auf das Fehlen eines das konkrete Geschäft betreffenden Gemeinderatsbeschlusses berufen kann.

[36] 4.8 Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass der Abschluss des „Resettable CHF Linked Swap 4175“ entgegen der Rechtsansicht der Vorinstanzen vom Beschluss des Gemeinderats vom 3. 6. 2004 gedeckt ist.

[37] 5. **Offen bleibt aber die Frage, ob der Abschluss dieses Rechtsgeschäfts einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung der Oberösterreichischen Landesregierung bedurft hätte.**

[38] 5.1 **Nach § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 bedarf der „Abschluss von Darlehensverträgen“ der Genehmigung der Landesregierung, wenn durch die Aufnahme des Darlehens der jährliche Gesamtschuldendienst der Stadt 15 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlags des laufenden Rechnungsjahres übersteigen würde.** Im Jahr 2007 entsprach dies einer Wertgrenze von 31.391.415 EUR. Nach § 983 ABGB zeichnet sich der Darlehensvertrag dadurch aus, dass der Darlehensgeber vertretbare Sachen übergibt und sich der Darlehensnehmer dazu verpflichtet, dem Darlehensgeber spätestens nach Vertragsende ebenso viele Sachen derselben Gattung und Güte zurückzustellen. Der VwGH hat deshalb in einer Disziplinarsache bereits darauf hingewiesen, dass der „Resettable CHF Linked Swap 4175“ nicht als Darlehensvertrag iSd § 983 ABGB anzusehen ist (VwGH Ro 2015/09/0014; Ra 2017/09/0001). Der VwGH hat in diesen Erkenntnissen aber ausdrücklich offen gelassen, ob der Begriff des

„Darlehens“ iSd § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 angesichts des Regelungszwecks, nämlich die Verschuldung der Gemeinde zu überwachen, über die Definition des § 983 ABGB hinaus auch andere, einer Kreditaufnahme gleichzuhaltende Geschäfte erfasst.

[39] 5.2 Da nach der getroffenen Vereinbarung keine Darlehensvaluta ausgezahlt, sondern nur die Differenz zwischen dem variablen 6-Monats-CHF-Libor und einem vom jeweiligen Devisenkurs der EZB abhängigen Zinssatz gezahlt werden sollte, liegt ein sogenanntes Differenzgeschäft vor (RS0106835; Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht2 [2015] § 35 Rz 43). Solche Verträge werden zivilrechtlich als Wette qualifiziert und zählen zu den Glücksverträgen (Stefula in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 1270–1272 ABGB Rz 110; Karollus, Aufklärungspflicht über den anfänglich negativen Marktwert bei strukturierten Finanzprodukten, ÖBA 2013, 306 [307 f]; Dullinger, Rechtliche Möglichkeiten bei Swap-Geschäften, ecolex 2014, 310 [311]).

[40] 5.3 Mittlerweile hat der Oberösterreichische Landesgesetzgeber die besondere Gefährlichkeit solcher Finanzgeschäfte erkannt (Initiativantrag 507 Blg oöLT 27. GP 1). Mit der Oberösterreichischen Gemeinderechts-Novelle 2012 (LGBl 2012/1) wurden deshalb neben dem Abschluss von Darlehensverträgen auch „sonstige Finanzgeschäfte“ einem aufsichtsbehördlichen Genehmigungsvorbehalt unterstellt, wodurch nunmehr auch derivative Finanzinstrumente wie Optionen, Futures oder Swaps unter den in § 58 StL idgF genannten Voraussetzungen einer Genehmigung bedürfen (AB 507 Blg oöLT 27. GP 2). Da dieses Gesetz erst mit 1. 4. 2012 in Kraft getreten ist, kann es auf den vorliegenden Rechtsfall nicht angewendet werden. Es stellt sich aber die Frage, ob die für Darlehensverträge geltenden Genehmigungsvorbehalte nach § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 auf solche Vereinbarungen zumindest analog anzuwenden sind.

[41] 5.4.1 Die Beklagte verweist darauf, dass der VwGH eine „ausdehnende Auslegung“ der gemeinderechtlichen Genehmigungsvorbehalte mit Rücksicht auf die verfassungsrechtlich garantierte Gemeindeautonomie abgelehnt hat (VwGH 2004/05/0300). Art 119a Abs 8 B-VG sieht aber ausdrücklich vor, dass einzelne von der Gemeinde im eigenen Wirkungsbereich zu treffende Maßnahmen, durch die auch überörtliche Interessen in besonderem Maß berührt werden, insbesondere solche von besonderer finanzieller Bedeutung, durch die zuständige Gesetzgebung an eine Genehmigung der Aufsichtsbehörde gebunden werden können. Auch nach der Rechtsprechung des VwGH ist eine Analogie geboten, wenn das Gesetz einen Sachverhalt nicht einbezieht, auf welchen – unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes und gemessen an den mit der Regelung verfolgten Absichten des Gesetzgebers – dieselben Wertungsgesichtspunkte zutreffen wie auf den im Gesetz geregelten Fall und daher schon zur Vermeidung einer verfassungsrechtlich bedenklichen Ungleichbehandlung auch dieselben Rechtsfolgen Anwendung finden müssen (VwGH 96/08/0207; Ro 2019/13/0014; Ra 2020/11/0086).

[42] 5.4.2 Voraussetzung der Analogie ist freilich, dass sie nicht einer vom Gesetz gewollten Beschränkung widerspricht (VwGH 2012/08/0050; Ro 2015/19/0001; Ra 2019/11/0015). Dabei vertritt der VwGH die Auffassung, dass das Fehlen einer bestimmten Regelung im Bereich des öffentlichen Rechts im Zweifel als beabsichtigt anzusehen sei (VwGH Ro 2019/16/0015; Ro 2020/10/0015; ebenso RS0008912). Gerade die Einführung der Genehmigungspflicht für „sonstige Finanzgeschäfte“ mit der Oberösterreichischen Gemeinderechts-Novelle 2012 zeigt aber, dass eine Beschränkung des aufsichtsbehördlichen Genehmigungsvorbehalts auf Darlehensverträge iSd § 983 ABGB nicht beabsichtigt war. Im Übrigen geht der Landesgesetzgeber selbst von der Zulässigkeit eines Analogieschlusses aus, indem er die Neuregelung, die insbesondere den

Abschluss von Swap-Geschäften betrifft, als „Klarstellung der bisher bereits bestehenden aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflichten“ bezeichnet (AB 507 Blg oöLT 27. GP 2).

[43] 5.5 In Deutschland wird die Ansicht vertreten, dass Swap-Geschäfte nicht den für Kreditverträge und kreditähnliche Geschäfte geltenden Regelungen unterliegen und deshalb keiner Genehmigung der Kommunalaufsichtsbehörden bedürfen (Reinhardt, Neue kommunale Finanzierungsmodelle und ihre Bewertung durch die Obersten Kommunalaufsichtsbehörden der Bundesländer, LKV 2005, 333 [337]; Lammers, Pfichtverletzung bei kommunalen Zins-Swaps, NVwZ 2012, 12 [14]; Endler in Zerey, Finanzderivate4 [2016] § 30 Rn 57). Diese Auffassung ist aber nicht auf die österreichische Rechtslage übertragbar, weil Swap-Vereinbarungen, die nicht geeignet sind, das mit einer bestehenden Kreditverbindlichkeit verbundene Risiko zu minimieren, sondern ein neues Risiko schaffen, nach der deutschen ultra-vires-Doktrin schon wegen Verstoßes gegen das kommunale Spekulationsverbot nichtig sind (Morlin, Die Befugnis kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform zu Spekulationsgeschäften am Beispiel von Zinsswaps, NVwZ 2007, 1159 [1160]; Weck/Schick, Unwirksamkeit spekulativer Swap-Geschäfte im kommunalen Bereich, NVwZ 2012, 18 [20 f]; ablehnend Schmitt/Geier, Neues altes Instrument für vertragsreuige juristische Personen des öffentlichen Rechts? Eine Untersuchung der Anwendbarkeit der Ultra-Vires-Lehre im Licht der jüngsten Swap-Geschäfte, WM 2014, 1902). Darüber hinaus existieren in Deutschland „Derivaterlasse“ der Länder, mit denen die ausnahmsweise Zulässigkeit des Abschlusses von Finanzderivaten zur Absicherung bestehender Kreditverbindlichkeiten detailliert geregelt wird (dazu Pötsch, Derivate in der kommunalen Praxis – Unabdingbare Instrumente mit abdingbarer Rechtsgrundlage? KommJur 2017, 81 [85 f]).

[44] 5.6 In der österreichischen Literatur wurde die Frage, ob Vorheriger SuchbegriffZins-SwapNächster Suchbegriff-Vereinbarungen den Vorschriften für Darlehensverträge unterliegen und deshalb einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung bedürfen, bislang offengelassen (so etwa Prändl, Der Abschluss von Swap-Geschäften und die Grenzen der Gemeindeautonomie, JRP 2012, 379 [384]). Die Steiermärkische Landesregierung hat den nach § 90 Abs 1 Z 2 der Steiermärkischen Gemeindeordnung für die „Aufnahme und Gewährung von Darlehen“ geltenden Genehmigungsvorbehalt auch auf Vorheriger SuchbegriffZins-SwapNächster Suchbegriff-Vereinbarungen angewendet und der Vereinbarung wegen der Gefahr einer übermäßigen Verschuldung der Gemeinde die Genehmigung versagt, weil die damit übernommene Zahlungspflicht wirtschaftlich einer Darlehensverpflichtung gleichkomme, woraufhin diese Rechtsansicht vom Obersten Gerichtshof zu 10 Ob 14/19k als „zumindest denkmöglich“ angesehen wurde, ohne dass dazu abschließend Stellung genommen wurde.

[45] 5.7.1 Aus wirtschaftlicher Sicht zählen Differenzgeschäfte zu den Derivaten, weil ihr Preis von anderen Marktwerten – im vorliegenden Fall vom Referenzzinssatz und dem Devisenkurs – abhängt (Fuchs/Kammel, Derivate im österreichischen Recht – Ausgewählte vertrags- und aufsichtsrechtliche Aspekte, ÖBA 2010, 598; Schweigbauer-Steiner, Derivate und deren Funktionsweise aus ökonomischer sowie rechtlicher Perspektive, ecolex 2021, 262). Derivate machen es möglich, Preisänderungsrisiken bei Zinsen, Devisen, Aktien oder Waren vom zugrundeliegenden Wirtschaftsgut abzuspalten und getrennt zu handeln (Oppitz, Aktuelle Rechtsfragen des Derivatgeschäfts, ÖBA 2013, 321; Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht2 § 35 Rz 1).

[46] 5.7.2 Zins-Swaps wurden dementsprechend zur Optimierung der Zinsbelastung aus bestehenden Kreditverbindlichkeiten eingesetzt (Lehmann, Zinsswaps der öffentlichen Hand: Vertragswirksamkeit und Beratungspflichten, BKR 2008, 488; Fritsche/Fritsche, Rechtliche

Beurteilung von Swap-Geschäften zur Zinsoptimierung der Kommunen, LKV 2010, 201). Auch im vorliegenden Fall sollte der „Resettable CHF Linked Swap 4175“ die Zinsbelastung der Klägerin aus den bestehenden Fremdwährungsverbindlichkeiten verändern, ohne dass ein neuer Darlehensvertrag abgeschlossen werden musste, wie dies sonst im Fall einer Umschuldung erforderlich gewesen wäre.

[47] 5.7.3 Die aufsichtsbehördliche Genehmigung von Darlehen soll verhindern, dass durch die Verzinsung und Tilgung der eingegangenen Verbindlichkeit die dauernde Leistungsfähigkeit der Gemeinden überschritten wird (Prändl, JRP 2012, 384). Eine analoge Anwendung der für Darlehensverträge geltenden Genehmigungsvorbehalte auf Vorheriger SuchbegriffZins-Swap-Vereinbarungen ist schon deshalb geboten, weil solche Vereinbarungen geeignet sind, die mit einem genehmigungspflichtigen Darlehen übernommene Zinsbelastung nachträglich in einer für die Gemeinde nachteiligen Weise zu verändern, und deshalb – schon um den Zweck der aufsichtsbehördlichen Genehmigung nicht zu unterlaufen – auch selbst einem Genehmigungsvorbehalt unterliegen müssen. Da § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 für den Abschluss von Darlehensverträgen eine aufsichtsbehördliche Genehmigung verlangt, wenn durch die übernommenen Verbindlichkeiten der jährliche Gesamtschuldendienst der Stadt 15 % der Einnahmen übersteigen würde, gilt dies auch für den Abschluss von Zinsderivaten, die diese Schuldengrenze überschreiten.

[48] 5.8.1 Die Beklagte macht geltend, dass bei Abschluss des „Resettable CHF Linked Swap 4175“ gar nicht festgestanden sei, dass die Wertgrenze des § 78 Abs 1 Z 2 des StL 1992 überschritten wird, zumal die spätere Entwicklung des Wechselkurses zum Schweizer Franken nicht vorhersehbar gewesen sei. Die Genehmigungsbedürftigkeit eines Geschäfts kann aber nicht davon abhängen, ob die Überschreitung der Wertgrenze bereits feststeht oder aber nur mehr oder weniger wahrscheinlich ist, weil sonst der Zweck der Vorschrift, nämlich eine Überbelastung des Gemeindehaushalts zu vermeiden, nicht mehr gewährleistet wäre. Eine Genehmigungsbedürftigkeit des Rechtsgeschäfts besteht deshalb schon dann, wenn eine Überschreitung der Wertgrenzen möglich ist. Dies gilt umso mehr, wenn – wie im vorliegenden Fall – trotz der Unvorhersehbarkeit der künftigen Entwicklung von Leitzinsen und Devisenkursen langjährige vertragliche Verpflichtungen eingegangen werden, von denen sich die Gemeinde ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes auch nicht vorzeitig lösen kann.

[49] 5.8.2 **Da sich die Klägerin mit dem „Resettable CHF Linked Swap 4175“ für die Dauer von zehn Jahren zu Zinszahlungen von zumindest 0,065 % einer Fremdwährungsnominale von 195 Mio CHF verpflichtete, war gerade angesichts der nicht vorhersehbaren Entwicklung des Devisenkurses ex ante möglich, dass dadurch der jährliche Gesamtschuldendienst der Stadt 15 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlags des laufenden Rechnungsjahres übersteigen wird, was als Überschreitung der Wertgrenze des § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 zu qualifizieren ist.**

[50] 5.9 Nach § 78 Abs 3 StL 1992 werden genehmigungspflichtige Rechtsgeschäfte Dritten gegenüber erst mit der aufsichtsbehördlichen Genehmigung rechtswirksam. Die Beklagte kann sich hier auch nicht auf den Schutz ihres Vertrauens auf die Ermächtigung des Finanzdirektors berufen, weil es sich um eine Beschränkung der Verpflichtungsfähigkeit der Gemeinde handelt, die sich schon aus dem Gesetz ergibt (RS0014715). Die Funktion des aufsichtsbehördlichen Genehmigungsvorbehalts als Mittel der präventiven Kontrolle von Rechtshandlungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften kann nur gewährleistet werden, wenn eigenmächtige Vertragsabschlüsse unwirksam sind (10 Ob 14/19k; 8 Ob 11/11t; 8 Ob 103/20k). Wer mit einer

Gemeinde einen Vertrag abschließt, muss die geltenden öffentlich-rechtlichen Beschränkungen beachten und auch dann gegen sich gelten lassen, wenn er sie nicht gekannt haben sollte (RS0014699 [T20]). Ob damals bei den Gemeinden und Aufsichtsbehörden die Meinung vorherrschte, dass solche Geschäfte nicht genehmigungspflichtig wären, wie dies von der Beklagten behauptet wird, ist deshalb nicht entscheidungswesentlich, weshalb dazu auch keine Feststellungen getroffen werden mussten.

[52] 7. Im Ergebnis ist der Abschluss des „Resettable CHF Linked Swap 4175“ durch den Finanzdirektor der Klägerin nicht wirksam zustande gekommen, weil entgegen § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 keine aufsichtsbehördliche Genehmigung der Oberösterreichischen Landesregierung eingeholt wurde.

33. Verjährte Anlegerschäden

25.11.2021, 9 Ob 52/21v

Sachverhalt

Die (Erst-)Klägerin und der (Zweit-)Kläger zeichneten **in den Jahren 2004 bis 2013** über Beratung des Beklagten 8 (Klägerin) bzw 10 (Kläger) Beteiligungen an geschlossenen Fonds („H*“ ua), die in der Rechtsform einer GmbH & Co KG emittiert wurden. Das Ziel der Kläger war es, Erträge zu erzielen, die höher waren als bei sicheren Anlagen wie Sparbüchern. Sie wollten auch die Substanz langfristig wahren, waren aber bereit, für ihre Ertragserwartungen auch Eigenschaften der Produkte in Kauf zu nehmen, die vorsichtigere Anleger von einem Erwerb abhalten würden.

Der Beklagte war seit 2002 selbständiger Vermögensberater und übernahm die Kläger als Kunden der G* GmbH zur Betreuung. Den übernommenen Unterlagen konnte er entnehmen, dass die Kläger Anlagen mit einem hohen Risiko gezeichnet hatten. Er trat 2003 erstmals an die Kläger heran.

Mit ihrer am 28. 9. 2018 eingebrachten Klage begehren die Kläger zuletzt vom Beklagten 85.389,04 EUR sA (Klägerin) bzw 173.452,38 EUR sA (Kläger) Zug um Zug gegen das Angebot, alle notwendigen Erklärungen abzugeben, um die Rechte aus den Treuhandschaften, über die die Beteiligungen gehalten werden, an den Beklagten zu übertragen, sowie die sinngemäße, mit 17.950 EUR (Klägerin) bzw 25.450 EUR (Kläger) bewertete Feststellung der Haftung des Beklagten für alle Ansprüche, die gegen ihn im Zusammenhang mit den Beteiligungen zukünftig noch gegen sie geltend gemacht werden.

Zusammengefasst stützen die Kläger ihre Ansprüche auf den Vorwurf der Fehlberatung betreffend die Verharmlosung des Totalverlustrisikos, die Rückforderbarkeit der Ausschüttungen („Ausschüttungsschwindel“), die Gefahr der Kommanditistenhaftung, hohe Weichkosten, Blind-Pool-Beteiligungen, die Bindung von ¾ ihres Vermögens in geschlossenen Fonds (Klumpenrisiko), ein Mehrverlustrisiko infolge von Steuern und Steuerberatungshonoraren, die Laufzeit sowie verschwiegene (zusätzlich zum offengelegten Agio lukrierte) Kick-Back-Provisionen.

Der Beklagte und die Nebenintervenientinnen bestritten, beantragten Klagsabweisung und wandten ua Verjährung ein.

Das Erstgericht sprach in einem Zwischen- und Teilurteil aus, **dass die Zahlungsbegehren wegen unzureichender Beratung über das Totalverlustrisiko, den „Ausschüttungsschwindel“, die Gefahr der Kommanditistenhaftung, die Umstände der Ausschüttung des Auseinandersetzungsguthabens, insbesonders die Ratenzahlung und die Stundungsmöglichkeit, dem Grunde nach zu Recht bestehen** und stellte fest, dass der Beklagte den Klägern für alle Schäden aus den verfahrensgegenständlichen Beteiligungen haftet. Ob die übrigen Beratungsfehler vorlägen, könne dahingestellt bleiben. Ein Mitverschulden der Kläger liege nicht vor. Die Ansprüche seien nicht verjährt.

Das Berufungsgericht gab den dagegen erhobenen Berufungen der Beklagten und der Erstnebenintervenientin Folge, hob das angefochtene Ersturteil auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurück. Rechtlich gelangte es zu dem Ergebnis, **dass die drei – entsprechend der Trennungsthese hinsichtlich der Verjährung gesondert geprüften – Beratungsfehler Verharmlosung des Totalverlustrisikos,**

Ausschüttungsschwindel und Kommanditistenhaftung verjährt seien. Die Rechtssache sei aber noch nicht entscheidungsreif, weil vom Erstgericht keine Feststellungen getroffen worden seien, die eine Beurteilung der weiteren behaupteten Sorgfaltsverstöße und deren Verjährung zuließen. Sie beträfen die fehlende Aufklärung über die Höhe der Weichkosten (Vertriebs- und Marketingkosten), die teilweise Ausgestaltung der Anlagen als Blind-Pool-Beteiligungen, die Unvertretbarkeit der Veranlagung von 72 % des Vermögens der Kläger in geschlossenen Fonds und das Entstehen von Steuern und Steuerberatungshonoraren. Dagegen hätten die Kläger die Anspruchsgrundlage dafür, dass der Beklagte Kick-Back-Zahlungen verschwiegen habe, nicht bewiesen. Die Negativfeststellung zum Erhalt solcher Zahlungen durch den Beklagten sei von den Klägern nicht bekämpft worden. Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof sei zulässig, weil noch keine gesicherte Rechtsprechung bestehe, ob die Sorgfaltsverstöße eines Anlageberaters, auf die die Kläger ihr Klagebegehren zusätzlich stützen, verjährungsrechtlich einheitlich oder der „Trennungsthese“ folgend eigenständig verjähren. Insbesondere fehle Judikatur des Obersten Gerichtshofs dazu, ob die Sorgfaltsverstöße der fehlenden Belehrung über die „Blind-Pool-Beteiligung“, die Bindung von rund ¾ des Vermögens der Anleger in einem geschlossenen Fonds (Klumpenrisiko) und die weiteren Kosten wegen Steuern und Steuerberatungshonoraren einer eigenen Verjährung unterliegen.

In ihrem dagegen gerichteten Rekurs beantragen die Kläger die Wiederherstellung des erstgerichtlichen Zwischen- und Teilurteils; in eventu, dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung unter Berücksichtigung der Beurteilung, dass die geltend gemachten Beratungsfehler jeweils eigenständige Aufklärungsfehler darstellten, aufzutragen.

Der Beklagte beantragt, den Beschluss im Sinn einer Klagsabweisung abzuändern; in eventu, den Rekurs zurückzuweisen, in eventu, ihm keine Folge zu geben.

Die Erstnebenintervenientin beantragt, den Rekurs zurückzuweisen, in eventu ihm keine Folge zu geben, die Zweitnebenintervenientin beantragt, ihm keine Folge zu geben.

Der OGH gab dem Rekurs Folge.

Rechtliche Beurteilung

Der Rekurs der Kläger ist zulässig und im Sinn einer Abänderung des Aufhebungsbeschlusses berechtigt.

I.1.(…)

II.1. Inhaltlich machen die Kläger zunächst geltend, das Berufungsgericht habe zu Unrecht nicht auf ihre Kenntnis des gesamten anspruchsbegründenden Sachverhalts abgestellt und habe ihre Erkundigungsobliegenheiten überspannt.

Die dreijährige Verjährungsfrist des § 1489 ABGB beginnt mit Kenntnis von Schaden und Schädiger. Bloßes Kennen-Müssen reicht daher grundsätzlich nicht aus (RS0034366 [T3, T6]). Die Kenntnis des Schädigers muss so weit gehen, dass eine Klage gegen ihn mit Aussicht auf Erfolg eingebracht werden kann (RS0034686, RS0034524).

Von der Rechtsprechung wird aber in gewissem Maß eine Erkundigungsobliegenheit angenommen, wenn der Geschädigte die für die erfolgsversprechende Anspruchsverfolgung notwendigen Voraussetzungen ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung bringen kann (RS0034524; RS0034366 [T20, T26]). Die Erkundigungsobliegenheiten dürfen zwar nicht überspannt werden. Eine Erkundigungsobliegenheit wird aber angenommen, wenn konkrete Verdachtsmomente, aus

denen der Anspruchsberechtigte schließen kann, dass Verhaltenspflichten nicht eingehalten wurden, vorliegen (RS0034327 [T21, T42]).

E**in geschädigter Anleger kann sich grundsätzlich nicht darauf berufen, dass er ihm übersandte Mitteilungen, aus denen sich weitere Erkundigungsobliegenheiten ergeben, nicht gelesen habe. Entscheidend ist der Zugang solcher Mitteilungen, nicht die Kenntnisnahme vom Inhalt derselben. Anderes gilt für Geschäftsberichte, wenn der Anleger keinen Grund zum Misstrauen gegenüber dem Berater und zu Nachforschungen hatte. Komplexe Rechenschaftsberichte genügen grundsätzlich nicht, um Erkundigungsobliegenheiten auszulösen. Anleger, die an sie übermittelte Unterlagen ignorieren und damit in eigenen Angelegenheiten nicht sorgfältig sind, sollen nicht besser gestellt sein als solche, die die Unterlagen lesen. Dies gilt jedenfalls, wenn es sich nicht um umfangreiche Geschäftsberichte handelt (7 Ob 95/17x mwN der Rspr).**

Hier ging das Berufungsgericht davon aus, dass schon mit dem Schreiben vom 12. 12. 2012 (Beil ./NI 143) Erkundigungsobliegenheiten der Kläger ausgelöst wurden. In dem Schreiben wird für den Fall des Scheiterns einer ins Auge gefassten Kapitalerhöhung das Drohen der Insolvenz der Gesellschaft, verbunden mit einem Zwangsverkauf der Schiffe, mitgeteilt. In diesem Fall würde der Insolvenzverwalter an die Gesellschafter herantreten und die bisher geleisteten, nicht gewinndeckenden Auszahlungen von ihnen zurückfordern. Die Schreiben vom 16. 10. 2014 (Beil ./NI 178, 179) enthielten einen Kurzreport und den „Ausblick“: „Sollte die finanzierende Bank das Darlehen nicht verlängern, könnte dies die Zahlungsunfähigkeit der Fondsgesellschaft nach sich ziehen. Sie müssen dann damit rechnen, dass die Gläubiger der Fondsgesellschaft, insbesondere die finanzierende Bank, die Rückzahlung der an Sie geleisteten Auszahlungen von bis zu 56,75 % verlangen können!“ (s zB auch das Schreiben vom 13. 2. 2015, Beil ./NI 89).

Die Beurteilung, dass diese Schreiben geeignet waren, Zweifel an der Richtigkeit der Beratung des Beklagten und weitere Erkundigungsobliegenheiten auszulösen, ist nicht zu beanstanden. Wie vom Berufungsgericht ausgeführt, werden dadurch jedenfalls Zweifel daran geweckt, dass die bisherigen Ausschüttungen eine bloße Verzinsung der von den Klägern geleisteten Kommanditeinlagen sein konnten, weil Auszahlungen sonst nicht zurückgefordert werden könnten und sie daher keine Teilhabe am geschäftlichen Erfolg sein konnten. Berücksichtigt man weiter, dass der Beklagte nach den Feststellungen bereits infolge des Schreibens ./NI ./143 den Eindruck gewonnen hatte, dass eine Beteiligungsgesellschaft wesentliche wertrelevante Umstände verschwiegen hatte, es vielleicht auch Managementfehler gegeben habe, er seinen Kunden empfahl, sich an den VKI zu wenden und ihnen auch mitteilte, aufgrund seiner Recherchen das Vertrauen in die klagsgegenständlichen Produkte verloren zu haben, **so ist nicht ersichtlich, warum die Kläger ohne Gefahr eines beginnenden Anspruchsverlusts gegenüber dem Beklagten nicht aktiv werden mussten, wenn sie ihm in Hinblick auf die Risiken aus der Art der Veranlagung eine Verletzung von vorvertraglichen Aufklärungspflichten vorwerfen. Erkundigungsobliegenheiten der Kläger wurden hier nicht überspannt.**

II.2. Aus den Verjährungsverzichten des Beklagten vom 12. 6. 2018 und 25. 6. 2018, die bis 30. 6. 2018 bzw 30. 8. 2018 gelten sollten, ist für die Kläger nichts zu gewinnen, weil sie sich nur auf Ansprüche bezogen, die zur Zeit der Erklärung noch nicht verjährt waren.

II.3. Beschwichtigungen des Beklagten, die die Kläger davon abgehalten hätten, ihren Schaden früher geltend zu machen, gehen aus den Feststellungen nicht hervor. Die genannte Mitteilung des

Beklagten an die Kläger lässt sich nicht als Beschwichtigungsversuch des Beklagten (vgl RS0087615 [T12], RS0014838 [T17, T18]) dahin verstehen, sie von der Geltendmachung von gegen ihn gerichteten Ansprüchen aus vermeintlichen Aufklärungsfehlern abzuhalten.

II.4. Zu den Ausführungen der Kläger im Rekurs zur Trennungsthese (Pkt 2.4.) ist zunächst auf die Grundsätze der Rechtsprechung zu verweisen:

Die Verjährung bezieht sich auf den – ähnlich dem Streitgegenstand – jeweils geltend gemachten Anspruch. Ein Anspruch wird durch die zu seiner Begründung vorgebrachten Tatsachen konkretisiert. Stützen die Kläger daher ihr Begehren alternativ auf verschiedene Sachverhaltsvarianten, liegen in Wahrheit mehrere Ansprüche vor, die auch verjährungsrechtlich getrennt zu behandeln sind (RS0039255 [T11], 7 Ob 95/17x). Verwirklichen sich in Anlegerhaftungsfällen mehrere Risiken, über die getrennt aufzuklären gewesen wäre, ist auch die Verjährung getrennt zu beurteilen („Trennungsthese“). Eine gesonderte verjährungsrechtliche Prüfung setzt voraus, dass der behauptete Beratungsfehler eine eigenständige, den geltend gemachten Anspruch begründende Pflichtverletzung bildet. **Die Beurteilung, ob die mangelhafte oder fehlende Aufklärung über einen Umstand eine eigenständige, von anderen abgrenzbare Pflichtverletzung oder bloß ein Aspekt und unselbständiger Bestandteil einer einzigen Pflichtverletzung ist, hat in erster Linie nach inhaltlichen Gesichtspunkten zu erfolgen.** Weist **die unterbliebene Aufklärung über einen Umstand einen engen inhaltlichen Bezug zu einer ebenfalls unterbliebenen oder fehlerhaften Aufklärung über einen anderen Umstand auf, rechtfertigt es dieser Zusammenhang, beide Aufklärungsfehler zu einem einheitlichen Beratungsfehler zusammenzufassen.** Es liegen dann nicht mehrere getrennte, sondern nur ein einheitlicher Beratungsfehler mit einzelnen verschiedenen Aspekten vor. Die Eigenständigkeit einer Pflichtverletzung kann sich (aber auch) aus den äußeren Umständen ergeben, wenn die fehlerhafte Beratung auf mehreren selbständigen Handlungen beruht und daher nicht mehr als ein einheitlicher Lebensvorgang anzusehen ist (RS0050355 [T10, T12]; RS0039255 [T9, T11]). Daran wurde auch zuletzt festgehalten (zB 4 Ob 94/17b; 6 Ob 255/20y).

II.5. Die Kläger sehen einen eigenständigen Aufklärungsfehler im Verschweigen der hohen Weichkosten, wozu es noch ergänzender Feststellungen des Erstgerichts bedürfe. **Es entspricht jedoch der ständigen Rechtsprechung, dass das Unterbleiben einer erforderlichen Aufklärung über „Weichkosten“ im Verhältnis zum Risiko des Totalverlusts grundsätzlich nicht als eigener abgrenzbarer Aufklärungsfehler zu qualifizieren ist, weil erhebliche „Weichkosten“ die Werthaltigkeit des Investments beeinflussen** (6 Ob 118/16w; 4 Ob 94/17b; 7 Ob 95/17x; 4 Ob 8/18g; 6 Ob 255/20y). Auch dieser Aspekt der Werthaltigkeit ist jedenfalls dann verjährt, wenn die Natur der Veranlagung oder die Wertlosigkeit der Investition insgesamt nicht mehr releviert werden können (4 Ob 94/17b). Da insoweit von keinem gesonderten Beginn der Verjährungsfrist auszugehen ist, bedarf es dazu auch keiner ergänzenden Feststellungen.

II.6. Als weiteren Beratungsfehler machen die Kläger geltend, dass sie nicht konkret darüber aufgeklärt worden seien, dass nach den Vertragsbedingungen die Zahlung aus dem Auseinandersetzungsguthaben in drei jährlich fälligen Raten ausgezahlt werden könnte, die unter Umständen gestundet werden müssten.

Ob darüber gesondert aufgeklärt hätte werden müssen, kann aber dahingestellt bleiben, weil auch ein auf einem solchen Aufklärungsfehler beruhender Ersatzanspruch jedenfalls verjährt ist:

Hier war den Klägern bewusst, dass sie eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung mit der Möglichkeit des Totalverlusts erwerben, die Fondsgesellschaften auf unbestimmte Zeit errichtet

waren, mit der Veranlagung keine fixe Laufzeit verbunden war, aber eine konkrete Beendigungsmöglichkeit durch Kündigung bestand. Schon in der Entscheidung 7 Ob 95/17x wurde ausgesprochen, dass die nachfolgende Art der Auseinandersetzung die Werthaltigkeit der Beteiligung beeinflusst. **Eine unrichtige Aufklärung über die damit verbundene konkrete Beendigungsmöglichkeit wurde dort neben Aufklärungsfehlern über die Natur der Veranlagung nicht als eigenständiger Aufklärungsfehler angesehen.** Die Modalitäten über die Auszahlung eines allfälligen Auseinandersetzungsguthabens stehen aber nicht weniger bei bekannter Möglichkeit der Beendigung der Beteiligung durch Kündigung in so einem engen inhaltlichen Zusammenhang, dass auch insoweit nicht von einem getrennten Beratungsfehler ausgegangen werden könnte.

II.7. Die Kläger sehen weiter einen eigenständigen Beratungsfehler in der unterbliebenen Aufklärung darüber, dass es sich bei mehreren Veranlagungsprodukten um sogenannte „Blind-Pool-Beteiligungen“ gehandelt habe. Bei diesen stehe zum Investitionszeitpunkt noch nicht fest, in welche Objekte überhaupt investiert werden solle. Der Anleger könne sich kein abschließendes Bild über die endgültige Zusammensetzung des Beteiligungsportfolios machen.

Feststellungen dazu liegen nicht vor. Sie sind aber auch nicht erforderlich: **Sollte den Klägern kein bestimmter Investitionsgegenstand genannt worden sein, ist zunächst nicht ersichtlich, worauf sie insofern vertrauten. Ungeachtet dessen würde das Blind Pooling die Ausgestaltung der unternehmerischen Tätigkeit der Fondsgesellschaft als solche betreffen, wodurch, wie die Kläger vorbringen (ON 11 S 10), die Risikogeneigtheit der Veranlagung als solche beträchtlich erhöht würde. Da dieser Umstand aber gerade deshalb in unmittelbarem Zusammenhang mit der Qualität der Beteiligung zu sehen wäre, könnte auch diesbezüglich von keinem eigenständigen Beratungsfehler ausgegangen werden.**

II.8. Die Kläger berufen sich auch auf einen Beratungsfehler über ein Klumpenrisiko. Das Berufungsgericht habe Rechtsprechung zur Frage vermisst, ob der Umstand, dass ein erheblicher Anteil des Gesamtvermögens der Kläger, in concreto 72 %, in geschlossene Fonds angelegt würde, einen eigenständigen Beratungsfehler darstelle. Dabei handle es sich um eine von den konkreten Eigenschaften der Produkte abgekoppelte Frage, es gehe um das Gesamtanlagekonzept und die Übereinstimmung der gewählten Produkte mit diesem.

Diesbezüglich brachten die Kläger im erstinstanzlichen Verfahren lediglich vor, der Beklagte habe ihnen in so hohem Ausmaß zum Abschluss von Beteiligungen geraten, dass sie am Ende der Beratungstätigkeit rund 72 % ihres Vermögens in geschlossenen Fonds veranlagt gehabt hätten. Eine derartige Beratung sei unvertretbar, insbesondere bei Anlegern, die zur Altersvorsorge anlegen wollten (Protokoll ON 20 S 1 = AS 501). Es steht nicht fest, dass die Kläger dem Beklagten kommuniziert hatten, eine Veranlagung zur Altersvorsorge zu wünschen. **Es steht aber fest, dass ihnen erklärt wurde, dass es sich bei den Veranlagungen um ein hohes Risiko handle. Welchen Anteil an ihrem Vermögen die Investitionen hatten, konnten die Kläger selbst erkennen.** Sollten sie mit Klumpenrisiko auf den Umstand Bezug nehmen, dass die geschilderten Probleme möglicherweise alle ihre Produkte betreffen, würde es sich um keine von den Eigenschaften der Produkte abgekoppelten Fragen handeln. Ein eigenständiger Beratungsfehler zu einem „Klumpenrisiko“ ist hier nicht ersichtlich.

II.9. Die Kläger bringen schließlich zur Frage, ob die fehlende Belehrung über weitere Kosten wegen Steuern und Steuerberatungshonoraren einen eigenständigen Beratungsfehler begründet, vor, dass bei den gegenständlichen Produkten, soweit in Immobilien und Schiffe investiert werde,

die niederländische Box-3-Steuer für Vermietungserlöse und die deutsche Tonnagesteuer auf Schiffe pauschal berechnet würden und auch dann anfielen, wenn kein Gewinn erzielt werde. Sie hätten daher das Risiko, auch ohne Gewinn und selbst bei einem Totalverlust des eingesetzten Kapitals und der Rückforderungen sämtlicher Ausschüttungen Steuerbeträge und Steuerberatungshonorare zahlen zu müssen, wodurch es möglich sei, dass ein Anleger mehr als das eingesetzte Kapital verlieren könne. Die Gefahr bestehe auch, wenn keine (rückforderbaren) Ausschüttungen erfolgten.

Die Frage, ob der Beklagte über das Anfallen solcher Steuern und Steuerberatungskosten aufzuklären gehabt hätte, kann hier aber dahingestellt bleiben. Diesbezüglich wurde in der Entscheidung 8 Ob 100/19t der Beurteilung jenes Berufungsgerichts zugestimmt, das das „Mehrverlustrisiko“ aufgrund seines Zusammenhangs mit der Rückforderbarkeit der erhaltenen Ausschüttungen nicht als einen eigenständigen, einer gesonderten Verjährung zugänglichen – allfälligen – Beratungsfehler qualifizierte, sondern als einen bloßen Teilaspekt aus einer allfälligen Ausschüttungsrückforderung, sodass es auch diesen – allfälligen – Beratungsfehler als mit dem „Ausschüttungsschwindel“ mitverjährt beurteilte. Davon abzuweichen besteht im vorliegenden Fall kein Grund.

II.10. Daraus folgt aber, dass es zum Vorbringen der Kläger zu jenen Aufklärungsfehlern des Beklagten, zu denen vom Erstgericht aufgrund seiner Rechtsansicht keine Feststellungen getroffen wurden, entgegen der Mehrheitsauffassung des Berufungsgerichts keiner Verfahrensergänzung durch das Erstgericht bedarf, **weil die Klagsansprüche in Gesamtbetrachtung in jedem Fall als verjährt anzusehen sind**.

III. Der angefochtene Beschluss des Berufungsgerichts war daher zufolge Spruchreife im Sinn einer Klagsabweisung abzuändern (§ 519 Abs 2 ZPO).

34. Keine Haftung des Anlageberaters für verlorene Bitcoins – Mining als illegales Glücksspiel?

22.12.2021, 5 Ob 95/21p

Sachverhalt

Der Kläger interessierte sich im September 2017 für ein Investment im Zusammenhang mit Kryptowährungen. Er ließ sich dabei vom Beklagten beraten.

Der Beklagte war bis Ende 2016 als selbstständiger Vermögensberater im Wertpapierbereich tätig. Mit Kryptowährungen hatte er damals aber noch nichts zu tun. Erst Ende 2016 begann der Beklagte sich mit diesen zu beschäftigen und in diese zu investieren. Ab dem zweiten Quartal des Jahres 2017 gab er Empfehlungslinks, die zur Vermögensveranlagung in Kryptowährung auf diversen Plattformen notwendig waren, an Freunde und Bekannte weiter. Durch deren Investitionen und Re-Investitionen über diese Links bezog der Beklagte von den Plattformen Provisionszahlungen in Form von Bitcoins.

Der Beklagte stellte dem Kläger die Plattformen „O*“, „C*“ und „B*“ vor. Die Plattformen „C*“ und „B*“ waren im Mining, dem Schürfen von Kryptowährung, tätig, die Plattform „O*“ im Trading. Der Beklagte beriet den Kläger über die dort möglichen Investments; er erklärte dem Kläger auch, wie das Provisionssystem durch Weitergabe von Empfehlungslinks funktioniert.

Aufgrund der vom Beklagten erteilten Informationen sowie seiner eigenen Recherchen entschloss sich der Kläger, auf diesen drei Plattformen Geld zu veranlagen. Der Beklagte übermittelte dem Kläger die dafür erforderlichen Empfehlungslinks. Der Kläger investierte daraufhin noch im Oktober 2017 über ein bei dem vom Beklagten empfohlenen Internetdienstanbieter „C*“ eingerichtetes Cyberwallet in die einzelnen Plattformen; und zwar bei „O*“ Bitcoins im Wert von 12.076,10 EUR, bei „B*“ Bitcoins im Wert von 12.076,10 EUR und bei „C*“ Bitcoins im Wert von 14.000 EUR.

Aus diesen Investments erhielt der Kläger Gewinnausschüttungen auf sein bei „C*“ eingerichtetes Cyberwallet, die er zum Großteil reinvestierte. Die Reinvestition erfolgte dabei automatisch, weil er, über Empfehlung des Beklagten, eine entsprechende Einstellung vorgenommen hatte. **Er ließ sich die Bitcoin-Gewinne nie in EUR auszahlen.**

Ab Ende Oktober 2017 zahlte „O*“ (Bitcoin)Gewinne nur noch unregelmäßig aus, ab Dezember 2017 gar nicht mehr. Ab dem 27. 1. 2018 war die Internetseite von „O*“ nicht mehr abrufbar („offline“); ein Zugriff auf sein wallet ist dem Kläger seitdem nicht mehr möglich.

Gegen Ende Februar 2018 schütteten auch „B*“ und „C*“ nicht mehr aus. Die Internetseite von „B*“ ging Ende April 2018 offline; ein Zugriff auf sein wallet ist dem Kläger nicht mehr möglich. Die Internetseite von „C*“ und das wallet des Klägers zu dieser Plattform sind zwar nach wie vor abrufbar, jedoch ist es nicht möglich, über die dort erliegenden Bitcoins zu verfügen. Auch auf das wallet des Klägers bei „C*“ ist kein Zugriff mehr möglich. Das auf den Plattformen „B*“ und „O*“ vorhanden gewesene Vermögen des Klägers ist endgültig verloren. Ob das in „C*“ investierte Geld des Klägers endgültig oder nur vorübergehend verloren ist, konnte nicht festgestellt werden.

Der Kläger begehrte vom Beklagten 38.152,20 EUR sA als Ersatz für den Verlust der investierten Beträge. Der Beklagte hafte für diesen Schaden aufgrund einer fehlerhaften Anlageberatung im Rahmen eines Beratungsvertrags, als Sachverständiger wegen Erteilung eines nachteiligen Rats iSd §§ 1299, 1300 ABGB und/oder aufgrund einer Schutzgesetzverletzung iSd

§ 1311 Satz 2 ABGB zufolge Verstoßes gegen § 168a StGB (Ketten- oder Pyramidenspiel) und Verwaltungsstrafbestimmungen des Glücksspielgesetzes. **Zu dem zuletzt genannten – dem einzigen noch in der Revision geltend gemachten –Anspruchsgrund brachte der Kläger vor, dass das von den Plattformen „B*“ und „C*“ betriebene Mining eine Form des illegalen Glücksspiels sei; indem der Beklagte diesen Plattformen als gewerblicher Vermögensberater zahlreiche Kunden, so auch den Kläger, zugeführt habe, habe er die Verwaltungsübertretungen nach § 52 Abs 1 Z 1, Z 6 und Z 9 GSpG begangen.**

Der Beklagte bestritt. Er habe weder rechtswidrig noch schuldhaft gehandelt. Ein Beratungsvertrag sei nicht zustande gekommen, der Beklagte sei nicht als professioneller Vermögensberater aufgetreten und er habe auch keine falschen Aussagen getätigt. Das Ermittlungsverfahren im Zusammenhang mit § 168a StGB sei eingestellt worden, darüber hinaus habe er keine Verwaltungsübertretung nach dem Glücksspielgesetz begangen.

Das Erstgericht wies die Klage ab. Nach dem festgestellten – hier eingangs nur kurz zusammengefasst wiedergegebenen – Sachverhalt sei zwischen den Streitteilen zwar ein Beratervertrag zustande gekommen. **Der Beklagte habe aber die vom Kläger behaupteten und als Beratungsfehler qualifizierten Aus- und Zusagen nie getätigt und auch keine Aufklärungs- und Warnpflichten verletzt.** Der Beklagte habe auch nicht für die Verletzung eines Schutzgesetzes iSd § 1311 ABGB einzustehen. Für die Mittäterschaft des Beklagten am Vergehen des Pyramidenspiels nach § 168a StGB habe der Kläger den Schuldbeweis nicht erbracht. Das von der „B*“ und „C*“ angebotene (Cloud-)Mining sei – entgegen der überwiegend steuerrechtlichen Literatur – kein verbotenes Glücksspiel iSd GSpG. Der Beklagte habe daher auch keine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs 1 Z 1, Z 6 und Z 9 GSpG begangen.

Das Berufungsgericht gab der (nur) gegen die Abweisung von 26.076,10 EUR sA gerichteten Berufung des Klägers nicht Folge. Der Kläger mache im Berufungsverfahren nur mehr geltend, dass Bitcoin-Mining als illegales Glücksspiel iSd GSpG zu qualifizieren sei, weshalb der Beklagte für jene Beträge schadenersatzpflichtig sei, die der Kläger in dieses Spiel investiert habe. Bitcoin-Mining sei allerdings schon deswegen kein Glücksspiel, weil es am Spielcharakter fehle. Das Mining diene vielmehr der Herstellung von Bitcoins als unkörperliche Sachen. Es fehle insofern auch das aleatorische Element, als die Leistungspflicht nicht von einem unbekannten Ereignis abhänge. Die Leistungspflicht bestehe vielmehr jedenfalls, offen sei nur, wer (welcher Teilnehmer) die Leistung erhalte. Mangels Vorliegens eines Glücksspiels könne der Beklagte nicht gegen das Glücksspielgesetz verstoßen haben.

Das Berufungsgericht ließ die ordentliche Revision zu, weil es zur Frage, ob Mining ein Glücksspiel sei, keine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs gebe.

Gegen diese Entscheidung des Berufungsgerichts richtet sich die Revision des Klägers aus dem Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung. Er beantragt, das angefochtene Urteil abzuändern und der Klage im Umfang der Zahlung von 26.076,10 EUR stattzugeben. Hilfsweise stellt er einen Aufhebungsantrag.

Der Beklagte beantragt in seiner Revisionsbeantwortung, der Revision nicht Folge zu geben, in eventu diese zurückzuweisen.

Der OGH wies die Revision zurück.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist – entgegen dem den Obersten Gerichtshof nicht bindenden Ausspruch des Berufungsgerichts – nicht zulässig und zurückzuweisen, weil sie keine präjudizielle Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO aufzeigt.

1. Der Verstoß gegen ein Schutzgesetz begründet gemäß § 1311 ABGB eine Haftung für durch die Übertretung verursachte Schäden, die die Schutznorm gerade verhindern sollte (RIS-Justiz RS0027553). Schutzgesetze iSd § 1311 ABGB sind objektiv abstrakte Gefährdungsverbote, die dazu bestimmt sind, die Mitglieder eines Personenkreises gegen die Verletzung von Rechtsgütern zu schützen (RS0027710). Sie sind konkrete Verhaltensvorschriften, die einerseits durch die Gefahren, die vermieden werden sollen, und andererseits durch die Personen, die geschützt werden sollen, begrenzt sind (RS0027710 [T20]).

2. Die Haftung aus einer Schutzgesetzverletzung ist Verschuldenshaftung und keine Erfolgshaftung. Wird ein Schadenersatzanspruch auf die Verletzung eines Schutzgesetzes gestützt, dann hat der Geschädigte den Schadenseintritt und die Verletzung des Schutzgesetzes als solche zu beweisen. Für Letzteres reicht der Nachweis aus, dass die Schutznorm objektiv übertreten wurde. Der Geschädigte hat demnach den vom Schutzgesetz erfassten Tatbestand zu beweisen. Der Schädiger hat dagegen zu beweisen, dass ihm die objektive Übertretung der Schutznorm nicht als schutzgesetzbezogenes Verhaltensunrecht anzulasten ist, etwa weil ihn keine subjektive Sorgfaltswidrigkeit trifft, er das Schutzgesetz also unverschuldet übertreten hat (RS0112234).

3.1. Gegenstand des Revisionsverfahrens sind (nur noch) die Investitionen des Klägers in die beiden im Bitcoin-Mining tätigen Plattformen. Der Kläger stützt den behaupteten Schadenersatzanspruch für deren Verlust (nur noch) auf die Verletzung von Bestimmungen des Glücksspielgesetzes als einem Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB. Bitcoin-Mining sei ein illegales Glücksspiel bzw eine verbotene Ausspielung iSd GSpG, der Beklagte habe daher eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs 1 Z 1, Z 6 und/oder Z 9 GSpG begangen.

3.2. Die Verwaltungsstrafbestimmungen des GSpG § 52 Abs 1 Z 1, Z 6 und Z 9 GSpG (sowohl in der zum behaupteten Tatzeitpunkt als auch in der aktuell geltenden Fassung) knüpfen jeweils an eine verbotene Ausspielung iSd § 2 Abs 4 GSpG an. Ausspielungen sind gemäß § 2 Abs 1 GSpG Glücksspiele, die ein Unternehmer veranstaltet, organisiert, anbietet oder zugänglich macht und bei denen Spieler oder andere eine vermögenswerte Leistung in Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel erbringen (Einsatz) und denen vom Unternehmer, von Spielern oder von anderen eine vermögenswerte Leistung in Aussicht gestellt wird (Gewinn). Verbotene Ausspielungen sind Ausspielungen, für die eine Konzession oder Bewilligung nach diesem Bundesgesetz nicht erteilt wurde und die nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 GSpG ausgenommen sind (§ 2 Abs 4 GSpG).

3.3. **Ein Glücksspiel ist ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt (§ 1 Abs 1 GSpG).** Nach den Gesetzesmaterialien (RV 1067 BlgNR XVII. GP 16) sind für den Glücksspielbegriff des § 1 GSpG zwei Merkmale wesentlich: **Es muss ein Spiel, nämlich ein entgeltlicher Glücksvertrag iSd § 1267 ABGB vorliegen, und das Ergebnis muss ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen.**

Auch der Verwaltungsgerichtshof stellt auf das Vorliegen eines entgeltlichen Glücksvertrags, bei dem die Entscheidung über Gewinn oder Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt, ab (VwGH 27. 4. 2012, 2008/17/0175). Der Verwaltungsgerichtshof betont aber, dass die zivilrechtliche Begriffsbildung dabei nicht von (entscheidender) Bedeutung sei (VwGH 27. 4.

2012, 2008/17/0175), das GSpG also nicht auf den Spielbegriff des ABGB (vgl RS0130146) abstelle (VwGH 25. 9. 2012, 2011/17/0296).

Zufall ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs gegeben, wenn der Erfolg weder von zielbewusstem Handeln oder der Geschicklichkeit oder allein vom Belieben der beteiligten Personen abhängt, sondern wenn noch weitere Bedingungen dazu treten müssen, die außerhalb des Willens der beteiligten Personen liegen (VwGH 27. 9. 2019, Ra 2019/02/0079). Eine vorwiegende Abhängigkeit vom Zufall liege etwa dann vor, wenn sich nicht eine berechtigte rationale Erwartung über den Spielausgang entwickelt, sondern letztlich nur aufgrund eines Hoffens, einer irrationalen Einstellung, auf dieses oder jenes einzelne Ergebnis des Spiels gesetzt werden könne (VwGH 11. 7. 2018, Ro 2018/17/0001). Bei der Prüfung des Ausmaßes der Zufallsabhängigkeit eines Spiels sei nicht auf dessen abstrakte Regeln abzustellen, sondern seien ebenso die konkreten Modalitäten und Rahmenbedingungen der Durchführung des Spiels zu berücksichtigen. Das GSpG gehe auch nicht von einem ausschließlichen oder vorwiegenden Abhängen vom Zufall in mathematisch-statistischem Sinn aus, sondern von einem normativen Ansatz (VwGH 2. 7. 2015, Ro 2015/16/0019).

3.4. **Mit der Frage, ob das Mining von Kryptowährungen, wie etwa Bitcoin, als Glücksspiel iSd § 1 GSpG bzw als verbotene Ausspielung iSd § 2 Abs 4 GSpG zu qualifizieren ist, hat sich die höchstgerichtliche Rechtsprechung bisher nicht auseinandergesetzt. Die Vorinstanzen haben dies übereinstimmend und mit ausführlicher Begründung verneint**.

In der österreichischen Literatur wurde das Mining von Kryptowährungen zunächst lediglich aus einer steuerrechtlichen Perspektive betrachtet. Der Fokus lag auf der Frage, ob etwaige Einnahmen aus Mining steuerbare Einkünfte sind (Gorzala/Hanzl, Glückauf! Mining von Kryptowährungen zwischen GesbR und Glücksvertrag, ÖJZ 2018/111 [848] mwN). Diese Frage wurde von der – zumindest zunächst – überwiegenden Ansicht der Literatur bejaht (Varro, Bitcoin-Mining: nicht steuerbares Glücksspiel?, taxlex 2017, 399 [401] mwN).

Erst Ehrke-Rabel/Eisenberger/Hödl/Zechner haben sich in einer im März 2018 veröffentlichten Publikation (Bitcoin-Miner als Prosumer: Eine Frage staatlicher Regulierung? ALJ 3/27, S 188–223) detailliert mit dem Mining-Vorgang beschäftigt und die Rechtsansicht vertreten, dass es sich beim Mining um ein Glücksspiel handelt. Dieses Ergebnis bezeichnete Varro (Bitcoin-Mining: nicht steuerbares Glücksspiel?, taxlex 2017, 399 [401] [Heft 12; Datum 15. 12. 2017] unter Bezugnahme auf das am 19. 9. 2017 auf dem Social Science Research Network [SSRN] gepostete Arbeitspapier zu dieser Publikation [FN 7]), als überzeugend. Varro (taxlex 2017, 399 [403]) verneint allerdings die Leistung eines Einsatzes und damit eine der weiteren Voraussetzungen für eine Ausspielung iSd § 2 Abs 1 GSpG. Auf den Ausführungen dieser Autoren beruht auch die Argumentation des Klägers in seiner Revision.

Gorzala/Hanzl (Glückauf! Mining von Kryptowährungen zwischen GesbR und Glücksvertrag, ÖJZ 2018/111 [848 f] [Heft 19/2018, Datum 25. 9. 2018]) teilen diese Rechtsansicht hingegen nicht und sehen den Glücksspielbegriff nicht als erfüllt an. Deren Ausführungen folgte auch das Erstgericht.

4.1. **Diese Fragen der Auslegung der einschlägigen Bestimmungen des GSpG sind im vorliegenden Verfahren nicht abschließend zu klären. Der Beklagte wandte nämlich zu Recht ein, dass er, selbst wenn das Mining als Glücksspiel iSd § 1 GSpG bzw als eine verbotene Ausspielung iSd § 2 Abs 4 GSpG zu qualifizieren wäre, nicht schuldhaft gehandelt hätte.**

4.2. Nach den Feststellungen kannte der Beklagte die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Glücksspiels iSd Glücksspielgesetzes nicht. Dieser Umstand allein würde die subjektive Vorwerfbarkeit eines allfälligen Verstoßes gegen dessen Strafbestimmungen freilich nicht ausschließen. An die Beurteilung von Rechtsunkenntnis und Rechtsirrtum ist vielmehr grundsätzlich ein strenger Maßstab anzulegen, weil jedermann verpflichtet ist, sich Kenntnis von den ihn nach seinem Lebenskreis treffenden Gesetzesvorschriften zu verschaffen (6 Ob 198/15h; 6 Ob 207/20i [Unkenntnis der Geltung der Kapitalerhaltungsvorschriften]).

Die subjektive Sorgfaltswidrigkeit ist daher nur zu verneinen, wenn der Beklagte auch aus dem Blickwinkel des Glücksspielgesetzes an der Zulässigkeit des Minings nicht zweifeln konnte. Angesichts des Wortlauts der einschlägigen Gesetzesbestimmungen, der die Subsumtion des Minings unter die Begriffe Glücksspiel und Ausspielung zumindest nicht nahelegt, und mangels einschlägiger veröffentlichter Rechtsprechung dazu hängt dies ganz entscheidend von der Verwaltungspraxis ab (vgl 4 Ob 334/87 [§ 1 UWG]). Das Mining von Kryptowährungen führte nach Ansicht des (damals) für die Glücksspielaufsicht zuständigen Bundesministerium für Finanzen zu Einkünften aus Gewerbebetrieb (Nachweise bei Varro, taxlex 2017, 399 [401]). Auch schon das Berufungsgericht wies daraufhin, dass sich auf der Website des BMF (Steuerliche Behandlung von Krypto-Assets [bmf.gv.at]) nur die Information finde, dass bei Mining grundsätzlich eine gewerbliche Tätigkeit vorliege, die entsprechende steuerliche Konsequenzen nach sich ziehe. Die Schaffung der Krypto-Assets werde somit nicht anders behandelt als die Herstellung sonstiger Wirtschaftsgüter. **Anhaltspunkte dafür, dass die Finanzbehörden das Mining als Glücksspiel einstufen könnte, gab es demnach nicht.**

Aufgrund welcher andere Umstände der Beklagte das Mining von Kryptowährungen mit dem österreichischen Glücksspielgesetz in Zusammenhang bringen hätte müssen, legt auch der Kläger nicht dar. Es gibt insbesondere keinen Hinweis darauf, dass diese Frage in den beteiligten Verkehrskreisen auch nur thematisiert worden wäre. Die Meinung, Mining sei ein Glücksspiel, findet sich zwar mittlerweile in der – zitierten, freilich nicht einhelligen –juristischen Fachliteratur. Im Zeitpunkt der Beratungs- und Vermittlungstätigkeit des Beklagten und der Investitionen des Klägers waren diese Beiträge allerdings noch nicht veröffentlicht. Die Unkenntnis dieser Überlegungen ist ihm schon deshalb nicht zum Vorwurf zu machen.

4.3. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte durfte der Beklagte daher zum Zeitpunkt seiner Beratungs- und Vermittlungstätigkeit davon ausgehen, dass das Bitcoin-Mining kein in Österreich illegales Glücksspiel ist. **Ein Verschulden des Beklagten als Voraussetzung für dessen Haftung aufgrund einer Schutzgesetzverletzung ist bzw wäre daher nicht gegeben.**

5.1. Die Frage, ob das Mining von Kryptowährungen als Glücksspiel iSd § 1 GSpG bzw als verbotene Ausspielung iSd § 2 Abs 4 GSpG zu qualifizieren ist, ist für die Entscheidung letztlich nicht ausschlaggebend und bloß theoretischer Natur, weil der Schadenersatzanspruch des Klägers jedenfalls am mangelnden Verschulden des Beklagten scheitert. Gleiches gilt für die Fragen, ob die daran anknüpfenden Verwaltungsstrafbestimmungen des § 52 GSpG als Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB zu qualifizieren sind und/oder ob zwischen diesen und dem vom Kläger behaupteten Schaden ein Rechtswidrigkeitszusammenhang bestünde (vgl RS0027483; RS0027710; RS0027553). Die Beantwortung dieser abstrakten Rechtsfragen ist nicht Aufgabe des Obersten Gerichtshofs (RS0111271).

5.2. Eine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO stellt sich nur dann, wenn die Entscheidung gerade von der Lösung dieser Frage abhängt; die vom Gericht zweiter Instanz oder vom

Rechtsmittelwerber bezeichnete Rechtsfrage muss daher präjudiziell für die Entscheidung sein (vgl RS0088931). Die Revision ist somit mangels der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO unzulässig und zurückzuweisen.

35. Wer sorgfältig abwägt, handelt nicht grob fahrlässig: Keine Prospekthaftung! (Auch nicht nach allgemeinem Zivilrecht)

25.1.2022, 1 Ob 188/21k

Sachverhalt

Die Beklagte ist eine **österreichische Wirtschaftsprüfungsgesellschaft**. Sie prüfte einen von einer deutschen GmbH & Co KG („Emittentin“) erstellten Emissionsprospekt für ein in Österreich erfolgtes öffentliches Angebot zur Zeichnung von – von einer deutschen GmbH treuhändig gehaltenen – Kommanditbeteiligungen an der Emittentin und erteilte diesem am 28. 12. 2010 den Kontrollvermerk gemäß § 7 Kapitalmarktgesetz (nachfolgende Zitate des KMG beziehen sich jeweils auf die zu diesem Zeitpunkt geltende Fassung). **Geschäftszweck der Emittentin war die Vergabe eines Darlehens in mehreren Tranchen gegen einen Fix- sowie „Bonuszins“ an eine deutsche Aktiengesellschaft („Darlehensnehmerin“), die damit (insbesondere) Immobiliengeschäfte finanzieren sollte.** Über das Vermögen der Emittentin wurde 2013 das Insolvenzverfahren eröffnet.

Die Kläger begehren von der Beklagten den Ersatz des investierten Kapitals abzüglich der auf die Kommanditbeteiligungen erfolgten Ausschüttungen. **Sie stützen ihre Ersatzansprüche darauf, dass der Emissionsprospekt in mehreren Punkten unrichtig bzw unvollständig gewesen sei.** Es hätten insbesondere **Informationen für Veranlagungsgemeinschaften in Immobilien nach dem Schema D des KMG gefehlt und das Geschäftsmodell der Darlehensnehmerin sei entgegen der Darstellung im Prospekt wirtschaftlich nicht tragfähig gewesen.** Der Beklagten hätten die unrichtigen bzw unvollständigen Prospektangaben auffallen müssen. Durch Erteilung des Kontrollvermerks habe sie ihre Pflichten als Prospektkontrollorin grob schuldhaft verletzt. Die Anleger hätten die nunmehr wertlosen Veranlagungen nicht erworben, wenn die Beklagte den Prospekt sorgfältig geprüft und keinen Kontrollvermerk erteilt hätte.

Die Zweitklägerin und der Drittkläger erwarben selbst Kommanditbeteiligungen an der Emittentin, die Erstklägerin ließ sich Ersatzansprüche von Anlegern, die solche Beteiligungen erworben hatten, zum Inkasso abtreten.

Die Vorinstanzen wiesen sämtliche Klagen ab, weil der Beklagten keine grob schuldhaft fehlerhafte Prospektkontrolle vorzuwerfen sei.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei, weil höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Auslegung des § 14 KMG (in der bei Erteilung des Kontrollvermerks geltenden Fassung) fehle und außerdem mehrere Verfahren geschädigter Anleger anhängig seien.

Die dagegen sowohl von der Erstklägerin als auch von der Zweitklägerin und dem Drittkläger erhobenen Revisionen sind entgegen diesem – den Obersten Gerichtshof nicht bindenden – Ausspruch mangels Darlegung einer erheblichen Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO nicht zulässig. Aufgrund ihres engen inhaltlichen Zusammenhangs ist es zweckmäßig, beide Rechtsmittel gemeinsam zu behandeln.

Der OGH wies die Revisionen zurück.

Rechtliche Beurteilung

1. Prospekthaftungsansprüche bestehen, wenn ein Anleger durch falsche, unvollständige oder irreführende Prospektangaben zur Zeichnung einer Kapitalanlage bewogen wird. Es handelt sich

dabei um eine typisierte Vertrauenshaftung aus Verschulden bei Vertragsabschluss. Der Prospekt bildet im Regelfall die Grundlage für den wirtschaftlich bedeutsamen und mit Risken verbundenen Beteiligungsentschluss. Aus diesem Grund muss sich der potentielle Kapitalanleger grundsätzlich auf die sachliche Richtigkeit und Vollständigkeit der im Prospekt enthaltenen Angaben verlassen dürfen (RIS-Justiz RS0107352 [insb T1]). An diesem Zweck orientieren sich auch Inhalt und Umfang der in § 8 Abs 2 KMG geregelten Prüfpflicht (9 Ob 89/14z; 5 Ob 26/14f). Der Prospektkontrollor haftet gemäß § 11 KMG nicht für die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Prospekts, sondern nur für dessen unrichtige oder unvollständige Kontrolle (RS0107352 [T5, T15]).

2. **§ 11 Abs 1 Z 2a KMG beschränkt die Haftung des Kontrollors von Prospekten für Veranlagungen auf eigenes grobes Verschulden oder grobes Verschulden seiner Leute oder sonstiger Personen, deren Tätigkeit zur Prospektkontrolle herangezogen wurde.** Grobe Fahrlässigkeit ist bei schlechthin unentschuldbaren Pflichtverletzungen (RS0030303 [T2, T3]) bzw bei außergewöhnlicher und auffallender Vernachlässigung einer Sorgfaltspflicht gegeben (RS0030644). Die Beurteilung des Verschuldensgrades hat jeweils aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls zu erfolgen und begründet typischerweise keine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO (vgl RS0087606; RS0089215 [T1]).

3.1. Die Kläger werfen der Beklagten in dritter Instanz vor allem vor, bei der Prospektprüfung grob sorgfaltswidrig davon ausgegangen zu sein, dass der Emissionsprospekt keine zusätzlichen Angaben gemäß § 14 KMG für die Veranlagung in Immobilien nach Schema D des KMG enthalten musste. **Aufgrund der Beschränkung der Haftung des Prospektkontrollors (bei Veranlagungen) auf grobes Verschulden, hat dieser nur für eine grob unvertretbare Verkennung der maßgeblichen Rechtslage einzustehen.** Ob eine Rechtsansicht im Einzelfall unvertretbar war, begründet typischerweise keine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO (vgl RS0049912 [T5, T11]; RS0049955 [T10]), umso weniger die einzelfallbezogene Abgrenzung von leichtem zu grobem Verschulden.

3.2. **§ 14 KMG fordert unter anderem zusätzliche Prospektangaben nach Schema D für „Veranlagungsgemeinschaften in Immobilien". Solche liegen nach dieser Bestimmung vor, wenn Veranlagungen von Emittenten ausgegeben werden, die mit dem investierten Kapital direkt oder indirekt nach Zweck oder tatsächlicher Übung überwiegend Erträge aus der Überlassung oder Übertragung von Immobilien an Dritte erwirtschaften.** Wann eine „indirekte" Erwirtschaftung solcher Erträge erfolgt, ergibt sich weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus den Gesetzesmaterialien (vgl ErläutRV 147 BlgNR 18. GP 21, wo bloß von „unterschiedlichsten gesellschaftsrechtlichen Konstruktionen" bei der Veranlagung in Immobilien die Rede ist, nicht hingegen von zur Immobilienfinanzierung gewährten Darlehen; zu dem in § 1 Abs 1 Z 3 KMG verwendeten Begriff der „indirekten Investition" erwähnen die Gesetzesmaterialien lediglich „Treuhandkonstruktionen"). Rechtsprechung zum Anwendungsbereich des § 14 KMG bestand zum Zeitpunkt der Prospektprüfung durch die Beklagte nicht. Entgegen der Behauptung der Revisionswerber ergibt sich auch aus der von ihnen ins Treffen geführten – zum Prüfungszeitpunkt gar nicht existenten – Literaturstelle (Oberndorfer, Die Prospektpflicht nach dem KMG [2014] 72 f [wohl gemeint: 136 f]) keine klare Abgrenzung des Begriffs der „Veranlagungsgemeinschaft in Immobilien". Auch einschlägige „Fachgutachten" der Berufsvereinigungen (der Wirtschaftsprüfer) bestanden nicht.

3.3. **Die Beklagte holte daher zur Frage des Anwendungsbereichs des § 14 KMG die Rechtsauskunft eines Rechtsanwalts ein (mit dem Ergebnis, dass „es dazu nichts gebe") und**

wog die für und gegen deren Anwendung auf die von ihr zu prüfende Veranlagung sprechenden Argumente ab. Für das Vorliegen einer Veranlagungsgemeinschaft in Immobilien sprach ihrer Ansicht nach nur das vom Immobiliengeschäft abhängige Bonitätsrisiko der Emittentin; dagegen sprach, dass die Erträge der Darlehensnehmerin neben dem Immobiliengeschäft auch aus „Forderungserwerben" stammten; die überwiegend fixe Darlehensverzinsung; die fehlende Einflussmöglichkeit der Emittentin auf die Investitionen der Darlehensnehmerin; das Fehlen eines „Rechnungskreises betreffend Erträge aus Immobilien"; die Gläubigerstellung der Emittentin (also die Stellung als Fremdkapitalgeberin); sowie das Fehlen der Möglichkeit eines gesellschaftsrechtlichen „Durchgriffs" auf die Darlehensnehmerin mangels unmittelbarer oder mittelbarer Beteiligung an dieser (Beilage ./62 [Pro- und Contra-Liste]; zur Berücksichtigung dieser Urkunde im Rechtsmittelverfahren vgl RS0121557). Die Beklagte gelangte aufgrund dieser Abwägung zum Ergebnis, dass § 14 KMG auf die vorliegende Veranlagung nicht anzuwenden sei. Sie ging auch davon aus, dass die zusätzlichen Prospektangaben gemäß Schema D bei den Anlegern den – aufgrund der Stellung der Emittentin als Darlehensgeberin – unrichtigen Eindruck erweckt hätten, sie würden tatsächlich in Immobilien investieren. **Gegen eine Aufnahme der dort vorgesehenen Informationen in den Prospekt sprach nach Ansicht der Beklagten auch, dass aufgrund des „Blind-Pool-Konzepts" der von der Darlehensnehmerin verfolgten Veranlagungsstrategie (die von ihr zu erwerbenden Immobilien waren bei Erstellung und Prüfung des Prospekts großteils noch nicht bekannt) zu wesentlichen Punkten dieses Schemas (betreffend die künftig zu erwerbenden Immobilien) keine Angaben gemacht werden hätten können.**

Im Prospekt wurde mehrmals dargelegt, dass der Anlagezweck darin liege, mit den Geldern der Anleger der genannten Aktiengesellschaft ein Darlehen zu gewähren, wobei die Fondsgesellschaft auf deren Investitionen keinen Einfluss habe. Die Aktiengesellschaft werde die Darlehensgelder an Tochtergesellschaften zur „mittelbaren Investition zB in Immobilien" weiterleiten. Wiederholt wurde darauf hingewiesen, dass es zum Totalverlust der Einlage kommen kann, wobei die verschiedenen Risiken näher erläutert wurden. Das Beteiligungsangebot richte sich an „renditeorientierte" Anleger und habe spekulativen Charakter.

3.4. Dass es das Berufungsgericht als zumindest nicht grob unvertretbar ansah, dass die Beklagte mangels klaren Gesetzeswortlaus sowie fehlender Rechtsprechung aufgrund dieser Erwägungen von keiner Veranlagungsgemeinschaft in Immobilien iSd § 14 KMG ausging und Prospektangaben gemäß Schema D KMG für nicht erforderlich hielt, begründet keine vom Obersten Gerichtshof aufzugreifende Fehlbeurteilung. Warum das Fehlen von Rechtsprechung zum Anwendungsbereich des § 14 KMG (zum Zeitpunkt der Prospektprüfung) für die Frage der rechtlichen Vertretbarkeit der Auslegung dieser Bestimmung durch die Beklagte „völlig unerheblich" gewesen sein soll, erschließt sich nicht. Soweit die Revisionswerber die Zulässigkeit ihrer Rechtsmittel daraus ableiten wollen, dass dazu (bis dato) keine höchstgerichtliche Rechtsprechung bestehe, verkennen sie den im vorliegenden Haftungsprozess anzulegenden Prüfungsmaßstab, in dem nur zu beurteilen ist, ob die Gesetzesauslegung durch die Beklagte (grob) unvertretbar war.

3.5. Das Gericht zweiter Instanz legte seiner rechtlichen Beurteilung erkennbar den (nicht zu überspannenden; vgl RS0026535) Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB zugrunde und stellte – entgegen der Behauptung der Revisionswerber – auf die übliche Sorgfalt jener Personen ab, welche die Tätigkeit der Prospektkontrolle berufsmäßig ausüben (vgl RS0026535 [T7, T9]). Die weitgehend substanzlose Kritik, das Berufungsgericht habe den von einem Prospektprüfer

allgemein einzuhaltenden – in den Rechtsmitteln jedoch nicht näher beschriebenen – Sorgfaltsmaßstab nicht konkret dargelegt, geht ins Leere, weil die Sorgfaltspflichten eines gewissenhaften Prospektprüfers jeweils anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen sind (vgl RS0130434 zu den Sorgfaltspflichten eines Abschlussprüfers).

3.6. Mit der Behauptung, die Beklagte habe es grob schuldhaft unterlassen, zur Anwendung des § 14 KMG auf den von ihr geprüften Emissionsprospekt eine Anfrage an die FMA zu richten, zeigen die Revisionswerber schon deshalb keine erhebliche Rechtsfrage auf, weil sie keine konkrete Rechtsgrundlage nennen, aus der sich eine Verpflichtung zur Einholung einer solchen – auch keinesfalls bindenden – Auskunft ableiten ließe. Aus der in den Revisionen ins Treffen geführten (Straf-)Bestimmung des § 16 KMG ergibt sich eine solche jedenfalls nicht. Auch zur unterlassenen Einholung eines Rechtsgutachtens (zum Anwendungsbereich des § 14 KMG) legen sie nicht dar, warum die Beklagte – zusätzlich zu der von einem Rechtsanwalt eingeholten Rechtsauskunft – ein solches erstellen lassen hätte müssen.

4.1. Die Kläger werfen der Beklagten aufgrund mehrerer Sorgfaltsverstöße bei der Prospektkontrolle auch „insgesamt“ ein grobes Verschulden bei der Prospektprüfung vor. Inwieweit sich dieses grobe „Gesamtverschulden“ auf einzelne unrichtige oder unvollständige Prospektangaben bezogen und daher auf die Investitionsentscheidung der Anleger ausgewirkt haben soll, kann den Revisionen jedoch nicht entnommen werden. Im Übrigen wirft die einzelfallbezogene Beurteilung, ob einzelne, für sich genommen nicht grob fahrlässige Handlungen in ihrer Gesamtheit die Annahme grober Fahrlässigkeit rechtfertigen, typischerweise keine erhebliche Rechtsfrage iSd § 510 Abs 1 ZPO auf (vgl 3 Ob 73/15d). Eine solche vermögen auch die Revisionswerber nicht aufzuzeigen.

4.2. Zum Vorwurf, die Beklagte habe sich auf mündliche Angaben eines Mitarbeiters der Prospektverfasserin (einer Steuerberatungskanzlei) verlassen, behaupten die Revisionswerber nicht, dass diese – von ihnen nicht näher konkretisierten – Angaben überhaupt unrichtig gewesen seien. **Warum sich die teilweise unvollständige (interne) Dokumentation der Prüfungshandlungen der Beklagten auf die Investitionsentscheidungen der Anleger ausgewirkt hätte, ist nicht ersichtlich.** Zur behaupteten unzureichenden Auswahl von Stichproben (betreffend die von der Darlehensnehmerin bereits erworbenen Immobilien) sowie zu den „unzureichenden Prüfungshandlungen zum deutschen Immobilienmarkt und zu den vergleichbaren Konkurrenzprodukten“ zeigen die Revisionswerber nicht auf, inwiefern dies einen Einfluss auf die Richtigkeit und Vollständigkeit des Prospekts gehabt hätte; dies gilt auch für den der Beklagten angelasteten Fehler „bei der Ermittlung der Körperschafts- und Gewerbesteuer“, wozu ohnehin feststeht, dass sich dieser „nicht negativ auswirkte“. Warum es eine Sorgfaltswidrigkeit der Beklagten begründet haben soll, dass sie einen deutschen Prüfungsstandard („IDW S4“) für unanwendbar hielt, ist angesichts der Feststellung, dass eine „Orientierung“ an diesem zwar „sinnvoll aber nicht zwingend“ gewesen wäre, nicht ersichtlich (vgl RS0119578, wonach die Frage nach dem Ausmaß und der „Tiefe“ einer [Abschluss-]Prüfung die Tatsachenebene betrifft). Die Revisionswerber legen auch nicht dar, welchen konkreten Prüfungsanforderungen die Beklagte nicht entsprochen haben soll. Insgesamt zeigen sie nicht auf, dass das Berufungsgericht mit seiner Rechtsansicht, wonach die der Beklagten vorgeworfenen Pflichtverletzungen auch in ihrer Gesamtheit nicht den Vorwurf grober Fahrlässigkeit bei der Prospektkontrolle begründen könnten, den ihm zukommenden Beurteilungsspielraum in korrekturbedürftiger Weise überschritten hätte.

5.1. Die Kläger stützen ihre Ersatzansprüche – neben § 11 Abs 1 Z 2a KMG – auch auf eine (bereits bei leichter Fahrlässigkeit bestehende) **Haftung der Beklagten nach allgemeinem Zivilrecht**. **Sie führen dazu die Entscheidung zu 10 Ob 69/11m ins Treffen, wonach die Haftung des Prospektkontrollors neben § 11 KMG auch auf das allgemeine Zivilrecht („culpa in contrahendo") gestützt werden könne.** Zu 10 Ob 88/11f schränkte der Oberste Gerichtshof dies jedoch – unter Verweis auf eine gegenteilige Literaturstimme – ein und legte dar, dass die Haftungsbeschränkung(en) des § 11 KMG sowie die dort vorgesehene Präklusivfrist zur Geltendmachung von Prospekthaftungsansprüchen auch dann anzuwenden seien, wenn diese auf eine andere Grundlage als jene des § 11 KMG gestützt werden, weil die besondere Haftung des Prospektkontrollors sonst – unabhängig vom Bestehen einer rechtlichen Sonderbeziehung zu den Anlegern – auch bei leichter Fahrlässigkeit sowie ohne die in § 11 Abs 6 und 7 KMG vorgesehenen Beschränkungen geltend gemacht werden könnte (vgl auch 6 Ob 16/13s). Zu 1 Ob 71/14v (= ÖBA 2016/2241 [zustimmend Riss]) hob der Oberste Gerichtshof schließlich hervor, dass die Beschränkung der Haftung des Prospektkontrollors nach § 11 Abs 1 Z 2a KMG auf grobes Verschulden sinnlos wäre, wenn in Konkurrenz dazu stets ein Schadenersatzanspruch des Anlegers nach den Grundsätzen der Haftung für „culpa in contrahendo" auch bei leichtem Verschulden bestünde.

5.2. Das Berufungsgericht berücksichtigte diese Rechtsprechung. Mit ihrer unzutreffenden Behauptung, die zu 1 Ob 71/14v vertretene Rechtsansicht wäre dort bloß „obiter" geäußert worden, zeigen die Revisionswerber keine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO auf, zumal sie sich mit deren überzeugender Begründung nicht auseinandersetzen.

6. **Soweit die Kläger in dritter Instanz behaupten, die Beklagte habe (hinsichtlich der unterbliebenen Prospektangaben gemäß dem Schema D) nicht nur für ihre Prospektprüfung, sondern auch für eine fehlerhafte Prospekterstellung einzustehen, weil sie an dieser (durch Beratung der Prospektverfasserin) mitgewirkt habe, ist ihnen zu entgegnen, dass sie ihre Ansprüche in erster Instanz nicht auf eine solche Anspruchsgrundlage gestützt haben.** Ihr Rechtsmittelvorbringen verstößt daher gegen das Neuerungsverbot. Davon abgesehen legen die Revisionswerber auch nicht dar, auf welcher Rechtsgrundlage sich aus der behaupteten „Beratung" des Prospektverfassers eine Haftung der Beklagten gegenüber den Anlegern ergeben sollte, zu denen sie in keinem rechtsgeschäftlichen Kontakt stand. Auch hätte der behauptete Beurteilungsfehler zur Frage der Maßgeblichkeit des § 14 KMG kein anderes Gewicht.

7. Die Revisionswerber vermögen auch mit ihrer Behauptung, das Erstgericht habe (vermeintlich) rechtlich relevante Feststellungen nicht getroffen, keine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO darzulegen. Für die Beurteilung der Haftung der Beklagten spielt es keine Rolle, in welchem Umfang sie (im Hinblick auf § 8 Abs 2 KMG) eine Haftpflichtversicherung abschloss. Auch zur „Struktur" einer anderen als der hier zu beurteilenden Veranlagung, bei der die Beklagte ebenfalls den Emissionsprospekt kontrollierte und § 14 KMG für anwendbar hielt, waren mangels rechtlicher Relevanz keine Feststellungen zu treffen, steht doch fest, dass sich beide Veranlagungen strukturell unterschieden. Feststellungen zur Kausalität der Prospektangaben für die Investitionsentscheidungen der Anleger konnten mangels grob schuldhaften Fehlverhaltens der Beklagten unterbleiben. Auch zu den übrigen behaupteten Feststellungsmängeln sprechen die Revisionswerber keine erhebliche Rechtsfrage an.

36. Zum Spät-Rücktritt bei Lebensversicherungen – ein beinahe geniales OGH-Urteil

16.2.2022, 7 Ob 185/21p

Sachverhalt

Die Klägerin ist Verbraucherin und schloss mit der Beklagten im Jahr 2008 eine kapitalbildende Lebensversicherung mit der Laufzeit von 1. März 2008 bis Ende Februar 2030 ab.

Die Klägerin erhielt weder eine Kopie des Versicherungsantrags noch des Beratungsprotokolls. Sie erhielt auch die verbindliche Zusatzerklärung nicht, in der sich eine Belehrung über das Rücktrittsrecht des Versicherungsnehmers findet. Nicht festgestellt werden kann, ob die Klägerin nach Vertragsabschluss die Versicherungspolizze samt Modellrechnungen und Beilagen erhielt.

Mit Schreiben vom 20. April 2020 erklärte die Klägerin gegenüber der Beklagten den Rücktritt vom Lebensversicherungsvertrag und forderte diese zur Rückzahlung der geleisteten Prämien samt kapitalisierter Zinsen auf. Die Beklagte lehnte die Forderungen der Klägerin ab.

Die Klägerin bezahlte insgesamt 75.729,84 EUR an Prämien, worin 2.912,69 EUR an Versicherungssteuer und eine Risikoprämie von 34,44 EUR enthalten sind. Der Rückkaufswert betrug per 1. Juli 2020 66.903,69 EUR.

Die Klägerin begehrt mit ihrer Klage Zahlung von 97.642 EUR sA (75.695,04 EUR Prämien, 19.034,27 EUR kapitalisierte Zinsen und 2.912,69 EUR Versicherungssteuer). Sie brachte – soweit für das Revisionsverfahren relevant – vor, sie sei nicht über ihr Rücktrittsrecht nach § 165a VersVG aufgeklärt worden und habe aufgrund ihres Rücktritts Anspruch auf Rückzahlung der gesamten von ihr bezahlten Prämien samt 4 % Zinsen aus den jeweiligen Prämien seit 1. März 2008.

Die Beklagte beantragte Klagsabweisung und wandte – soweit für das Revisionsverfahren relevant – ein, bei einem Spätrücktritt nach fünf Jahren stehe nur der Rückkaufswert zu. **Die Neuregelung in § 176 Abs 1a VersVG sei nicht unionsrechtswidrig, weil sie ein in zeitlicher Hinsicht abgestuftes System für Rücktritte vorsehe, das sowohl die Interessen der Versicherten wie auch des Versicherers berücksichtige. Aber selbst im Fall der Unionsrechtswidrigkeit müssten die nationalen Gerichte die Neuregelung anwenden, solange sie in Geltung stehe, weil die richtlinienkonforme Interpretation nationaler Vorschriften nicht zu einer Auslegung contra legem führen dürfe.**

Das Erstgericht sprach den Rückkaufswert von 66.903,69 EUR zu und wies das Mehrbegehren ab. Die Klägerin sei über ihr Rücktrittsrecht nicht belehrt worden, sodass der Rücktritt vom 20. April 2020 rechtzeitig gewesen sei. Da die Klägerin ihren Rücktritt erst nach dem fünften Versicherungsjahr erklärt habe, stünde ihr gemäß § 176 Abs 1 VersVG nur ein Anspruch auf Auszahlung des Rückkaufswerts zu.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten nicht und der Berufung der Klägerin teilweise Folge. Es verpflichtete die Beklagte mit Teilurteil zur Zahlung von 75.695,04 EUR und wies ein Mehrbegehren von 2.912,69 EUR ab. Im Ausmaß von 19.034,27 EUR hob es das Urteil auf. **Da die Neuregelung ab dem sechsten Jahr nach Vertragsabschluss nur die Erstattung des Rückkaufswerts vorsehe, sei sie (weiterhin) unionsrechtswidrig. Die Klägerin habe daher, wie auch bei Spätrücktritten, die vor Inkrafttreten der Neuregelung erfolgten, aufgrund richtlinienkonformer Interpretation Anspruch auf Rückzahlung der von ihr geleisteten Prämien nach Bereicherungsrecht gemäß § 1435 ABGB.** Ein Anspruch auf Rückzahlung der Versicherungssteuer bestehe aus dem Titel des Schadenersatzes, weil die mangelhafte Belehrung

durch die Beklagte rechtswidrig sei und im Vertragsverhältnis gemäß § 1298 ABGB das Verschulden vermutet werde. Eine Obliegenheit zur Schadensminderung dahin, dass der Versicherungsnehmer vorab versuchen müsse, die Steuer vom Bund zurückzuerhalten, sei von der Rechtsprechung verneint worden. Die Klägerin mache die Versicherungssteuer jedoch doppelt geltend. Im Zuspruch von 75.695,04 EUR sei die Versicherungssteuer bereits enthalten, sodass sie nicht zusätzlich gefordert werden könne und daher das Mehrbegehren von 2.912,69 EUR sA abzuweisen sei. **Da der Versicherungsvertrag den Bedürfnissen der Klägerin entsprochen habe, stünden ihr nur Zinsen aus den Nettoprämien für einen Zeitraum von drei Jahren vor Klagseinbringung zu. Die Klägerin werde daher im fortgesetzten Verfahren aufzuschlüsseln haben, welche Zinsen auf die Nettoprämien, somit die bezahlten Prämien abzüglich Risikokosten, auf den Zeitraum von drei Jahren vor Klagseinbringung entfielen.**

Die ordentliche Revision gegen das Teilurteil sei zulässig, weil noch keine höchstgerichtliche Rechtsprechung zu Spätrücktritten von Lebensversicherungsverträgen ab dem 1. Januar 2019 vorhanden sei.

Dagegen wenden sich der (richtig) Rekurs der Klägerin und die Revision der Beklagten. Die Klägerin beantragt die Abänderung der Entscheidung des Berufungsgerichts im Sinne einer Klagsstattgebung im Umfang von 94.729,31 EUR und lässt die Abweisung von 2.912,69 EUR unbekämpft. Die Beklagte strebt die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils an. Hilfsweise werden jeweils Aufhebungsanträge gestellt.

Die Klägerin beantragt in ihrer Revisionsbeantwortung und die Beklagte in ihrer (richtig) Rekursbeantwortung, das Rechtsmittel der Gegenseite zurückzuweisen, hilfsweise ihm nicht Folge zu geben.

Der OGH wies den Rekurs zurück und gab der Revision keine Folge.

Rechtliche Beurteilung

I. Rekurs der Klägerin

Der Rekurs ist nicht zulässig.

1. Die Klägerin bekämpft mit ihrem als „ordentliche Revision“ bezeichneten Rechtsmittel den Aufhebungsbeschluss und den Kostenvorbehalt des Berufungsgerichts (Punkte 3.a und 3.b des Spruchs der Berufungsentscheidung).

2. Ein Aufhebungsbeschluss kann mit Rekurs angefochten werden, allerdings nur, wenn das Berufungsgericht einen Rechtskraftvorbehalt gesetzt hat. Aufhebungsbeschlüsse ohne Rechtskraftvorbehalt – wie hier – sind hingegen unanfechtbar (RS0043986). Dass ein solcher Ausspruch bloß versehentlich unterblieben wäre (RS0043986 [T10, T11]), ergibt sich aus der Begründung des Berufungsurteils nicht.

3. Das als Rekurs zu wertende Rechtsmittel (vgl § 84 Abs 2 Satz 2 ZPO) der Klägerin ist daher zurückzuweisen.

II. Revision der Beklagten

Die Revision ist nicht berechtigt.

1. § 176 VersVG in der im BGBl 509/1994 kundgemachten Fassung bestimmte:

„(1) Wird eine Kapitalversicherung für den Todesfall, die in der Art genommen ist, dass der Eintritt der Verpflichtung des Versicherers zur Zahlung des vereinbarten Kapitals gewiss ist, durch Rücktritt, Kündigung oder Anfechtung aufgehoben, so hat der Versicherer den auf die Versicherung entfallenden Rückkaufswert zu erstatten.

(2) […]“

2. Als Reaktion auf die Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) vom 19. Dezember 2013, C-209/12, Endress/Allianz, die dem Versicherungsnehmer die Ausübung des Rücktrittsrechts bei unterbliebener Belehrung auch noch nach Ablauf der hierfür im Unionsrecht vorgesehenen Frist von höchstens 30 Tagen gestattet hatte, novellierte der österreichische Gesetzgeber § 176 VersVG (Schauer in Fenyves/Perner/Riedler § 176 VersVG Rz 7; vgl auch IA 302/A 26. GP 6).

2.1. § 176 VersVG idgF (BGBl I 51/2018) lautet nunmehr:

„(1) Wird eine Kapitalversicherung für den Todesfall, die in der Art genommen ist, dass der Eintritt der Verpflichtung des Versicherers zur Zahlung des vereinbarten Kapitals gewiss ist, durch Rücktritt, Kündigung oder Anfechtung aufgehoben, so hat der Versicherer den auf die Versicherung entfallenden Rückkaufswert zu erstatten.

(1a) Sind nicht alle Voraussetzungen für den Beginn der Rücktrittsfrist gemäß § 5c Abs. 2 erfüllt, so gebührt dem Versicherungsnehmer bei einem Rücktritt von einer Kapitalversicherung – innerhalb eines Jahres nach Vertragsabschluss die für das erste Jahr gezahlten Prämien; – ab dem zweiten bis zum Ablauf des fünften Jahres nach Vertragsabschluss der Rückkaufswert ohne Berücksichtigung der tariflichen Abschlusskosten und des Abzugs gemäß § 176 Abs. 4. Trägt der Versicherungsnehmer das Veranlagungsrisiko, so kann der Versicherer allfällige bis zum Rücktritt eingetretene Veranlagungsverluste berücksichtigen.

(2) [...]“

2.2. § 176 VersVG idF BGBl I 51/2018 ist am 1. Jänner 2019 in Kraft getreten (§ 191c Abs 22 VersVG). Bei einem Vertragsabschluss vor dem 1. Jänner 2019 und einem Spätrücktritt nach dem 31. Dezember 2018 gelten gemäß § 191c Abs 23 VersVG die Rechtsfolgen gemäß § 176 Abs 1a VersVG (Schauer in Fenyves/Perner/Riedler § 176 VersVG Rz 9; Schöppl, Das Rücktrittsrecht nach § 5c VersVG neu, ZVers 2019, 19 [23]).

3.1. Aufgrund von Vorabentscheidungsersuchen österreichischer Gerichte zu § 176 VersVG idF BGBl 509/1994 kam der EuGH in der Entscheidung C-355/18 bis C-357/18 und C-479/18 vom 19. Dezember 2019, **Rust-Hackner (ua), zum Ergebnis, dass Art 15 Abs 1 der Richtlinie 90/619, Art 35 Abs 1 der Richtlinie 2002/83 und Art 185 Abs 1 der Richtlinie 2009/138 dahin auszulegen sind, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, nach der der Versicherer einem Versicherungsnehmer, der von seinem Vertrag zurückgetreten ist, lediglich den Rückkaufswert zu erstatten hat.**

In der Begründung führte der EuGH zusammengefasst aus, dass mit § 176 VersVG der Fall, dass der Versicherungsnehmer zu dem Schluss gelangt, der Vertrag entspricht seinen Bedürfnissen, und sich deshalb dafür entscheidet, nicht von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch zu machen, den Vertrag dann aber aus anderen Gründen kündigt, und der Fall, dass der Versicherungsnehmer zu dem Schluss gelangt, der Vertrag entspricht nicht seinen Bedürfnissen, und deshalb von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch macht, gleichbehandelt werden. Soweit § 176 VersVG für den Rücktritt

und die Kündigung des Vertrags dieselben rechtlichen Wirkungen vorsieht, nimmt er dem unionsrechtlich vorgesehenen Rücktrittsrecht somit jegliche praktische Wirksamkeit (Rn 106 f).

3.2. **Da im österreichischen Recht (VersVG) die Rechtswirkungen für den Fall, dass dem Versicherungsnehmer keine oder fehlerhafte Informationen über das Rücktrittsrecht mitgeteilt wurden, nicht geregelt waren, kam der Oberste Gerichtshof zum Ergebnis, dass bei richtlinienkonformer Auslegung des nationalen österreichischen Rechts ein Rücktritt des Versicherungsnehmers nicht die Rechtsfolgen nach § 176 VersVG auslöst, sondern zur bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung des Vertrags zu führen hat (7 Ob 10/20a; 7 Ob 11/20y; 7 Ob 19/20z; ua).**

4. Mit der geltenden Rechtslage (§ 176 ABGB idF BGBl I 51/2018) hat sich der Oberste Gerichtshof bislang nicht auseinandergesetzt.

4.1. Aus § 176 Abs 1a iVm § 176 Abs 1 VersVG folgt, dass der Versicherungsnehmer bei einem Rücktritt von einer kapitalbildenden Lebensversicherung nach Ablauf von fünf Jahren ab Vertragsabschluss den Rückkaufswert erhält, der sich nach den allgemeinen Bestimmungen des § 176 Abs 3 bis Abs 5 VersVG berechnet (IA 302/A 26. GP 6; Schauer in Fenyves/Perner/Riedler § 176 VersVG Rz 48; Fenyves, Die Neuerungen im VersVG – ein Überblick, VR 9/2019, 27 [38]).

4.2. Im vorliegenden Fall schloss die Klägerin den Versicherungsvertrag im Jahr 2008 und erklärte im Jahr 2020 den Rücktritt. Die Rechtsfolgen des Rücktritts richten sich somit nicht nach § 176 Abs 1a VersVG, sondern nach § 176 Abs 1 VersVG.

4.3. Der Gesetzgeber hat aber mit der Novelle nur bei einem „Spätrücktritt“ bis zum Ablauf des fünften Jahres nach Vertragsabschluss die Rechtsfolgen neu geregelt. Für den darüber hinausgehenden Zeitraum schuf er hingegen keine neue Rechtsfolgenregelung: § 176 Abs 1 VersVG idgF entspricht vielmehr wörtlich dem § 176 Abs 1 VersVG idF BGBl 509/1994, sodass die bisherige Rechtsprechung (7 Ob 10/20a; 7 Ob 11/20y; 7 Ob 19/20z; ua) anzuwenden ist und sich auch Fragen einer Rechtsfortbildung contra legem (vgl allgemein dazu RS0114158 [T9]) nicht stellen. Da nach dieser Judikatur die Beschränkung auf den Rückkaufswert im Fall eines Rücktritts jedenfalls unzulässig ist, ist auch § 176 Abs 1 VersVG idgF insoweit als unionsrechtswidrig zu qualifizieren, als er für den Rücktritt und die Kündigung des Vertrags dieselben rechtlichen Wirkungen vorsieht, ohne dass es einer neuerlichen Befassung des EuGH bedürfte (idS auch Schöppl, EuGH-Entscheidung „Rust-Hackner“ – Neues in der Debatte um Spätrücktritte von Lebensversicherungsverträgen, wbl 2020, 313 [316 f]; Maderbacher, „Neues“ zum Spätrücktritt von Lebensversicherungsverträgen, VbR 2020, 10 [13]; aM Potacs, Rechtswirkungen eines „Spätrücktrittes“ contra legem?, VR 9/2021, 27). **Die Frage, ob die Neuregelung in § 176 Abs 1a VersVG als unionsrechtswidrig zu qualifizieren ist, stellt sich hier mangels Entscheidungsrelevanz nicht**.

4.4. Der Rücktritt der Klägerin löst daher im vorliegenden Fall nicht die Rechtsfolgen nach § 176 Abs 1 iVm Abs 3 bis Abs 5 VersVG aus, sondern führt zur bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung des Vertrags (vgl 7 Ob 10/20a; 7 Ob 11/20y; 7 Ob 19/20z; ua). Die Klägerin hat somit Anspruch auf Rückzahlung der von ihr geleisteten Netto-Versicherungsprämien.

5.1. Die Beklagte wendet sich darüber hinaus gegen ihre Verpflichtung zur Zahlung der Versicherungssteuer aus dem Titel des Schadenersatzes mit dem ausschließlichen Argument, ihr sei keine Rechtswidrigkeit vorzuwerfen, weil sie in den Vertragsunterlagen korrekt über das

Rücktrittsrecht belehrt habe. Lediglich der Zugang der Vertragsunterlagen an die Klägerin habe nicht nachgewiesen werden können.

5.2. Gemäß dem zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im Jahr 2008 anzuwendenden § 5b Abs 3 VersVG idF BGBl I 131/2004 obliegt dem Versicherer der Beweis, dass die in § 5b Abs 2 Z 1 und 2 VersVG angeführten Urkunden rechtzeitig ausgefolgt und die in § 5b Abs 2 Z 3 VersVG angeführten Mitteilungspflichten rechtzeitig erfüllt worden sind. Diesen Nachweis hat die Beklagte nicht erbracht. Da somit die Beklagte aufgrund der fehlenden Rücktrittsbelehrung ihre Vertragspflichten nicht erfüllt hat (vgl RS0130376 [T1]), ergibt sich schon daraus die Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens. Die vom Berufungsgericht aus dem Titel des Schadenersatzes der Klägerin zuerkannte Versicherungssteuer erfolgte daher im Einklang mit der höchstgerichtlichen Rechtsprechung (vgl 7 Ob 105/20x mwN).

6. Zusammengefasst ist somit die Revision der Beklagten erfolglos.

37. Zur Anscheinsvollmacht des Betrügers

25.5.2022, 7 Ob 49/22i

Sachverhalt

H* S* (in der Folge Betreuer) betreute die Familie der Klägerin zunächst als Außendienstmitarbeiter der Beklagten und in der Folge als selbständiger Versicherungsagent in Versicherungsangelegenheiten. Er war von der Beklagten mit der Versicherungsvermittlung betraut und daher berechtigt, Anträge auf Abschluss, Verlängerung oder Änderung eines Versicherungsvertrags sowie den Widerruf solcher Anträge, während des Versicherungsverhältnisses zu machende Anzeigen der Versicherungsnehmer, Kündigungs- und Rücktrittserklärungen oder sonstige Erklärungen der Versicherungsnehmer das Versicherungsverhältnis betreffend entgegenzunehmen und die von der Versicherung ausgefertigten Versicherungsscheine oder Nachträge an Versicherungsnehmer auszuhändigen. **Er verfügte hingegen zu keinem Zeitpunkt über eine Inkassovollmacht der Beklagten und war nicht berechtigt ohne schriftliche Vollmacht Geschäfte für die Beklagte abzuschließen oder Willenserklärungen für sie abzugeben.** Die Klägerin schloss mit der Beklagten nur Versicherungsverträge ab, darunter auch fondsgebundene Lebensversicherungen.

Nachdem der Betreuer zunächst die Versicherungsagenden für die Familie der Klägerin abwickelte, bot er ihr in den 1990er-Jahren auch eine Vermögensanlage an. Er behauptete, es handle sich um eine Veranlagungsform für Mitarbeiter der Beklagten, die auch besonderen Kunden angeboten werden könne sowie weiters, dass diese Veranlagungsform hohe Zinserträge biete und nur über ihn abgeschlossen werden könne. Die Klägerin übergab daraufhin dem Betreuer bei sich zu Hause über einen Zeitraum von rund 20 Jahren größere Bargeldbeträge deren Erhalt der Betreuer zunächst handschriftlich bestätigte. Er sagte ihr, dass im Anschluss daran der Vertrag bei ihm im Sekretariat ausgefertigt würde und übergab der Klägerin Bestätigungen über einen Einmalerlag mit einer regelmäßigen Bindungsdauer von einem Jahr und fixer Verzinsung. Diese Bestätigungen waren teilweise weder gestempelt noch unterschrieben, teilweise gestempelt, aber nicht oder nur vom Betreuer unterschrieben und teilweise mit dessen und einer Fantasieunterschrift versehen. Dafür verwendete der Betreuer das in der Geschäftsstelle der Beklagten aufliegende Briefpapier sowie deren Stempel. **Der Betreuer benutzte die ihm von den Kunden ausgehändigten Geldbeträge um Verluste im Zusammenhang mit Aktienspekulationen abzudecken oder von anderen Kunden ausgehändigte „Einmalerläge“ zurückzuzahlen. Die von ihm behauptete Veranlagungsform existierte nicht. Im Juni 2019 wurde der Betreuer dafür (unter anderem) wegen des Verbrechens des schweren Betrugs verurteilt**.

Der OGH wies die außerordentliche Revision zurück.

Rechtliche Beurteilung

1.1. Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass auch vorsätzliche unerlaubte Handlungen in Erfüllung einer vertraglichen Pflicht in einer dem Schuldner zurechenbaren Weise vom Erfüllungsgehilfen (§ 1313a ABGB) begangen werden können, dass jedoch hiezu ein innerer Sachzusammenhang der schädigenden Handlung des Erfüllungsgehilfen mit der Vertragserfüllung gefordert, also umgekehrt jede Schädigung ausgeschlossen wird, die der Gehilfe dem Gläubiger nur gelegentlich (anlässlich) der Erfüllung zugefügt hat und die einer selbständigen unerlaubten Handlung entsprungen ist. Nur dann, wenn die unerlaubte Handlung des Gehilfen in den Aufgabenbereich eingreift, zu dessen Wahrnehmung er vom Schuldner bestimmt worden ist, hat

der Schuldner dafür einzustehen (RS0028626). Diese Grundsätze der Gehilfenhaftung gelten auch für Vertragsgehilfen und Vermittler im vorvertraglichen Bereich, also bei Verletzung von Schutz- und Sorgfaltspflichten (RS0028857 [T3]; RS0017185; RS0028470). Mit der Haftungsbegrenzung auf vorhersehbare Gefahren soll eine uferlose, unbegrenzte Haftung des Geschäftsherrn für Delikte seines Gehilfen vermieden werden (RS0028517 [T2]).

Ähnliches gilt nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre auch im Anwendungsbereich des § 1315 ABGB, wenn sich der Geschäftsherr einer untüchtigen Person zur Besorgung seiner Angelegenheiten bedient. Da sich die Untüchtigkeit immer nur auf die Besorgung der übertragenen Tätigkeit bezieht, können nur Schädigungen in Ausführung der Besorgung den Geschäftsherrn ersatzpflichtig machen, nicht jedoch jene, die bloß gelegentlich der Besorgung erfolgen (RS0029001 = 8 Ob 81/83 = ZVR 1985, 85; 1 Ob 687/86; Koziol, Haftpflichtrecht II3 D 3 Rz 28; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.08 § 1315 Rz 18; Huber in Schwimann/Neumayr, ABGB-TaKom5 § 1315 ABGB Rz 4; Reischauer in Rummel3 § 1315 ABGB Rz 7).

Die mitunter schwierige Abgrenzungsfrage, ob der Gehilfe „bei der Erfüllung“ bzw „bei der Besorgung“ der Angelegenheiten des Geschäftsherrn oder bloß „gelegentlich“ der Erfüllung bzw Besorgung handelte, hängt immer von den Umständen des Einzelfalls ab, sodass eine erhebliche Rechtsfrage nur dann vorliegt, wenn aus Gründen der Einzelfallgerechtigkeit eine krasse Fehlbeurteilung des Berufungsgerichts korrigiert werden müsste (vgl 3 Ob 283/06y).

1.2. **Die Rechtsansicht der Vorinstanzen, wonach weder eine Haftung nach § 1313a ABGB noch nach § 1315 erster Fall ABGB besteht, bedarf keiner Korrektur, ist doch weder aus dem Umstand, dass der Unternehmensgegenstand der Beklagten neben dem Betrieb der Versicherung auch die Vermittlung, Anschaffung und Veräußerung von Wertpapieren umfasst, noch aus der Tatsache, dass die Klägerin auch fondsgebundene Lebensversicherungsverträge abschloss, ableitbar, dass die Beklagte den Betreuer mit der Anlageberatung oder der Entgegennahme von Kundengeldern für Anlagegeschäfte betraut hätte.** Vielmehr steht fest, dass sich die Beklagte des Betreuers ausschließlich zum Zweck der Vermittlung von Versicherungsverträgen sowie der Entgegennahme bestimmter mit dem Versicherungsverhältnis zusammenhängender Erklärungen bediente, der Betreuer über keine Inkassovollmacht verfügte und die Klägerin mit der Beklagten nur Versicherungsverträge abschloss. Damit ist die Rechtsansicht, es fehle am notwendigen inneren Zusammenhang sowohl mit der Erfüllung als auch mit der Besorgung der Angelegenheiten der Beklagten, sodass im vorliegenden Fall dahingestellt bleiben könne, ob § 1315 erster Fall ABGB im Fall des Vorliegens einer Sonderverbindung überhaupt anwendbar sei, nicht korrekturbedürftig (dagegen etwa 6 Ob 137/02v; dafür etwa Reischauer in Rummel3 § 1313a Rz 25; Koziol, ÖBA 2007, 744 [746]).

2.1. Eine Anscheinsvollmacht (= Vollmacht wegen Vertrauens auf den äußeren Tatbestand) setzt voraus, dass Umstände vorliegen, die geeignet sind, im Dritten den begründeten Glauben an die Berechtigung des Vertreters zum Abschluss des beabsichtigten Geschäfts zu erwecken (RS0019609). Um Vertretungsmacht begründen zu können, muss der „äußere Tatbestand“ vom Vertretenen selbst geschaffen sein (RS0020145). Die Beurteilung von Bestand und Reichweite einer Anscheins- oder Duldungsvollmacht stellt typischerweise eine Einzelfallbeurteilung dar (RS0020145 [T15 und T17]). Der Oberste Gerichtshof sprach bereits aus, dass die Verwendung von Geschäftspapier und Geschäftsstampiglie oder Telefax durch einen Bankangestellten nicht für die Annahme ausreicht, dass dieser zum Abschluss jeden Geschäfts bevollmächtigt sei, das sich dem Betriebsgegenstand zuordnen lässt (7 Ob 705/84; 5 Ob 527/90). Wäre dem so, so bedeutete

dies eine Haftung der Bank für alle Handlungen ihrer Angestellten schlechthin, seien sie dazu befugt oder nicht. Gerade im Bankbereich besteht ein System abgestufter Ermächtigungen an die an sich nicht vertretungsbefugten Mitarbeiter, selbst für den Leiter einer Filiale (8 Ob 86/20k mwN).

2.2. **Die Rechtsansicht der Vorinstanzen, diese Judikatur könne sinngemäß im Versicherungsbereich angewendet werden, sodass die Verwendung des Briefpapiers und von Stempeln der Beklagten, einer Visitenkarte und E-Mail-Signatur mit dem Hinweis „Versicherungsagentur der Beklagten“ und „Filialdirektor“, einer E-Mail-Adresse mit der Domain der Beklagten sowie eines Büros im Gebäude der Beklagten mit der Aufschrift „Filialdirektor“, nicht ausreichen, um bei der Klägerin den begründeten Glauben an die Berechtigung des Betreuers zur Anlageberatung oder zur Entgegennahme von Kundengeldern für Anlagegeschäfte hervorzurufen, ist nicht korrekturbedürftig.**

2.3. Da nicht entscheidend ist, welchen Eindruck die Klägerin betreffend die Befugnis des Betreuers hatte, sondern Umstände vorliegen müssen, die geeignet sind, im Dritten den begründeten Glauben an die Berechtigung des Vertreters zu erwecken (RS0019609), und die Klägerin weiters nicht darlegt, durch welche konkreten Umstände die Beklagte den Anschein erweckt habe, dass der Betreuer für sie umfassend vertretungsbefugt sei, liegen auch die behaupteten sekundären Feststellungsmängel nicht vor.

3. Die Behauptung, die Beklagte schulde den eingeklagten Betrag auch nach § 45 Abs 2 VersVG stellt die Klägerin in der Revision erstmals auf; dass sie ihren Anspruch in erster Instanz auf jeden erdenklichen Rechtsgrund gestützt hat, reicht ohne Behauptung der anspruchsbegründenden Tatsachen nicht aus (vgl RS0037591). Im Übrigen ist nicht nachvollziehbar, warum diese Bestimmung hier als Anspruchsgrundlage geeignet sein soll.

4. Dieser Beschluss bedarf keiner weiteren Begründung (§ 510 Abs 3 ZPO).

VII. Und wenn die Bank kracht

38. Zur Haftung des Abschlussprüfers einer Bank – ohne Vertrauen geht gar nix!

28.09.2021, 4 Ob 145/21h

Sachverhalt

Der Beklagte war für die Geschäftsjahre 1999 bis 2005 als Abschlussprüfer/Bankprüfer für die **C* Aktiengesellschaft** (im Folgenden: Aktiengesellschaft) tätig und stellte für die Jahresabschlüsse jeweils uneingeschränkte Bestätigungsvermerke aus.

Der Kläger begehrt als Schadenersatz den Klagsbetrag mit dem wesentlichen Vorbringen, er habe der Aktiengesellschaft im August 2019 eine **Termineinlage von 13 Mio EUR** anvertraut. Danach sei über das Vermögen der Aktiengesellschaft ein Insolvenzverfahren eröffnet worden. Der Kläger werde deshalb seine Einlage nicht zurückerhalten. Er habe als indirekter Mehrheitseigentümer und Aufsichtsratsvorsitzender eines Unternehmens in den 1990er Jahren Jahresabschlüsse der Aktiengesellschaft erhalten, die der Beklagte mit einem uneingeschränkten Bestätigungsvermerk versehen habe. Hätte der Kläger gewusst, dass die Jahresabschlüsse zumindest seit 1999 massiv gefälscht gewesen seien, hätte er das Geld nicht für den Zeitraum von 8. August 2019 bis 30. August 2020 bei der Aktiengesellschaft veranlagt. Der Beklagte hätte bei sorgfältiger Prüfung die Bilanzmalversationen erkennen können und negative Prüfungsurteile abgeben müssen.

Der Beklagte wandte im Wesentlichen ein, dass er die Abschlussprüfungen ordnungsgemäß durchgeführt habe. Allfällige Malversationen seien nicht erkennbar gewesen. Zudem stünden die Abschlussprüfungen in keinem Zusammenhang mit der Veranlagungsentscheidung des Klägers. Es fehle selbst nach dem Klagsvorbringen mangels Vertrauens des Klägers auf die Abschlüsse der Kausalzusammenhang zwischen dem behaupteten Fehlverhalten und dem Schaden. Der Kläger habe nach der Klage seine Entscheidung nicht im Vertrauen auf die Jahresabschlüsse getätigt. Die Veranlagung des Klägers falle nicht in den Schutzbereich des Vertrags zwischen der Aktiengesellschaft und dem Beklagten. Der Anspruch des Klägers sei zudem verjährt.

Der Kläger replizierte auf den Einwand des Beklagten, dass auch nach dem Klagsvorbringen der Kläger bei seiner Anlagenentscheidung nicht auf die Richtigkeit des Bestätigungsvermerks vertraut habe, dahin, dass das Verhalten des Beklagten für den Schaden sehr wohl kausal gewesen sei. **Das gebotene negative Prüfurteil des Beklagten hätte nämlich zur Folge gehabt, dass die Behörden der Aktiengesellschaft den Geschäftsbetrieb untersagt hätten. In weiterer Folge wäre ein Insolvenzverfahren über deren Vermögen eröffnet worden. Dadurch hätte der Kläger im August 2019 der Aktiengesellschaft gar kein Geld mehr anvertrauen können.**

In der mündlichen Tagsatzung zur Streitverhandlung am 12. Jänner 2021 erörterte das Erstgericht das Klagsvorbringen und führte dazu auch Folgendes aus:

Der Vorsitzende gibt bekannt, dass er das Klagsvorbringen so versteht, dass die Kausalität darin liegen soll, dass die … [Aktiengesellschaft] zur Zeit der Veranlagung durch den Kläger nicht mehr Bankgeschäfte ausgeübt hätte, wenn der Beklagte die ihm vorgeworfenen Fehler nicht begangen hätte. Der Vorsitzende versteht das Klagsvorbringen nicht so, dass der Kläger deshalb veranlagt hätte, weil er auf die vom Beklagten bestätigten Jahresabschlüsse vertraut habe.

Der Kläger nahm diese Erörterung nicht zum Anlass, sein Vorbringen zu modifizieren oder klarzustellen.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Ausgehend vom Klagsvorbringen erachtete es dieses insofern **als unschlüssig, weil der Kläger nicht vorgebracht habe, dass er deshalb veranlagt**

habe, weil er auf die vom Beklagten bestätigten Jahresabschlüsse vertraut habe. Damit falle seine Veranlagung und deren Verlust nicht unter den Schutzzweck der Verpflichtungen des beklagten Abschlussprüfers. Aus dem Tatsachenvorbringen des Klägers sei somit der eingeklagte Anspruch nicht ableitbar.

In seiner dagegen erhobenen Berufung machte der Kläger als Mangelhaftigkeit des Verfahrens geltend, dass ihn das Erstgericht mit seiner Rechtsansicht zum gebotenen Vertrauen auf den Bestätigungsvermerk überrascht habe (§ 182a ZPO). Hätte ihm das Erstgericht seine Rechtsansicht mitgeteilt, dann hätte er vorgebracht, dass er bei seiner Veranlagung auf die Richtigkeit der vom Beklagten geprüften Jahresabschlüsse vertraut hätte. Eine Haftung des Abschlussprüfers setze aber ohnedies nicht voraus, dass eine Veranlagung eines Dritten im Vertrauen auf den bestätigten Jahresabschluss erfolgt sei. Entgegen der Ansicht des Erstgerichts sei es nicht erforderlich, dass der Anleger im Vertrauen auf den Bestätigungsvermerk gehandelt habe.

Das Berufungsgericht gab der dagegen erhobenen Berufung keine Folge. Es verneinte eine Verletzung des § 182a ZPO. Das Erstgericht habe das Klagsvorbringen ausreichend erörtert, zudem habe auch der Beklagte auf ein fehlendes (behauptetes) Vertrauen des Klägers hingewiesen. **Das Berufungsgericht ging in rechtlicher Hinsicht bezüglich des Schutzzwecks bzw der Kausalität zwar von einem schlüssigen Begehren aus, erachtete den Klagsanspruch aber als verjährt:**

Bei einem fahrlässigen Verhalten des Abschlussprüfers beginne nach der Rechtsprechung die Verjährungsfrist eines auf § 275 UGB gestützten Schadenersatzanspruchs mit dem Eintritt des (primären) Schadens durch Umschichtung des Vermögens des Dritten zu laufen, wenn dieser die Vermögensumschichtung nicht vorgenommen hätte, hätte er die Unrichtigkeit des Jahresabschlusses gekannt. Allerdings dürfe nicht übersehen werden, dass es sich bei der Bestimmung des § 275 Abs 5 UGB um ein gesetzlich normiertes Haftungsprivileg des Abschlussprüfers handle, das aber dann mit einer zeitlich nicht näher einschätzbaren potentiellen Haftung nach Beendigung der vertraglich geschuldeten Leistung des Abschlussprüfern (Bankprüfern) nicht in Einklang zu bringen sei. Ein derartiges Risiko würde nämlich nur schwer versicherbar sein. Das Vorliegen einer entsprechenden Versicherung des Wirtschaftsprüfers sei aber zwingend. Bedenke man, dass der Gesetzgeber die Gefahr der Haftungsausuferung bei Abschlussprüfern (Bankprüfern) auf Grund der betragsmäßig beschränkten Haftung und der Versicherungspflicht hinreichend abgefedert und in seiner maximalen Ausformung kalkulierbar gemacht habe, **sei der Zeitpunkt des Beginns des Laufs der Verjährungsfrist nach § 275 Abs 5 UGB in der hier vorliegenden Fallkonstellation jedenfalls mit dem der (jeweiligen) Öffentlichmachung des (hier uneingeschränkten) Bestätigungsvermerks im Firmenbuch festzumachen**.

Darüber hinaus verneinte das Berufungsgericht den Klagsanspruch auch unter Hinweis auf die **Subsidiarität der Dritthaftung** bei einem Vertrag mit Schutzwirkungen.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass die ordentliche Revision mangels höchstrichterlicher Rechtsprechung „zur Frage des Beginns des Laufs der Verjährungsfrist nach § 275 Abs 5 UGB im Bereich der Abschluss-(bank-)prüferhaftung nach § 275 UGB im Zusammenhang mit einer zeitlich weit außerhalb der in § 275 Abs 5 UGB normierten Frist liegenden Vermögensumschichtung (Einlage/Veranlagung) bei dem geprüften Bankinstitut“ zulässig sei.

Der OGH gab der Revision keine Folge.

Rechtliche Beurteilung

Die dagegen erhobene Revision des Klägers ist aus Gründen der Rechtssicherheit zulässig; sie ist aber nicht berechtigt.

1. Der Kläger stützt seine Haftung darauf, dass der beklagte Abschlussprüfer gegen seine aus § 275 UGB sich ergebende Verpflichtung verstoßen habe. Gemäß § 275 Abs 2 UGB ist der Abschlussprüfer zur gewissenhaften und unparteiischen Prüfung verpflichtet. Verletzt er diese Pflicht, so ist er der Gesellschaft zum Ersatz des daraus resultierenden Schadens verpflichtet. Der Abschlussprüfer steht nur zur geprüften Gesellschaft in einem Vertragsverhältnis (RS0116077). Dessen ungeachtet treffen ihn auch Schutz- und Sorgfaltspflichten gegenüber (potentiellen) Gläubigern der Gesellschaft (5 Ob 262/01t), siehe dazu näher unten Punkt 3.

2. Die vom Beklagten dagegen eingewandte und vom Berufungsgericht bejahte Verjährung richtet sich nach § 275 Abs 5 UGB. Demnach verjähren die auf § 275 UGB gestützten Ansprüche in fünf Jahren.

2.1 Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist beim Beginn der Verjährung nicht an den Eintritt des Primärschadens, sondern an den Tag der Veröffentlichung des Bestätigungsvermerks anzuknüpfen, weil es sich bei § 275 Abs 5 UGB um ein gesetzlich normiertes Haftungsprivileg handle, das mit einer zeitlich nicht näher einschätzbaren potentiellen Haftung nach Beendigung der vertraglich geschuldeten Leistung des Abschlussprüfers nicht in Einklang zu bringen sei. Das Berufungsgericht argumentierte hier mit der zwingend abzuschließenden Haftpflichtversicherung.

2.2 **Diese Ansicht widerspricht gesicherter Rechtsprechung.**

2.2.1 Bei der Frist des § 275 Abs 5 UGB handelt es sich um eine lex specialis zur allgemeinen Verjährungsvorschrift des § 1489 ABGB, die als objektive, von der Kenntnis des Schadens und des Schädigers unabhängige Frist nicht nur die kurze, sondern auch die lange Frist des § 1489 Satz 2 1. Variante ABGB verdrängt (10 Ob 58/12w; RS0128616). § 275 Abs 5 UGB gilt auch gegenüber geschädigten Dritten (3 Ob 230/12p; 5 Ob 208/13v; RS0128186). **Dabei beginnt nach einheitlicher Rechtsprechung die Verjährungsfrist für den (hier zu prüfenden) Bereich bloß fahrlässiger Schadensverursachung durch den Abschlussprüfer (erst) mit Eintritt des primären Schadens** (3 Ob 230/12p; 2 Ob 233/12x; 5 Ob 208/13v; 9 Ob 24/13i; 9 Ob 13/13x; RS0128186 [T1]). Bei Ansprüchen Dritter ist das die durch den Bestätigungsvermerk veranlasste Vermögensdisposition (RS0128186 [T2]).

2.2.2 Der vom Berufungsgericht herangezogene Umstand, dass ein Abschlussprüfer eine gesetzliche Haftpflichtversicherung mit einer beschränkten Versicherungssumme abschließen muss, vermag an der referierten Rechtslage nichts zu ändern. In diesem Zusammenhang ist etwa darauf zu verweisen, dass die kurze Verjährungsfrist des § 1489 ABGB auch dann nicht vor dem tatsächlichen Eintritt des Primärschadens zu laufen beginnt, wenn der Schädiger zwingend eine Haftpflichtversicherung mit einer betragsmäßig begrenzten Versicherungssumme abschließen muss (etwa bei einem Unfall mit einem Kraftfahrzeug, vgl 2 Ob 221/06y; 2 Ob 362/97t).

2.2.3 Im Übrigen hat es der Oberste Gerichtshof bereits ausdrücklich abgelehnt, beim Beginn der Verjährungsfrist auf den Zeitpunkt der Übergabe des unrichtigen Prüfberichts mit dem zu Unrecht ausgestellten Bestätigungsvermerk abzustellen (1 Ob 35/12x und 2 Ob 233/12x). Dabei wurde klargestellt, dass diese Übergabe für die Verjährung irrelevant ist. Entsprechendes gilt damit auch für die jeweilige Öffentlichmachung des Bestätigungsvermerks, auf die das Berufungsgericht abstellt.

2.2.4 Insoweit der Beklagte in seiner Revisionsbeantwortung darauf hinweist, dass die dreißigjährige Verjährungsfrist des § 1489 Satz 2 1. Variante ABGB bereits von dem Zeitpunkt an zu laufen beginnt, zu dem die Handlung begangen ist, die den Schaden herbeigeführt hat, mag der Eintritt des Schadens auch später erfolgen (vgl RS0034504), blendet er aus, dass § 275 Abs 5 UGB auch diese Bestimmung verdrängt (siehe oben Punkt 2.2.1).

2.3 Der im August 2020 klagsweise geltend gemachte Schadenersatzanspruch stützt sich auf den Verlust einer im August 2019 getätigten Veranlagung. **Die Verjährung könnte demnach frühestens mit dieser Vermögensdisposition im Jahr 2019 zu laufen beginnen, ohne dass es auf den Zeitpunkt der Erteilung des Bestätigungsvermerks ankommt. Ein allfälliger Schadenersatzanspruch ist somit nicht verjährt.**

2.4 Auf den in diesem Zusammenhang geltend gemachten Verfahrensmangel des Berufungsverfahrens war nicht näher einzugehen, weil sich der Senat bei der Verjährungsfrage ohnedies dem Standpunkt des Klägers anschließt. Damit fehlt es der behaupteten Mangelhaftigkeit schon der erforderlichen Relevanz.

3. Im Ergebnis ist die angefochtene Entscheidung zu bestätigen.

3.1 Der Vertrag des Abschlussprüfers zur Gesellschaft wird nach der Rechtsprechung als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gesehen, weil die Prüfung zwingenden gesetzlichen Vorgaben zu entsprechen hat und die mit der Veröffentlichung des Bestätigungsvermerks bezweckte Information Dritter aufgrund dieser Vorgaben Vertragsinhalt wird (4 Ob 236/02p; 5 Ob 208/13v). Von dieser Schutzwirkung sind (potentielle) Gläubiger der geprüften Gesellschaft umfasst, die durch die Veröffentlichung des Bestätigungsvermerks angesprochen werden sollen und dann bei ihren wirtschaftlichen Dispositionen davon ausgehen können, dass Buchführung, Jahresabschluss und Lagebericht ihres (potentiellen) Schuldners nach fachmännischer Ansicht den gesetzlichen Vorschriften entsprechen (5 Ob 262/01t; 5 Ob 208/13v). Der angesprochene Personenkreis und die damit verbundene potentielle Haftung des Abschlussprüfers werden damit begrenzt. Das entspricht dem Grundsatz, dass bei einem Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter der Kreis der geschützten Personen, denen statt deliktsrechtlicher auch vertragsrechtliche Schadenersatzansprüche zugebilligt werden, eng gezogen werden muss (RS0022814).

3.2 **Wenn das Berufungsgericht eine solche Haftung des Beklagten im Anlassfall unter Hinweis auf die Subsidiarität der geltend gemachten Grundlage verneint, ist ihm nicht zuzustimmen.**

3.2.1 Sowohl beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter als auch bei objektiv-rechtlichen Schutzpflichtverletzungen besteht Subsidiarität (RS0129705). Ein Gläubiger hat kein schutzwürdiges Interesse, wenn er kraft eigener rechtlicher Sonderverbindungen mit seinem Vertragspartner einen deckungsgleichen Anspruch auf Schadenersatz hat (7 Ob 38/17i; RS0022814).

3.2.2 Der gegenüber der geprüften Gesellschaft bestehende Anspruch auf Rückzahlung einer Einlage ist kein deckungsgleicher Anspruch zu einem gegen den Abschlussprüfer wegen eines fehlerhaften Bestätigungsvermerks geltend gemachten Schadenersatzanspruch. **Ein solcher deckungsgleicher Anspruch liegt gegenständlich zwischen dem vertraglichen Erfüllungsanspruch gegenüber der Aktiengesellschaft auf Rückzahlung der Einlage und dem gegenüber dem beklagten Abschlussprüfer geltend gemachten Schadenersatzanspruch nicht vor** (vgl 7 Ob 47/20t). Vielmehr geht die Judikatur in vergleichbaren Fällen, bei denen ein Dritter

Geldmittel bei einer vom Abschlussprüfer fehlerhaft geprüften Gesellschaft investiert hat, davon aus, dass sich der Anleger sehr wohl gegenüber dem Abschlussprüfer auf die Schutzwirkungen des Prüfungsvertrags zwischen der Gesellschaft und dem Abschlussprüfer berufen kann (3 Ob 230/12p; 5 Ob 208/13v; 8 Ob 93/14f; RS0116076).

3.3 Zum Umfang der Schutzwirkungen des Vertrags der Gesellschaft mit dem Abschlussprüfer:

3.3.1 Der Oberste Gerichtshof hat in seiner Leitentscheidung 5 Ob 262/01t ausgeführt, dass ein Vertrag zwischen einem Abschlussprüfer und der geprüften Gesellschaft ein Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, nämlich zu Gunsten jener (potentiellen) Gläubiger der geprüften Gesellschaft ist, die durch die Veröffentlichung des Bestätigungsvermerks angesprochen werden sollen und dann bei ihren wirtschaftlichen Dispositionen davon ausgehen können, dass Buchführung, Jahresabschluss und Lagebericht ihres (potentiellen) Schuldners nach fachmännischer Ansicht den gesetzlichen Vorschriften entsprechen (RS0116076). Der Prüfungsauftrag wird zwar von der Gesellschaft erteilt, hat aber, weil es um die Erfüllung einer gesetzlichen Prüfpflicht geht, den zwingenden gesetzlichen Vorgaben zu entsprechen, sodass die Veröffentlichung des Bestätigungsvermerks des Abschlussprüfers und die damit bezweckte Information (potentieller) Gläubiger der geprüften Gesellschaft jedenfalls Vertragsinhalt wird. Die Haftungsgrundlage des Abschlussprüfers gegenüber dem geschädigten Dritten besteht damit in der durch den veröffentlichten Bestätigungsvermerk geschaffenen Vertrauensbasis zwischen der geprüften Gesellschaft und den (potentiellen) Anlegern. Diese Vertrauensbasis kann enttäuscht werden, wenn der Anleger auf die Richtigkeit des konkreten (uneingeschränkten) Bestätigungsvermerks vertraut hat (5 Ob 262/01t).

3.3.2 Dementsprechend ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass ein Abschlussprüfer, der die gebotene Sorgfalt vernachlässigt und deshalb einen unrichtigen Bestätigungsvermerk ausstellt, einem Dritten, der im Vertrauen auf die Verlässlichkeit des Bestätigungsvermerks disponiert und dadurch einen Schaden erleidet, ersatzpflichtig wird (5 Ob 262/01t; 10 Ob 48/13a; 8 Ob 93/14f; RS0116077; RS0116076; RS0129123; RS0037785).

3.3.3 Ein solches Vertrauen kann nicht nur durch die Kenntnis des konkreten Bestätigungsvermerks geschaffen werden, sondern ist bei einer Beratung auch denkbar, wenn die auf die Anlageentscheidung positiv einwirkende Beratung von den erteilten Bestätigungsvermerken beeinflusst war. **Dies setzt aber voraus, dass der Berater die Bestätigungsvermerke gekannt oder sonst von deren Erteilung erfahren hat (10 Ob 46/13g; 10 Ob 48/13a; 5 Ob 208/13v; 8 Ob 105/13v). Der Geschädigte kann sich auch auf eine solche mittelbare (indirekte) Kenntnis vom Bestätigungsvermerk stützen, auf die er bei seiner Disposition vertraut hat. Dies wurde hier nicht behauptet!**

3.3.4 Gegen die Klagsabweisung kann nicht die Entscheidung 8 Ob 93/14f ins Treffen geführt werden. Auch in dieser Entscheidung ist der Oberste Gerichtshof ausdrücklich davon ausgegangen, dass das Vertrauen des Anlegers in einen uneingeschränkten Bestätigungsvermerk erforderlich ist, wobei dem Anleger diesbezüglich die Existenz des Bestätigungsvermerks bewusst sein muss, auch wenn er nicht zwingend die Kenntnis seines Inhalts haben muss. Im Übrigen hielt der Oberste Gerichtshof auch in dieser Entscheidung fest, dass der Abschlussprüfer Dritten gegenüber, „die im Vertrauen auf die Verlässlichkeit dieses Bestätigungsvermerks disponiert haben und dadurch einen Schaden erleiden“ ersatzpflichtig werden kann.

3.4. Mit dem Abstellen auf eine im Vertrauen auf den Bestätigungsvermerk getroffene Disposition des Geschädigten (bzw eine entsprechende Beeinflussung seiner Entscheidung durch den

Bestätigungsvermerk) wird der vom Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter begünstigte Personenkreis von der Rechtsprechung im Sinne der von ihr entwickelten Grundsätze (vgl RS0022814) bewusst eng gezogen. Auf die Schutzwirkungen des zwischen der Gesellschaft und dem Abschlussprüfer geschlossenen Vertrags können sich daher Personen, deren Anlegerentscheidung nicht im Zusammenhang mit dem erteilten Bestätigungsvermerk steht, demnach nicht berufen. **Ein solcher Zusammenhang erfordert, dass die Anlegerentscheidung durch den Bestätigungsvermerk beeinflusst war, was bei der Berufung auf die Existenz einer Gesellschaft noch nicht der Fall ist.** Für den Anlassfall würde es demnach noch nicht ausreichen, dass der Schaden nur deshalb entstanden ist, weil die vom Beklagten zuletzt im Jahr 2005 geprüfte Gesellschaft wegen des allfällig fehlerhaften Vermerks noch Jahre weiterexistieren konnte, wodurch ein Investment des Klägers im Jahr 2019 möglich war.

3.5 Ein geschädigter Anleger hat zu behaupten und zu beweisen, dass er seine Anlageentscheidung im Vertrauen auf den erteilten Bestätigungsvermerk getroffen und diesen zur Grundlage seiner schadensauslösenden Disposition gemacht hat (RS0116077 [T7]; vgl auch RS0022900 [T5 und T11]). Entsprechendes gilt auch für den Kläger, der der Aktiengesellschaft eine hohe Geldsumme als Einlage anvertraut hat. **Vom damit insoweit behauptungs- und beweispflichtigen Kläger wurde aber nur vorgebracht, dass ihm die Bestätigungsvermerke bei seiner Veranlagung vorgelegen seien. Eine Prozessbehauptung, dass er im Vertrauen auf die Vermerke disponiert hat, fehlt jedoch.** Das Erstgericht hat im Rahmen seiner materiellen Prozessleitung auch klargestellt, dass nach dem Klagsvorbringen der Kläger nicht deshalb veranlagt hätte, weil er auf die vom Beklagten bestätigten Jahresabschlüsse vertraut habe. Wenn der Kläger dessen ungeachtet sein Vorbringen weder ergänzt noch präzisiert hat, erweist sich die Abweisung des Klagebegehrens wegen Unschlüssigkeit im Ergebnis als zutreffend, sodass der Revision keine Folge zu geben war.

39. Und Amtshaftung gibt's auch keine

14.7.2022, 1 Ob 91/22x

[1] Die Finanzmarktaufsichtsbehörde („FMA") untersagte der C* Aktiengesellschaft („Bank") mit Mandatsbescheid vom 14. 7. 2020 gemäß § 70 Abs 2 Z 4 BWG mit sofortiger Wirkung die weitere Vornahme von Bankgeschäften. In der Folge wurden strafrechtliche Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Bilanzfälschung und der Untreue gegen Verantwortliche der Bank eingeleitet und mit 29. 7. 2020 das Insolvenzverfahren über ihr Vermögen eröffnet.

[2] Die Klägerin begehrt von der beklagten Republik Österreich (Bund) im Wege der Amtshaftung den Ersatz jenes Schadens, der ihr dadurch entstanden sei, dass sie aufgrund der Untersagung des Geschäftsbetriebs der Bank durch die FMA und der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über deren Vermögen nicht mehr über ihr Guthaben in Höhe von 1.331.269,20 EUR (welches im Wesentlichen aus Einzahlungen aus dem Jahr 2020 stamme) verfügen könne bzw sie einen Forderungsverlust in dieser Höhe erlitten habe. Unter Berücksichtigung einer Zahlung von 100.000 EUR aus der gesetzlichen Einlagensicherung ergebe sich der Klagebetrag, der ihr allenfalls Zug um Zug gegen Abtretung ihrer Insolvenzforderung zu leisten sei. Hilfsweise begehrt die Klägerin die Feststellung der Haftung der Beklagten für Schäden bis zur Höhe der Klageforderung, die ihr durch die Einlage von Geldern bei der Bank aufgrund der nicht gehörigen Erfüllung der der FMA obliegenden Aufsichts- und Prüfpflichten sowie der nicht gehörigen Erfüllung von Pflichten durch staatsanwaltschaftliche Organe entstanden seien.

[3] Vorstandsmitglieder der Bank hätten im Sommer 2020 gegenüber der OeNB und der Staatsanwaltschaft zugestanden, seit den 1990er-Jahren eine Reihe betrügerischer Handlungen – etwa die Fälschung von Bilanzposten, Saldenbestätigungen und Zahlungsbelegen, die „Fingierung" hoch verzinster Kredite und die Veruntreuung von Geldern der Bank – gesetzt zu haben. Neben diesen strafrechtlich relevanten Handlungen hätten die Verantwortlichen der Bank auch (bloß) bankaufsichtsrechtlich relevante Fehlleistungen zu verantworten.

[4] Die Haftung der beklagten Partei ergebe sich daraus, dass sie als Rechtsträgerin der FMA, der Österreichischen Nationalbank („OeNB"), des Amts der Burgenländischen Landesregierung als „Revisionsstelle" der Bank und ihrer genossenschaftlich organisierten Hauptgesellschafterin, der Staatsanwaltschaft Eisenstadt (StA) sowie der Zentralen Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen und Korruption (WKStA) den ihr insoweit obliegenden Aufgaben im Zusammenhang mit der Kontrolle des Geschäftsbetriebs der Bank sowie der strafrechtlichen Verfolgung der für sie handelnden Personen pflichtwidrig nicht (vor 2020) nachgekommen sei.

[5] Die straf- und bankaufsichtsrechtlich relevanten Handlungen der Leitungsorgane der Bank hätten der FMA, der OeNB sowie dem Amt der Burgenländischen Landesregierung in dessen Eigenschaft als (funktionell der beklagten Partei zuzurechnender) genossenschaftlicher Revisionsverband bei sorgfältiger Erfüllung ihrer jeweiligen Verpflichtungen auffallen müssen. Den Organen der Staatsanwaltschaft sei vorzuwerfen, dass sie kein Strafverfahren eingeleitet hätten, obwohl sich bereits 2015 aufgrund des Hinweises eines anonymen „Whistleblowers" auf diverse „Malversationen" innerhalb der Bank sowie aus einer Sachverhaltsdarstellung der FMA ein Anfangsverdacht hinsichtlich bestimmter Straftaten ergeben habe. Die Unterlassung der gebotenen Prüf- und Verfolgungsschritte durch die funktionell dem Bund zuzurechnenden Organe sei grob unvertretbar gewesen.

[6] Hätten die zuständigen Organe die gebotenen bankaufsichts- und revisionsrechtlichen Maßnahmen gesetzt oder Strafverfahren gegen die verantwortlichen Personen der Bank eingeleitet, wären die „Malversationen“ innerhalb der Bank früher bekannt geworden und die Klägerin hätte – da sie dann kein Geld bei dieser eingelegt hätte – keinen Schaden erlitten.

[7] Die Beklagte bestritt das Klagebegehren und wandte dessen Unschlüssigkeit ein. Gemäß § 3 Abs 1 Satz 2 FMABG sei eine Amtshaftung für Schäden, die Dritten (sohin auch der Klägerin) von Organen der FMA in Vollziehung von Aufgaben der Bankenaufsicht zugefügt wurden, ausgeschlossen. Die OeNB werde im Rahmen der Bankprüfung nur als Hilfsorgan der FMA in deren Auftrag tätig, weshalb der Haftungsausschluss auch auf deren Tätigkeit anzuwenden sei. Die Burgenländische Landesregierung sei als genossenschaftlicher Revisionsverband im Rahmen der burgenländischen Landesverwaltung tätig geworden, für welche der beklagte Bund nicht hafte. Die Organe der Staatsanwaltschaft hätten ihre Aufgaben gesetzeskonform wahrgenommen, die behaupteten Schäden wegen einer (zunächst) unterbliebenen Einleitung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens seien nicht vom Schutzzweck der diesbezüglichen Bestimmungen der StPO bzw des StAG erfasst.

[8] Das Erstgericht wies die Klage als unschlüssig ab. Die Bestimmungen über die Bankenaufsicht, deren Verletzung durch Organe der FMA und der OeNB der Beklagten vorgeworfen werde, dienten nur dem öffentlichen Interesse an der Erhaltung der volkswirtschaftlichen Stabilität und bezweckten – wie § 3 Abs 1 Satz 2 FMABG klarstelle –keinen Schutz des Vermögens einzelner Gläubiger der geprüften Bank. Die genossenschaftsrechtliche Pflichtrevision erfolge nur im Interesse der Mitglieder der Genossenschaft und solle keine bloßen Vermögensschäden einzelner Gläubiger verhindern. Die Pflicht der Organe der Staatsanwaltschaft, einer Strafanzeige nachzugehen und ein Ermittlungsverfahren einzuleiten, bezwecke ebenfalls nicht die Verhinderung des Eintritts bloßer Vermögensschäden unbeteiligter Dritter. Das Absehen von der Einleitung eines Strafverfahrens durch Organe der WKStA sei auch rechtlich nicht unvertretbar gewesen.

[9] Aufgrund eines Antrags der Klägerin auf Normenkontrolle nach Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG (sowie aufgrund solcher Anträge anderer geschädigter Gläubiger der Bank) prüfte der Verfassungsgerichtshof die Bestimmung des § 3 Abs 1 Satz 2 FMABG auf ihre behauptete Verfassungswidrigkeit, verneinte eine solche jedoch.

[10] Das Berufungsgericht gab der Berufung der Klägerin nicht Folge. Die behauptete Verletzung von Vorschriften des Bankenaufsichts-, Genossenschaftsrevisionsund Strafverfahrensrechts könnte nur dann zu einer Amtshaftung führen, wenn diese Vorschriften (auch) den Zweck hätten, die Klägerin als Bankkundin vor bloßen Vermögensschäden zu schützen. Dies sei aber nicht der Fall.

[11] Nach der vom Verfassungsgerichtshof als verfassungskonform erkannten Bestimmung des § 3 Abs 1 Satz 2 FMABG hafte der Bund für von Organen und Bediensteten der FMA in Vollziehung (unter anderem) der Gesetze über die Bankenaufsicht zugefügte Schäden nur insoweit, als diese jenen Rechtsträgern unmittelbar zugefügt würden, die der Aufsicht nach diesem Bundesgesetz unterlägen. Damit sei eine Haftungsbeschränkung auf Schäden des der Prüfung durch die FMA unterliegenden Rechtsträgers vorgenommen worden. Zweck dieser Bestimmung sei es, die Amtshaftung für Schäden, die sich lediglich als Reflexwirkung des Aufsichtsverhaltens im Vermögen Dritter auswirkten, auszuschließen. Vertragspartner des beaufsichtigten Kreditinstituts, wie insbesondere einzelne An- bzw Einleger oder sonstige Gläubiger – und somit

auch die Klägerin – seien demnach für aus Verstößen der FMA gegen bankaufsichtsrechtliche Bestimmungen abgeleitete Amtshaftungsansprüche nicht aktiv legitimiert.

[12] Die Haftungsbeschränkung des § 3 Abs 1 Satz 2 FMABG sei auch anzuwenden, wenn sich die FMA bei ihrer Tätigkeit als Bankenaufsichtsbehörde der Mitwirkung der OeNB bediene. Die OeNB werde insoweit als Hilfsorgan der FMA tätig, eine eigene behördliche Funktion komme ihr in diesem Rahmen nicht zu. Eine allfällige (unvertretbar) unrichtige Gesetzesanwendung durch die OeNB im Rahmen der Bankenaufsicht sei daher der FMA zuzurechnen, für die insoweit die Haftungsbeschränkung des § 3 Abs 1 Satz 2 FMABG gelte. Selbst wenn die Tätigkeit der OeNB im Zuge der Bankenaufsicht als von der FMA unabhängige (hoheitliche) Tätigkeit anzusehen wäre, träfe den Bund für die OeNB gegenüber Gläubigern der geprüften Bank keine Haftung, weil die in der genannten Bestimmung vorgesehene Haftungsbeschränkung für ein Organfehlverhalten im Rahmen der Bankenaufsicht nicht vom konkret beteiligten Aufsichtsorgan abhängen könne. Die Aufgaben der OeNB auf dem Gebiet des Bankwesens seien im Übrigen darauf beschränkt, der FMA Informationen und Entscheidungsgrundlagen zur Verfügung zu stellen („fact-finding“), wohingegen nur die FMA dazu berufen sei, Maßnahmen zu setzen, um allfällige Missstände abzustellen („decision-taking“). Eine aus einer Pflichtverletzung durch die OeNB abgeleitete Amtshaftung der Beklagten käme somit nur in Betracht, wenn sie der FMA Informationen vorenthalten oder falsche Informationen erteilt hätte, worauf die Klägerin ihren Anspruch nicht gestützt habe.

[13] Bei einem genossenschaftlichen Revisionsverband handle es sich um einen Verein oder eine Genossenschaft, also um ein privatrechtliches Rechtssubjekt, das von der zuständigen Behörde als zur Bestellung von Revisoren für seine Mitglieder berechtigt anerkannt wurde. Die Befugnis zu hoheitlichem Handeln komme ihm nicht zu. Der Revisionsverband werde privatwirtschaftlich tätig, eine Haftung der Beklagten könne aus dessen Verhalten schon aus diesem Grund nicht abgeleitet werden. Eine Haftung eines genossenschaftlichen Revisors komme auch nur gegenüber der geprüften Genossenschaft bzw ihren Tochterunternehmen in Betracht, nicht gegenüber deren Gläubigern. Dies müsse auch für den Revisionsverband selbst gelten, der für Ersatzansprüche gegenüber einem Revisor auch nur als Ausfallsbürge hafte.

[14] Die Pflicht zur Einleitung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens bei Vorliegen eines Anfangsverdachts diene nur der Geltendmachung des staatlichen Strafanspruchs und nicht auch dem Schutz des Vermögens potenzieller (künftiger) Opfer eines Straftäters. Ein Amtshaftungsanspruch könne daher nicht auf die Verletzung jener Bestimmungen, welche die Einleitung eines Strafverfahrens regeln, gestützt werden. Im Übrigen habe die Klägerin auch nicht dargelegt, warum der von ihr behauptete Schaden durch die bloße Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen Organe der Bank verhindert worden wäre.

[15] Die ordentliche Revision sei zulässig, weil keine höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Schutzzweck der Bankenaufsicht nach Inkrafttreten des § 3 Abs 1 Satz 2 FMABG bestehe; ebensowenig zur Zurechnung der bankenaufsichtsrechtlichen Tätigkeit der OeNB zur FMA, zur Frage, ob die Tätigkeit genossenschaftlicher Revisionsverbände privatrechtlicher oder hoheitlicher Natur sei, sowie zum Schutzzweck der § 2 Abs 1 StPO und § 35c StAG.

[16] Die gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts erhobene Revision der klagenden Partei ist zur Klarstellung der Rechtslage zulässig; sie ist aber nicht berechtigt.

1. Zur Verfahrensrüge:

Rechtliche Beurteilung

[17] Die behauptete Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens wurde geprüft; sie liegt nicht vor (§ 510 Abs 3 Satz 3 ZPO).

2. Grundsätzliches zur Amtshaftung:

[18] 2.1. Gemäß § 1 Abs 1 AHG haften die dort genannten Rechtsträger, darunter die beklagte Partei, für den Schaden am Vermögen oder an der Person, den die als ihre Organe handelnden Personen in Vollziehung der Gesetze durch rechtswidriges Verhalten wem immer schuldhaft zugefügt haben, nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts. Wird ein bloßer Vermögensschaden geltend gemacht, wäre dieser nur aufgrund einer (vorwerfbaren) Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts, der Übertretung eines Schutzgesetzes nach § 1311 ABGB oder eines sittenwidrigen Verhaltens des Schädigers ersatzfähig (1 Ob 208/12p mwN; 1 Ob 142/06y). Im vorliegenden Fall kommt nur die Übertretung von Schutzgesetzen in Betracht.

[19] 2.2. Gerade im Bereich des Amtshaftungsrechts gilt, dass die verletzte Vorschrift auch den Zweck haben muss, den Geschädigten vor den schließlich eingetretenen (Vermögens-)Nachteilen zu schützen (RS0050038 [T1]). Der Schutzzweck der Norm ist ein selbständiges Abgrenzungskriterium der Haftung neben der Rechtswidrigkeit und der Kausalität. Sowohl der Geschädigte als auch die Art des Schadens und die Form seiner Entstehung müssen vom Schutzzweck erfasst sein (RS0027553 [T18]). Ohne dessen eingrenzende Wirkung drohte eine Uferlosigkeit der Haftpflicht. Aufgrund eines rechtswidrigen Verhaltens ist daher nur für jene dadurch verursachten Schäden zu haften, die vom Schutzzweck erfasst werden, weil die Norm zumindest auch derartige Schäden verhindern will. Die Normzweckprüfung ist teleologisch ausgerichtet und stellt primär darauf ab, welcher Zweck mit der in ihrem primären Normgehalt festgehaltenen Anordnung (zumindest mit-)verfolgt wird. Nicht jeder Schutz, den eine Verhaltensnorm tatsächlich bewirkt, ist auch von ihrem Schutzzweck erfasst (RS0031143 [T22]).

[20] 2.3. Die Nichtberücksichtigung der eingrenzenden Wirkung des Rechtswidrigkeitszusammenhangs hätte im Amtshaftungsrecht eine Uferlosigkeit der Haftpflicht der Rechtsträger zur Folge (vgl RS0031143 [T7]; RS0050038 [T29]). Im Amtshaftungsbereich muss daher geprüft werden, ob Pflichten des Rechtsträgers nur im Interesse der Allgemeinheit oder auch im Interesse eines einzelnen Betroffenen normiert sind (vgl RS0050038 [T27]; RS0031143 [T4, T11]). Allein daraus, dass ihm eine Amtshandlung, die dem öffentlichen Interesse dient, zugute kommt und ihm als Reflexwirkung pflichtgemäßen Handelns einen Vorteil verschafft, lässt sich noch nicht auf das Vorliegen einer Amtspflicht gerade dem konkreten Geschädigten gegenüber schließen (vgl RS0031143 [T4]). Erstreckt sich der Schutzzweck nur auf Interessen der Allgemeinheit, können Einflüsse auf individuelle Interessenlagen also nur als bloße – keine Amtshaftung begründende – Reflexwirkungen angesehen werden (RS0031143 [T35]). Angesichts der in der Regel primär öffentliche Interessen wahrenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften genügt es für die Annahme des erforderlichen Rechtswidrigkeitszusammenhangs zwar, dass die Verhinderung eines Schadens eines Dritten bloß mitbezweckt ist (RS0031143 [T5, T13]). Die verletzte Amtspflicht muss aber gerade dem Geschädigten gegenüber bestanden haben (RS0031143 [T6]), was auch maßgeblich davon abhängt, ob bereits eine rechtliche Sonderverbindung zwischen ihm und dem Rechtsträger, dessen Organ eine Amtspflichtverletzung vorgeworfen wird, bestand oder ob die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe eine so große und unbestimmte Zahl von Personen betrifft, dass diese der Allgemeinheit gleichzusetzen sind (RS0049993).

3. Zur Haftung für die FMA:

[21] 3.1. § 3 Abs 1 FMABG idF **vor der Novelle durch BGBl I 136/2008** sah vor, dass für von Organen und Bediensteten der FMA in Vollziehung der in § 2 dieses Gesetzes genannten Bundesgesetze zugefügte Schäden der Bund nach den Bestimmungen des Amtshaftungsgesetzes haftet. Mit der genannten Novelle wurde in § 3 Abs 1 FMABG folgender zweiter Satz eingefügt: **„Schäden im Sinne dieser Bestimmung sind solche, die Rechtsträgern unmittelbar zugefügt wurden, die der Aufsicht nach diesem Bundesgesetz unterliegen."** Damit wurde der Kreis der amtshaftungsrechtlich geschützten Personen beschränkt bzw explizit festgelegt (1 Ob 117/14h). Nach den Gesetzesmaterialien (ErlRV 682 BlgNR 23. GP 6) sollten dadurch Schäden, die sich lediglich als Reflexwirkung des Aufsichtsverhaltens im Vermögen Dritter auswirken, von einer Ersatzpflicht ausgeschlossen werden.

[22] 3.2. Der Verfassungsgerichtshof führte in seinem Erkenntnis vom 16. 12. 2021 zu G 224/2021, in dem er die behauptete Verfassungswidrigkeit des § 3 Abs 1 Satz 2 FMABG prüfte und verneinte, unter anderem Folgendes aus:

„[64] Der angefochtene § 3 Abs 1 zweiter Satz FMABG enthält eine (Legal-)Definition des Schadens, der iSd Art 23 B-VG (und des ersten Satzes des § 3 Abs 1 FMABG) ersetzt werden soll. Konkret handelt es sich um Schäden, die Rechtsträgern unmittelbar zugefügt wurden, die der Aufsicht nach diesem Bundesgesetz unterliegen. Durch diese Bestimmung kommt es zu einer Haftungseinschränkung durch die Definition des ersatzfähigen Schadens der aktivlegitimierten Rechtsträger (vgl OGH 22. 6. 2012, 1 Ob 186/11a). Nicht aktivlegitimiert sind demgegenüber insbesondere die Vertragspartner der beaufsichtigten Rechtsträger, etwa die einzelnen An- und Einleger oder sonstige Gläubiger. […]

[78] Ungeachtet der gesetzestechnischen Ausgestaltung der angefochtenen Bestimmung gibt es keinen Zweifel, dass der Gesetzgeber mit § 3 Abs 1 zweiter Satz FMABG der Sache nach eine Regelung des Rechtswidrigkeitszusammenhangs bzw des Schutzzweckes der Bestimmungen hinsichtlich der (Banken-)Aufsicht durch die FMA vorgenommen hat. Demnach soll der Schadenersatz nur den unmittelbar geschädigten Rechtsträgern, die der Aufsicht der FMA unterliegen, zustehen. Ausgeschlossen sind demgegenüber Ersatzansprüche von Dritten (insbesondere von Einlegern und sonstigen Gläubigern), die durch einen Aufsichtsfehler bei der Vollziehung der in § 2 FMABG genannten Gesetze durch die FMA geschädigt werden. […]

[82] Nach Auffassung des Verfassungsgerichtshofes ist dem Gesetzgeber – auch vor dem Hintergrund der seit jeher umstrittenen Frage nach dem Rechtswidrigkeitszusammenhang bzw dem Schutzzweck des finanzmarktrechtlichen Aufsichtsrechtes – nicht entgegenzutreten, wenn er nun in § 3 Abs 1 zweiter Satz FMABG klarstellt, dass nur die aufsichtsunterworfenen Rechtsträger (nach Maßgabe der in dieser Bestimmung und in den allgemeinen Bestimmungen des Amtshaftungsgesetzes normierten Voraussetzungen) einen Amtshaftungsanspruch gegen den Bund im Fall einer fehlerhaften Aufsicht durch die FMA haben sollen. Der Gesetzgeber hat somit mit der angefochtenen Bestimmung unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass die nationalen und unionsrechtlichen bank- und auch sonstigen finanzmarktaufsichtsrechtlichen Regelungen das Ziel eines reibungslosen Funktionierens des Banken- und sonstigen Finanzsektors als eines für die Volkswirtschaft wesentlichen Wirtschaftsbereiches verfolgen. Das Bank- und sonstige Finanzmarktaufsichtsrecht dient damit im Ergebnis auch dem Gläubigerschutz. Dabei handelt es sich aber um den Schutz der Gläubiger (An- und Einleger) in ihrer Gesamtheit; es geht sohin um den abstrakten oder institutionellen Gläubigerschutz. Dieser (Gläubiger-)Schutz ist ein

Teilelement des Funktionsschutzes, den das Bank- und sonstige Finanzmarktaufsichtsrecht als wesentliches Ziel verfolgt. Die An- und Einleger sollen in ihrer Gesamtheit Vertrauen in das ordnungsgemäße Funktionieren des Finanzmarktes haben. Dem bank- und sonstigen finanzmarktaufsichtsrechtlichen Regelungsregime liegt also nicht das Konzept zugrunde, einzelne An- und Einleger im Wege der Amtshaftung schadenersatzrechtlich vor Aufsichtsfehlern zu schützen. [...]

[83] Die angefochtene Bestimmung des § 3 Abs 1 zweiter Satz FMABG schließt nicht die Amtshaftung des Bundes für rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten der Organe der FMA in Vollziehung der in § 2 Abs 2 bis Abs 4 FMABG genannten Gesetze schlechthin aus, sondern begrenzt sie – im Hinblick auf den vom bankaufsichtsrechtlichen Regelungsregime verfolgten Funktionsschutz und das Ziel eines (bloß) abstrakten Gläubigerschutzes – auf unmittelbare Schäden der beaufsichtigten Rechtsträger. Ein verfassungsrechtliches Gebot der Amtshaftung auch für mittelbare Vermögensschäden von An- und Einlegern von Kredit- und Finanzinstituten lässt sich […] aus der Wortfolge „wem immer“ in Art 23 Abs 1 B-VG nicht folgern. Ausweislich der Materialien sollte durch die Formulierung „wem immer“ in Art 23 Abs 1 B-VG lediglich klargestellt werden, dass Amtshaftung nicht nur dann stattfindet, wenn subjektiv-öffentliche Rechte des Betroffenen verletzt wurden (AB 514 BlgNR 5. GP, 2). Die Wortfolge findet sich auch in der – zeitgleich mit Art 23 B-VG (idF BGBl 19/1949) erlassenen – Bestimmung des § 1 Abs 1 AHG, wonach die dort genannten Rechtsträger für den Schaden haften, den die als ihre Organe handelnden Personen „wem immer“ schuldhaft zugefügt haben. Auf Grund des § 3 Abs 1 zweiter Satz FMABG bleiben nun als einzige Anspruchsberechtigte die durch die FMA beaufsichtigten Institute.

[…]“

[23] 3.3. Ausgehend von diesen – hier auszugsweise wiedergegebenen – Erwägungen des Verfassungsgerichtshofs zur Beschränkung der Amtshaftung in § 3 Abs 1 Satz 2 FMABG auf Schäden von der Aufsicht nach diesem Gesetz unterliegenden Rechtsträgern, denen sich der erkennende Senat anschließt, gingen die Vorinstanzen zu Recht davon aus, dass die Klägerin als geschädigte Gläubigerin (Einlegerin) der Bank ihren Amtshaftungsanspruch nicht auf ein behauptetes Fehlverhalten der FMA bei der bankaufsichtsrechtlichen Kontrolle des Geschäftsbetriebs dieser Bank stützen kann. Die gegenteilige Argumentation der Revisionswerberin, wonach § 3 Abs 1 Satz 2 FMABG nur vorsehe, dass Schäden der beaufsichtigten Rechtsträger jedenfalls zu ersetzen seien, Ansprüche geschädigter Bankkunden aber nicht ausgeschlossen werden sollten, überzeugt nicht und steht ebenso im Widerspruch zu den Ausführungen des Verfassungsgerichtshofs wie die Behauptung, die genannte Bestimmung enthalte nur eine „Schadensdefinition“ und keine Beschränkung des Schutzzwecks der Normen über die Bankenaufsicht. Auf eine vorsätzliche Schädigung durch Organe der FMA hat sich die Klägerin in erster Instanz nicht berufen, ihr diesbezügliches Revisionsvorbringen verstößt daher gegen das Neuerungsverbot.

[24] 3.4. Dass § 3 Abs 1 Satz 2 FMABG Amtshaftungsansprüche geschädigter Bankkunden ausschließt, weil von diesen aufgrund einer fehlerhaften Bankaufsicht erlittene (bloße) Vermögensschäden nicht vom Schutzzweck des Bankenaufsichtsrechts umfasst sind, entspricht auch der überwiegenden Ansicht in der Literatur. So geht etwa Mader (in Gruber/N. Raschauer, WAG Kommentar [2010], § 3 FMABG Rz 14) davon aus, dass der Schutzbereich der Bankaufsichtsregeln aufgrund des durch BGBl I 2008/136 neu eingefügten Abs 1 Satz 2 in § 3 FMABG nur mehr die von der Bankenaufsicht erfassten (beaufsichtigen) Rechtsträger selbst

erfasse (vgl auch derselbe in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar4, zu § 1 AHG Rz 62). Rabl/Herndl (Amtshaftung wegen fehlerhafter Bankenaufsicht im Lichte des § 3 Abs 1 Satz 2 FMABG, ÖBA 2022, 99) sehen den Wortlaut des § 3 Abs 1 Satz 2 FMABG zwar als mehrdeutig an, in Kombination mit den Gesetzesmaterialien ergebe sich aber, dass der Ersatz von Schäden anderer Personen als den beaufsichtigten Rechtsträgern ausgeschlossen sei (vgl auch A. Rabl, Beschränkung der Haftung der FMA verfassungsrechtlich zulässig? ZFR 2009, 186). Schmid (Die Beschränkung der Amtshaftung gemäß § 3 Abs 1 Satz 2 FMABG, wbl 2021, 549 [551]) geht davon aus, dass die genannte Bestimmung Amtshaftungsansprüche „sonstiger betroffener Akteure" – insbesondere von Bankgläubigern – ausschließe. Schöller (Ausgewählte Fragen der Amtshaftung für mangelhafte Bankenaufsicht, ÖBA 2019, 886 [insb 893 f]) vertritt zwar, dass das FMABG zu Schäden im Vermögen Dritter schweige, nimmt aber im Ergebnis ebenfalls an, dass der Schutzzweck der Bankenaufsichtsgesetze regelmäßig nicht den Schaden des einzelnen Geschädigten erfasse. Gegen eine Einbeziehung des einzelnen Gläubigers in den Schutzbereich der Bankenaufsicht spricht sich auch Rebhahn (Zur Haftung des Staates für Aufsicht und Intervention bei Banken – Ein Überblick aus Anlass von HBI und HETA, ÖZW 2017, 2 [insb 6] aus; aA N. Raschauer, Gedanken zur Haftung für unzureichende Bankenaufsicht anhand von § 3 Abs 1 des österreichischen Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz [FMABG], WM 2021, 613 [617 ff]).

[25] 3.5. Unionsrechtliche Bedenken gegen § 3 Abs 1 Satz 2 FMABG bestehen nicht.

[26] Schon die ältere Literatur nahm überwiegend an, dass es aus unionsrechtlicher Sicht nicht geboten sei, Bankgläubigern bei Verletzung von Aufsichtspflichten Amtshaftungsansprüche zuzubilligen (vgl etwa Karner, Grenzen der Amtshaftung bei mangelhafter Bankaufsicht, ÖBA 2007, 794; Rebhahn, Amtshaftung für „Bankprüfer" – Wohltat oder Irrweg? ÖBA 2004, 267 [272]). Stern (Unionsrechtliche Ziele und Instrumente der Bankenaufsicht, ZFR 2021/205 [insb 456]) betonte jüngst, dass die unionsrechtlichen Zielsetzungen des europäischen Bankenaufsichtsrechts zwar vielseitig und weit gefasst seien und jedenfalls den Funktionsschutz der Finanzmärkte, den kollektiven Gläubigerschutz sowie den Schutz der Steuerzahler umfassten. Bei Würdigung des Instrumentariums, das sich aus ordentlicher Bankenaufsicht, Abwicklungsregime und Einlagensicherung ergebe, werde jedoch klar, dass die Mittel der europäischen Bankenaufsicht auf spezifische Mechanismen fokussierten und damit (sachgerecht) beschränkt seien und keine Verbraucherschutzinstrumente „oder andere Serviceleistungen" zugunsten einzelner Gläubiger inkludierten. Die Instrumente der Bankenaufsicht seien nicht derart „kalibriert", die Gläubiger als „Individuen" zu schützen.

[27] In seiner zu C-222/02 (Paul) ergangenen Entscheidung vom 12. 10. 2004 hatte der EuGH die Unionsrechtskonformität des § 6 Abs 4 des deutschen Gesetzes über das Kreditwesen („KWG") in der Fassung BGBl I S 2776 zu beurteilen. Diese Bestimmung lautete wie folgt: „Das Bundesaufsichtsamt nimmt die ihm nach diesem Gesetz und nach anderen Gesetzen zugewiesenen Aufgaben nur im öffentlichen Interesse wahr" (vgl nunmehr § 4 Abs 4 des Gesetzes über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht). Der deutsche Bundesgerichtshof sah es als vorlegendes Gericht als fraglich an, ob eine Vorschrift wie § 6 Abs 4 KWG aus europarechtlicher Sicht die Amtshaftung des Bundesaufsichtsamts beschränken könne.

[28] Der EuGH hielt fest, dass im deutschen Recht sowie in einer Reihe anderer Mitgliedstaaten ausgeschlossen sei, dass die nationalen Behörden zur Aufsicht über die Kreditinstitute im Fall einer unzureichenden Aufsicht gegenüber dem Einzelnen hafteten (EuGH aaO Rn 44). Die ihm vorgelegten Fragen zur unionsrechtlichen Zulässigkeit der Einschränkung der Haftung des deutschen Bundesaufsichtsamts beantwortete er dahin, dass, wenn die in der Richtlinie 94/19/EG

vorgesehene Entschädigung der Einleger gewährleistet sei, Art 3 Abs 2 bis 5 dieser Richtlinie [Anmerkung: wonach die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten dafür zu sorgen haben, dass die Kreditinstitute ihren Verpflichtungen als Mitglieder des Einlagensicherungssystems nachkommen] einer nationalen Vorschrift nicht entgegenstünden, nach der die nationale Behörde zur Aufsicht über die Kreditinstitute ihre Aufgaben nur im öffentlichen Interesse wahrnehme, was nach dem nationalen Recht ausschließe, dass der Einzelne Ersatz des Schadens verlangen könne, der durch eine unzureichende Aufsicht dieser Behörde entstanden sei (EuGH aaO Rn 32). Auch die Richtlinie 77/780/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, die Richtlinie 89/299/EWG über die Eigenmittel von Kreditinstituten sowie die Zweite Richtlinie 89/646/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute und zur Änderung der Richtlinie 77/780/EWG stünden einer nationalen Vorschrift nicht entgegen, nach der die nationale Behörde zur Aufsicht über die Kreditinstitute ihre Aufgaben nur im öffentlichen Interesse wahrnimmt (EuGH aaO Rn 47). Eine Koordinierung der nationalen Vorschriften über die Haftung der nationalen Behörden gegenüber Einlegern im Fall einer unzureichenden Aufsicht sei nicht erforderlich (vgl Rn 43).

[29] Diese Rechtsansicht wurde vom EuGH in seiner zu C-501/18 ergangenen Entscheidung vom 25. 3. 2021 (Balgarska Narodna Banka) bestätigt (vgl dort die Ausführungen zur Vorlagefrage 3b, insbesondere in Rn 57 ff).

[30] Dass sich die europarechtlichen Rahmenbedingungen seitdem maßgeblich geändert hätten, zeigt die Revisionswerberin nicht auf. Ihre Hinweise auf die Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG (dort die Erwägungsgründe 47, 91 sowie Art 45), auf die Verordnung (EU) Nr 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2014/49/EU (dort die Erwägungsgründe 7, 37 und 76) sowie auf die Richtlinie 2014/49/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Einlagensicherungssysteme (dort Erwägungsgrund 3) lassen nicht erkennen, dass der europäische Gesetzgeber mit der jeweiligen Neuregelung eine zwingende Haftung der nationalen Aufsichtsbehörden oder des Staats gegenüber geschädigten An- und Einlegern im Fall einer unzureichenden Aufsicht vorsehen wollte. Auch Art 169 AEUV kann dies nicht entnommen werden. In erster Instanz ging die Klägerin im Übrigen selbst davon aus, dass das Europarecht eine Amtshaftung für eine mangelhafte Bankaufsicht nicht zwingend erfordere, die Zulässigkeit des „Ausschlusses“ der Amtshaftungsansprüche in § 3 Abs 1 Satz 2 FMABG keine Frage des Unionsrechts, sondern ausschließlich einer Frage des nationalen Verfassungsrechts sei und das europäische Bankenaufsichtsregime keine Bestimmungen über Amtshaftungsansprüche infolge mangelhafter Bankenaufsicht enthalte.

[31] Die von der Revisionswerberin behauptete „Staatshaftung“ wegen einer Verletzung von Bestimmungen des Unionsrechts würde im Übrigen voraussetzen, dass (unionsrechtliche) Rechtsnormen, gegen die verstoßen wurde, bezweckten, dem einzelnen Rechte zu verleihen, dass der Verstoß außerdem hinreichend qualifiziert wäre und dass zwischen dem entstandenen Schaden und dem vom Mitgliedstaat zu vertretenden Verstoß ein Kausalzusammenhang bestünde (vgl RS0113922; 1 Ob 215/16y mwN zur Rechtsprechung des EuGH). Hier fehlt es schon an einer

konkreten europarechtlichen Norm, aus welcher sich die von der Klägerin behaupteten (Ersatz-)Ansprüche ergäben.

[32] Zusammengefasst ist eine Unionsrechtswidrigkeit des § 3 Abs 1 Satz 2 FMABG nicht erkennbar. Die Anregung der Beklagten, ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art 267 AEUV einzuleiten, ist angesichts der ohnehin vorliegenden Rechtsprechung zu dieser Frage nicht aufzugreifen.

4. Zur Haftung für die OeNB:

[33] 4.1. Die Klägerin leitet die Amtshaftung der Beklagten auch aus einem rechtlich unvertretbaren Verhalten von Mitarbeitern der OeNB im Rahmen der Bankenaufsicht ab. Voraussetzung für einen solchen Amtshaftungsanspruch wäre wieder, dass die Bestimmungen über die Bankenaufsicht als Schutzgesetze anzusehen wären, die (auch) das Vermögen jener Personen schützen sollen, die mit dem der Bankenaufsicht unterliegenden Kreditinstitut bloß in einer schuldrechtlichen Beziehung stehen. Dies kann nach den überzeugenden Erwägungen des Verfassungsgerichtshofs zu G 224/2021 aber nicht angenommen werden, bezweckt das Bankenaufsichtsrecht demnach (seit der Novellierung des § 3 Abs 1 FMABG durch BGBl I 136/2008) doch gerade keinen schadenersatzrechtlichen Schutz einzelner Gläubiger. Dies muss aber unabhängig davon gelten, welche konkreten Organe im Rahmen der Bankenaufsicht tätig wurden. Da es nicht nachvollziehbar wäre, wenn die Haftung nur bei einer mangelhaften Aufsicht durch die FMA, nicht hingegen auch im Fall eines fehlerhaften Aufsichtsverhaltens der (von ihr beigezogenen) OeNB eingeschränkt wäre, ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber des § 3 Abs 1 Satz 2 FMABG idF BGBl I 136/2008 die Haftung für die Bankenaufsicht insgesamt beschränken wollte (idS auch Fister, Grundfragen des § 3 Abs 1 Satz 2 FMABG und seine Wirkungen für die OeNB, ÖBA 2021, 849 [855]).

[34] 4.2. Der Verfassungsgerichtshofs legte in seinem genannten Erkenntnis auch dar, dass die OeNB, soweit ihr im Rahmen der Bankenaufsicht überhaupt Befugnisse zukommen, nur als Hilfsorgan der FMA tätig wird und ihr insoweit keine behördliche Funktion zukommt. Sämtliche Handlungen der OeNB im Bereich der Bankenaufsicht sind demnach der FMA zuzurechnen, was nach Auffassung des VfGH auch dann gilt, wenn die OeNB ohne Auftrag der FMA tätig wurde [Rz 110]. Eine Haftung der FMA für Schäden von Kunden (Gläubigern) jener Rechtsträger, die der Aufsicht nach dem FMABG unterliegen, ist in § 3 Abs 1 Satz 2 FMABG aber gerade ausgeschlossen.

[35] 4.3. Dass die OeNB organisatorisch dem Bund zuzurechnen ist, vermag dessen Haftung entgegen der Ansicht der Revisionswerberin nicht zu begründen, weil § 1 Abs 3 AHG nur eine Mithaftung des in organisatorischer Hinsicht zuständigen Rechtsträgers für eine materiell fremde Schuld – nämlich des funktionell zuständigen Rechtsträgers – vorsieht (vgl 1 Ob 8/02m). Eine solche besteht hier aber gerade nicht (oben Punkt 3).

[36] Die Revisionsausführungen zum Schutzzweck des BWG gehen schon im Hinblick auf § 3 Abs 1 Satz 2 FMABG, womit eine Einschränkung des Schutzzwecks der Bestimmungen über die Bankenaufsicht erfolgte, ins Leere. Dem Argument der Klägerin, die OeNB habe im Rahmen der Einzelbankenanalyse gemäß § 79 Abs 4a BWG sowie ihren Vor-Ort-Prüfungen gemäß § 70 Abs 1 Z 3 und § 70a Abs 2 BWG ohne Prüfauftrag der FMA gehandelt bzw hätte im Rahmen dieser Aufgaben ohne einen solchen Auftrag tätig werden müssen, ist entgegenzuhalten, dass die OeNB nach der genannten Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs im Bereich der Bankenaufsicht ausschließlich als Hilfsorgan der FMA handelt; dies auch dann, wenn sie ohne Auftrag der FMA

tätig wird. Warum dies auf die von der Revisionswerberin genannten Aufgaben nicht zutreffen sollte, ist schon deshalb nicht ersichtlich, weil sich aus der Verfassungsbestimmung des § 1 Abs 1 FMABG ergibt, dass die Zuständigkeit für die (behördliche) Bankenaufsicht allein bei der FMA liegt, was nach Fister (ÖBA 2021, 849 [854 f]) insbesondere auch für die „Einzelbankenanalyse“ nach § 79 Abs 4a BWG gilt. Zu 1 Ob 39/15i wies der Oberste Gerichtshof im Übrigen darauf hin, dass die OeNB zwar sämtliche Vor-Ort-Prüfungen, Gutachten und Analysen durchzuführen habe, das behördliche Verfahren und die Entscheidungskompetenz aber bei der FMA verbleibe.

[37] Auf die Ausführungen zum behaupteten rechtswidrigen Verhalten von Mitarbeitern der OeNB sowie zu dessen Kausalität für den Schaden der Klägerin muss daher mangels Rechtswidrigkeitszusammenhangs nicht eingegangen werden. Die behaupteten Feststellungsmängel liegen nicht vor, weil der Klage schon ausgehend von den Klagebehauptungen keine Berechtigung zukommt.

5. Zur Haftung für den „Revisionsverband“:

[38] 5.1. Die Klägerin stützt ihren Amtshaftungsanspruch auch auf ein behauptetes Fehlverhalten des „Revisionsverbands des Amtes der Burgenländischen Landesregierung“, welches dem Bund zuzurechnen sei, weil Angelegenheiten des Genossenschaftswesens in dessen Vollzugsbereich fielen. Sie begründete die Amtshaftung einerseits damit, dass der „Revisionsverband“ nach den Bestimmungen des GenRevG 1997 – aufgrund der genossenschaftlichen Organisation ihrer Hauptgesellschafterin auch für die Bank – eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zur Revisorin (und Bankprüferin) bestellt habe, die dafür ungeeignet gewesen sei und nicht bestellt werden hätte dürfen; einem geeigneten Revisor wären die „Malversationen“ innerhalb der Bank aufgefallen. Andererseits hafte der „Revisionsverband“ (und für diesen der Bund) als Ausfallsbürge auch für Ersatzansprüche gegen den Revisor wegen Pflichtverletzungen bei der genossenschaftlichen Revision sowie der Bankprüfung.

[39] 5.2. Das Tätigwerden einer Landesregierung als „Revisionsverband“ kann nur historisch erklärt werden.

[40] § 14 des Gesetzes betreffend die Revision der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und anderer Vereine (RGBl Nr 133/1903) hatte es Genossenschaften ermöglicht, sich der Revision durch den „Landesausschuss“ zu unterwerfen, „falls und insolange der Ausschuss dieses Recht für sich beansprucht“. Beim Landesausschuss handelte es sich um ein Organ der autonomen Landesverwaltung, dem – als Vorgänger der Landesregierungen nach dem B-VG – im Wesentlichen die Verwaltung des Landesvermögens, die Wohlfahrtspflege und die Gemeindeaufsicht oblag (vgl Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte [Hrsg], Rechts- und Verfassungsgeschichte5 [2018] Rz 1688). In weiterer Folge war die Übernahme der Revision durch eine Landesregierung auch in § 1 Abs 1 der Genossenschaftsnovelle 1934 (BGBl II Nr 195/1934) als Alternative zur Revision durch einen Verband angeführt.

[41] Demgegenüber sieht das nunmehr geltende GenRevG 1997 an sich nur mehr die Revision durch Revisionsverbände vor. Die Übergangsbestimmung des Art V § 3 GenRevG 1997 („Revision durch die Landesregierung und andere Einrichtungen“) ordnet jedoch an, dass den nach diesen (früheren) Gesetzen für die Revision einer Genossenschaft zuständigen „Einrichtungen“ (also gegebenenfalls auch den Landesregierungen) die Rechte und Pflichten eines Revisionsverbands gemäß den Bestimmungen des GenRevG 1997 zukommen, wenn sie im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes ihre Revisionsbefugnis zumindest ein Jahr lang tatsächlich in Anspruch genommen haben. Dies trifft auf die Burgenländische Landesregierung – hinsichtlich

der Revision der Bank und ihrer genossenschaftlich organisierten Hauptgesellschafterin – unstrittig zu (vgl auch Rohregger/Kretz, Wirecard, Commerzialbank & Co: Eine [wirtschaftsstraf-]rechtliche Prüfung der Prüfer, in Lewisch [Hrsg], Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit [2020] 95 [104]).

[42] 5.3. Die Prüfung einer Genossenschaft hat grundsätzlich durch einen vom Revisionsverband bestellten Revisor zu erfolgen. Prüfgegenstand sind Rechtmäßigkeit, Ordnungsmäßigkeit und Zweckmäßigkeit der Einrichtungen der Genossenschaft, ihrer Rechnungslegung und ihrer Geschäftsführung, insbesondere die Erfüllung des Förderungsauftrags und die Wirtschaftlichkeit, sowie die Zweckmäßigkeit, Stand und Entwicklung ihrer Vermögens-, Finanz- und Ertragslage. Gemäß § 1 Abs 2 GenRevG 1997 hat sich die Revision auch auf Unternehmen zu erstrecken, die unter der einheitlichen Leitung einer Genossenschaft (Mutterunternehmen) mit Sitz im Inland stehen oder bei denen der Genossenschaft die Rechte nach § 244 Abs 2 UGB zustehen. Bei Kreditinstituten in der Rechtsform einer Genossenschaft sowie bei Aktiengesellschaften, in die der Bankbetrieb oder der bankgeschäftliche Teilbetrieb einer Genossenschaft gemäß § 92 Abs 7 BWG eingebracht wurde – wovon die Klägerin ausgeht – hat das nach den genossenschaftsrechtlichen Regeln bestellte Prüfungsorgan gemäß § 60 Abs 2 BWG auch die Aufgaben des Bankprüfers wahrzunehmen (vgl Plattner, Cooperative Governance – Kreditgenossenschaften und Revision [2010] 120; Steinböck in Dellinger, Bankwesengesetz [2020] § 60 BWG Rz 3; Chini in Oppitz/Chini, Bankwesengesetz² [2021] § 60 BWG Rz 4).

[43] Verletzt ein Revisor seine Pflicht zur gewissenhaften und unparteiischen Revision, ist er gemäß § 10 Abs 2 GenRevG 1997 der Genossenschaft und, wenn ein Unternehmen im Sinne des § 1 Abs 2 GenRevG 1997 geschädigt worden ist, auch diesem zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet. Für Ersatzansprüche gegen einen Revisor aus der Revision, der Abschlussprüfung (§ 275 Abs 2 UGB) und der Bankprüfung haftet der Revisionsverband gemäß § 10 Abs 3 GenRevG 1997 als Ausfallsbürge. Darüber hinaus haftet er auch direkt aus der Verletzung ihn selbst treffender Pflichten (Abs 3 leg cit letzter Satz).

[44] 5.4. Die Klägerin leitet ihren Amtshaftungsanspruch einerseits daraus ab, dass die Beklagte als (funktionelle) Rechtsträgerin des Revisionsverbands als Ausfallsbürgin für eine mangelhafte Prüfung des Geschäftsbetriebs der Bank durch die zum Revisor bestellte Wirtschaftsprüfungsgesellschaft hafte. Sie behauptet aber nicht, dass sie diese Gesellschaft erfolglos in Anspruch genommen hätte oder deren Hauptschuld jedenfalls uneinbringlich wäre (vgl RS0120351). Ein auf die Ausfallsbürgschaft des Revisionsverbands gestützter Anspruch scheitert daher – auf Basis des Vorbringens der Klägerin – schon aus diesem Grund.

[45] 5.5. Damit verbleibt als möglicherweise anspruchsbegründender Sachverhalt die Bestellung des Revisors. Ein Revisionsverband haftet insofern für Sorgfalt bei der Auswahl (Perkounigg/Kessler in Dellinger [Hrsg], Kommentar zum Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen² [2014] § 2 GenRevG Rz 1: „culpa in eligendo“). Amtshaftung könnte ein diesbezügliches Verschulden aber nur begründen, wenn die Bestellung des Revisors – allgemein oder auch nur im hier vorliegenden Fall der Bestellung durch eine Landesregierung – in Vollziehung der Gesetze erfolgte und daher hoheitliches Handeln wäre.

[46] (a) Für ein hoheitliches Handeln ist kennzeichnend, dass die öffentliche Gewalt dem Staatsbürger mit Befehls- und Zwangsgewalt („Imperium“) ausgestattet gegenübertritt (vgl RS0049876 [T1]). Daneben kann der Staat auch als Träger von Privatrechten in Erscheinung treten, wobei sich seine nichthoheitlichen Tätigkeiten dabei nicht auf die Verfolgung

privatwirtschaftlicher (Unternehmens-)Ziele beschränken, sondern auch der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen können (vgl 1 Ob 201/16i; 1 Ob 132/19x). Ein hoheitliches Vorgehen ist nur dann zulässig, wenn dazu vom Gesetz die Befugnis in deutlich erkennbarer Weise eingeräumt wurde (RS0050117 [T1]). Hat der Gesetzgeber einen Verwaltungsträger mit keinen Zwangsbefugnissen ausgestattet, liegt keine Hoheits-, sondern Privatwirtschaftsverwaltung vor (RS0049882 [T9]). Die Ausübung staatlicher Kontrolle und Aufsicht im privatwirtschaftlichen Bereich ist nicht per se Hoheitsverwaltung, vielmehr ist auch dabei auf die jeweiligen Regelungen und die dem Kontrollorgan „rechtstechnisch" eingeräumten Mittel abzustellen (1 Ob 170/17g mwN). Verbleiben Zweifel, ob ein bestimmter Verwaltungsakt im Bereich der Hoheitsverwaltung oder der Privatwirtschaftsverwaltung zu ergehen hat, ist letzteres anzunehmen (RS0050117).

[47] (b) Die Genossenschaftsrevision verfolgt in erster Linie einen gesellschaftsrechtlichen Prüfungsansatz. Sie dient primär der Sicherung der Interessen der Genossenschafter (VwGH Ro 2016/04/0048). Schon das Gesetz betreffend die Revision der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und anderer Vereine (RGBl Nr 133/1903) kannte keine direkte behördliche Kontrolle der Genossenschaften (vgl Gutknecht, Bemerkungen zum genossenschaftlichen Revisionssystem, in FS Wenger [1983] 383 [391]). Während in der Literatur zur Rechtslage vor dem GenRevG 1997 strittig war, ob der Revisionsverband – als beliehener Rechtsträger – auch staatliche Hoheitsaufgaben wahrzunehmen habe (vgl die Nachweise bei Gutknecht aaO 397), ergibt sich aus dem GenRevG 1997, dass diesem keine hoheitlichen Befugnisse zukommen. Weder der Umstand, dass die Anerkennung eines Revisionsverbands durch eine staatliche Stelle erfolgt (vgl § 23 Abs 1 GenRevG 1997), noch die hoheitliche „Überwachung" der Revisionsverbände (vgl § 20 Abs 3 GenRevG 1997) lassen auf eine hoheitliche Tätigkeit des Verbands selbst schließen (vgl bereits Gutknecht aaO 398 zur alten Rechtslage). Ebensowenig spricht es für einen hoheitlichen Charakter der vom Revisionsverband wahrzunehmenden Aufgaben, dass die Genossenschafts-

revision unter anderem auch im öffentlichen Interesse einer umfassenden Prüfung von Genossenschaften liegt (Gutknecht aaO 399). Für die Bestellung eines Revisors durch den Genossenschaftsverband sieht § 2 GenRevG 1997 ebensowenig eine öffentlich-rechtliche Handlungsform – insbesondere keine Bestellung durch Bescheid – vor, wie für die Prüfung des Berichts des Revisors durch den Revisionsverband (§ 5 Abs 4 GenRevG 1997). Auch § 11 GenRevG 1997, wonach bei Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Revisor oder dem Revisionsverband und der Genossenschaft (oder einem Unternehmen im Sinn des § 1 Abs 2 GenRevG 1997) das Gericht zu entscheiden hat, und § 12 GenRevG 1997, wonach dem Gericht die Befugnis zur Verhängung von Zwangsstrafen vorbehalten ist, deuten darauf hin, dass dem Revisionsverband insgesamt keine hoheitlichen Befugnisse zukommen.

[48] (c) Insgesamt ergibt sich aus der Gesamtheit der Reglungen über die Genossenschaftsrevision somit, dass den Revisionsverbänden, die gemäß § 19 Abs 1 GenRevG 1997 (wenn es sich um von der zuständigen staatlichen Stelle anerkannte Revisionsverbände handelt) als Vereine oder Genossenschaften (sohin als juristische Personen des Privatrechts) organisiert sein müssen, bei Erfüllung ihrer Aufgaben keine Hoheitsgewalt zukommt, was (e contrario) auch daraus geschlossen werden kann, dass gemäß § 23 Abs 2 GenRevG nur der Vereinigung österreichischer Revisionsverbände behördliche Aufgaben zukommen (nach Stehlik in Dellinger [Hrsg], Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen: Kommentar2 [2014] zu § 14 GenRevG Rz 1, hat diese auch zuvor den Revisionsverbänden obliegende hoheitliche Aufgaben übernommen). Aus deren Verhalten leitet die Klägerin ihren Amtshaftungsanspruch aber nicht ab.

[49] (d) Der Umstand, dass im konkreten Fall die Aufgaben des Revisionsverbands von einer Landesregierung wahrgenommen werden, kann ebenfalls keine Amtshaftung begründen.

[50] Den gemäß § 14 des Gesetzes betreffend die Revision der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und anderer Vereine (RGBl Nr 133/1903) sowie den gemäß § 1 Abs 3 und 4 der Genossenschaftsnovelle 1934 (BGBl 1934 II 195 idF BGBl Nr 386/1936) für die Revision bestimmter Genossenschaften zuständigen „Einrichtungen" kommen aufgrund von Art V § 3 Satz 1 GenRevG 1997 jeweils die Rechte und Pflichten eines Revisionsverbands gemäß den Bestimmungen des GenRevG 1997 zu, wenn sie – wie hier die Burgenländische Landesregierung – im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes ihre Revisionsbefugnis zumindest ein Jahr lang tatsächlich in Anspruch genommen haben. Die Frage, ob der Burgenländischen Landesregierung bei der Erfüllung ihrer Aufgaben als genossenschaftlicher Revisionsverband, insbesondere bei der Bestellung einer Wirtschaftsprüfungs-

gesellschaft zum genossenschaftlichen Revisor, hoheitliche Befugnisse zukamen, kann daher nach Inkrafttreten des GenRevG 1997 nicht anderes beurteilt werden, als hinsichtlich der von der „zuständigen Behörde" (gemäß § 23 Abs 3 GenRevG 1997 der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit) anerkannten und gemäß § 19 Abs 1 GenRevG 1997 in der Rechtsform einer Genossenschaft oder eines Vereins (sohin als juristische Person des Privatrechts) zu organisierenden Revisionsverbände.

[51] (e) Die Revisorenbestellung durch die Burgenländische Landesregierung beruhte somit auf keinem Hoheitsakt. Dies gesteht die Klägerin in ihrer Revision letztlich auch selbst zu, wenn sie behauptet, die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft sei vertraglich zum genossenschaftlichen Revisor und Bankprüfer bestellt worden. Soweit sie – dem widersprechend – argumentiert, das GenRevG enthalte keine Bestimmungen zur genossenschaftlichen Revision durch die Landesregierung, weshalb die Bestellung des Revisors durch diese nach § 14 des Gesetzes betreffend die Revision der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und anderer Vereine (RGBl Nr 133/1903) durch „Beschluss" (gemeint: hoheitlich) erfolgt sei, geht dies schon deshalb ins Leere, weil dieses Gesetz gemäß Art V § 12 Z 1 GenRevG 1997 mit Inkrafttreten des GenRevG 1997 aufgehoben wurde.

[52] (f) Amtshaftung der beklagten Partei kommt somit nicht in Betracht. Ob dem – von der Klägerin behaupteten – Vertrag, mit dem die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zur genossenschaftlichen Revisorin bestellt wurde, Schutzwirkungen zugunsten der Klägerin als Gläubigerin der geprüften Bank zukamen, muss nicht beurteilt werden, weil dies keine Amtshaftung des beklagten Rechtsträgers begründen könnte.

6. Zur Haftung für die Staatsanwaltschaft:

[53] 6.1. Die Klägerin stützt ihren Amtshaftungsanspruch auch darauf, dass Organe staatsanwaltschaftlicher Behörden (StA und WKStA) trotz ihnen bereits 2015 vorliegender Hinweise auf Straftaten von verantwortlichen Personen der Bank keinen Anfangsverdacht iSd § 1 Abs 3 StPO angenommen und es deshalb pflichtwidrig unterlassen hätten, gemäß § 2 Abs 1 StPO ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren einzuleiten.

[54] 6.2. § 2 Abs 1 StPO verpflichtet die Organe der Staatsanwaltschaft, jeden ihnen zur Kenntnis gelangten Anfangsverdacht einer Straftat (die nicht bloß auf Verlangen einer dazu berechtigten Person zu verfolgen ist) in einem Ermittlungsverfahren von Amts wegen aufzuklären. Liegen keine Anhaltspunkte vor, die annehmen lassen, dass eine Straftat begangen wurde, sieht das Gesetz keine Ermittlungshandlungen vor. In diesem Fall hat die Staatsanwaltschaft – sofern sie noch keine

Ermittlungshandlungen gesetzt hat – gemäß § 35c StAG von der Einleitung eines Strafverfahrens abzusehen (vgl Kirchbacher in Fabrizy/Kirchbacher, StPO14 [2020] § 1 Rz 8/2; Fellner/Nogratnig, RStDG, GOG und StAG II5.01 § 35c StAG Rz 2).

[55] 6.3. Die Strafverfahrensvorschriften dienen den Interessen der Gemeinschaft, der Öffentlichkeit und des Staats (Markel in Fuchs/Ratz, WK-StPO § 1 [Stand 1. 9. 2015] Rz 8). Ihr primärer Zweck liegt in der Verwirklichung des materiellen Strafrechts im Einzelfall mit der richtigen Bewertung von Tat und Täter zum Zweck der gerechten Bestimmung einer Sanktion oder einer anderen gesetzlich vorgesehenen Konsequenz (1 Ob 81/19x; vgl auch Markel aaO Rz 3). Nicht alle Bestimmungen der Strafprozessordnung dienen daher bei der maßgebenden teleologischen Betrachtungsweise auch dem Schutz des durch eine Straftat Geschädigten (RS0050078). Wie weit der Schutzzweck einer konkreten Bestimmung der StPO geht, ist jeweils nach dem Zweck der darin angeordneten Amtspflicht wertend zu beurteilen. Allein deshalb, weil eine dem öffentlichen Interesse dienende Amtshandlung mittelbar auch die Interessen eines Dritten berührt, ihm zugute kommt und damit als Reflexwirkung pflichtgemäßen Verhaltens einen Vorteil verschaffen kann, lässt sich noch nicht auf eine Rechtspflicht gerade einem solchen Dritten gegenüber schließen (vgl 1 Ob 143/07x mwN).

[56] 6.4. Zu 1 Ob 73/16s hatte der Fachsenat einen auf die Verletzung der Anzeigepflicht des § 84 StPO aF (nunmehr § 78 StPO) gestützten Amtshaftungsanspruch zu beurteilen.

[57] Dort leiteten die Kläger die Haftung des Bundes daraus ab, dass sie als Gläubiger einer einer behördlichen Aufsicht unterliegenden Kapitalgesellschaft dadurch einen Schaden erlitten hätten, dass betrügerische Handlungen der Organe dieser Gesellschaft von der Aufsichtsbehörde pflichtwidrig nicht angezeigt worden seien; in diesem Fall wären diese bekannt geworden, und eine Investition der Kläger in die Gesellschaft wäre unterblieben.

[58] Der Senat ging in dieser Entscheidung davon aus, dass Einflüsse des Ausgangs eines strafrechtlichen Verfahrens auf individuelle Interessenlagen nur als – die Amtspflicht des belangten Rechtsträgers nicht begründende – Reflexwirkungen pflichtgemäßen Verhaltens zu beurteilen seien und keinen Schluss auf eine Rechtspflicht gerade einem solchen Dritten gegenüber zuließen, wenn sich der konkrete Zweck einer Bestimmung der StPO nur auf Interessen der Allgemeinheit erstrecke. Das Recht des Staats auf Strafverfolgung (in einem bestimmten Fall) gemäß den prozessualen Bestimmungen sei nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zu den Amtsdelikten des StGB ein konkretes Recht zur Verwirklichung des staatlichen Strafanspruchs (vgl RS0096766; gegenteilig [nur] T4 = 13 Os 87/89). § 84 Abs 1 StPO aF sei Teil jener Normen des Verfahrensrechts, die der Verwirklichung dieses Strafanspruchs dienten. Die in dieser Bestimmung normierte Anzeigepflicht bezwecke primär die Durchsetzung des Strafverfolgungsinteresses des Staats und des Offizialprinzips. Hingegen verfolge § 84 StPO aF bei richtigem Verständnis nicht den Zweck, den Eintritt von nach dem Zeitpunkt der unterlassenen Strafanzeige eintretenden Vermögensschäden zu verhindern. Potentiell künftig am Vermögen Geschädigte seien vom Schutzzweck dieser Bestimmung nicht erfasst, weshalb kein Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen dem Unterlassen der Strafanzeige durch die Aufsichtsbehörde und den von den (dortigen) Klägern aus nachfolgenden Investitionen abgeleiteten Vermögensschäden bestehe. Als bloße Reflexwirkung pflichtgemäßen Verhaltens begründe der Umstand, dass die Kläger im Fall der Erstattung einer Strafanzeige keinen Schaden erlitten hätten, keine Amtshaftung.

[59] Diese Rechtsausführungen wurden vom Fachsenat in einer weiteren Entscheidung bestätigt (1 Ob 163/16a).

[60] 6.5. Gründe für ein Abgehen von der Rechtsprechung zeigt die Revision nicht auf. Davon ausgehend begegnet es aber keinen Bedenken, dass die Vorinstanzen den Zweck der Bestimmungen über die Einleitung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens (§ 2 Abs 1 StPO und § 35c StAG) nicht (auch) darin erblickten, künftige Gläubiger jener Bank, hinsichtlich deren verantwortlichen Personen die Organe der Staatsanwaltschaft die Einleitung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens – nach den Klagebehauptungen pflichtwidrig – unterließen, davor zu schützen, durch weitere Straftaten einen Vermögensschaden zu erleiden. Weder war zum Zeitpunkt der behaupteten Pflichtverletzung vorhersehbar, dass gerade die Klägerin als künftige Gläubigerin der Bank durch unentdeckt gebliebene Straftaten ihrer gesellschaftsrechtlichen Organe in Zukunft einen Schaden erleiden könnte, noch war der Kreis allfälliger künftiger Geschädigter zu diesem Zeitpunkt überhaupt absehbar.

[61] Dass der (nach den Klagebehauptungen) eingetretene Schaden der Klägerin durch die frühere Einleitung eines Ermittlungsverfahrens unter Umständen verhindert werden hätte können, vermag daher als bloße Reflexwirkung pflichtgemäßen Verhaltens keinen Amtshaftungsanspruch zu begründen.

[62] 6.6. Aus der von der Revisionswerberin ins Treffen geführten Entscheidung 1 Ob 81/19x lässt sich für ihren Standpunkt nichts ableiten, war doch dort die (vom Fachsenat verneinte) Frage zu beurteilen, ob die Pflicht der Polizei zur Durchführung von Erhebungen zu einem (Arbeits-)Unfall auch der Anspruchsdurchsetzung der durch den Unfall geschädigten Person diene. Auch die – in der Revision nicht näher genannten – „Opferschutzbestimmungen der StPO“ lassen keinen Rückschluss auf den Normzweck der § 2 Abs 1 StPO und § 35c StAG zu. Zwar gilt gemäß § 65 Z 1 lit c StPO als Opfer iSd StPO eine Person, die durch eine Straftat einen Schaden erlitten hat oder sonst in ihren strafrechtlich geschützten Rechtsgütern beeinträchtigt worden sein könnte. Dies setzt aber – wie sich aus dem Wortlaut dieser Bestimmung ergibt – einen bereits eingetretenen Schaden bzw eine solche Beeinträchtigung voraus. Der Schluss, dass die Pflicht zur Einleitung eines Strafverfahrens auch den Schutz von Personen bezwecke, denen – wie hier der Klägerin – allenfalls erst künftig ein Schaden aus einer strafbaren Handlung entstehen könnte, kann daraus nicht gezogen werden.

[63] Warum der Klägerin dadurch ein Schaden verursacht worden sein soll, dass das Unterbleiben der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gemäß § 35c StAG „formal“ unzulässig gewesen wäre, weil die Organe der Staatsanwaltschaft bereits Ermittlungsschritte gesetzt hätten (in diesem Fall käme eine Einstellung des Verfahrens nach § 190 StPO in Betracht), ist nicht ersichtlich. Auch die Relevanz der Revisionsausführungen zum unterbliebenen Bericht der Staatsanwaltschaft an den Rechtsschutzbeauftragten nach § 194 Abs 3 StPO erschließt sich nicht.

[64] 7. Aus diesen Gründen ist die angefochtene Entscheidung zu bestätigen. Die diese Entscheidung tragenden Erwägungen können wie folgt zusammengefasst werden:

[65] 7.1. Die Republik Österreich haftet nicht für Vermögensschäden geschädigter Bankkunden aufgrund einer fehlerhaften Bankaufsicht durch die FMA, weil solche Schäden gemäß § 3 Abs 1 Satz 2 FMABG nicht vom Schutzzweck des Bankenaufsichtsrechts umfasst sind. Unionsrechtliche Bedenken gegen diese Bestimmung bestehen nicht.

[66] 7.2. Der gesetzliche Ausschluss der Haftung für Vermögensschäden geschädigter Bankkunden aufgrund einer fehlerhaften Bankaufsicht nach § 3 Abs 1 Satz 2 FMABG gilt auch für Schäden, die aus einer Tätigkeit der OeNB im Rahmen der Bankenaufsicht abgeleitet werden. Ihre Handlungen im Bereich der Bankenaufsicht sind der FMA zuzurechnen.

[67] 7.3. Dem Revisionsverband kommen bei der Erfüllung seiner Aufgaben nach dem GenRevG 1997 keine hoheitlichen Befugnisse zu. Das Tätigwerden einer Landesregierung als Revisionsverband ist nur historisch zu erklären und ändert nichts daran, dass die Bestellung eines genossenschaftlichen Revisors durch diese nicht durch Hoheitsakt erfolgt. Eine Amtshaftung kann daher aus einem behaupteten Fehler bei der Auswahl des Revisors nicht abgeleitet werden.

[68] 7.4. Die Bestimmungen über die Einleitung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens sollen Gläubiger einer Bank nicht davor schützen, dass ihnen aufgrund der unterbliebenen Einleitung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens durch künftige Straftaten der Organe dieser Bank ein Vermögensschaden entsteht. Dass ein solcher Schaden durch die frühere Einleitung eines Ermittlungsverfahrens unter Umständen verhindert werden hätte können, kann als bloße Reflexwirkung pflichtgemäßen Verhaltens keinen Amtshaftungsanspruch begründen.

40. Zur Einlagensicherung iZm einer erhaltenen Abfertigung

6.10.2022, 1 Ob 241/21d

Sachverhalt

Die Beklagte ist die mit dem Bundesgesetz über die Einlagensicherung und Anlegerentschädigung bei Kreditinstituten (Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz – ESAEG, BGBl I Nr 117/2015) geschaffene Einrichtung zur Sicherung von Einlagen. Der Kläger war Kunde eines Kreditinstituts, über dessen Vermögen am 28. 7. 2020 das Insolvenzverfahren (Konkursverfahren) eröffnet wurde. Die Masseverwalterin beteiligt sich als Nebenintervenientin auf Seite der Beklagten am Verfahren.

Zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung hatte der Kläger bei diesem Kreditinstitut nachstehende Vermögenswerte:

Girokonto eins	Minussaldo: - 99,60 EUR
Girokonto zwei	Saldo: 130.286,66 EUR
Festgeldkonto Saldo:	433.048,08 EUR

Die Beklagte hat dem Kläger einen Betrag von 100.000 EUR im Rahmen der allgemeinen Einlagensicherung ersetzt.

Die beiden Girokonten dienten dem Kläger nicht der dauerhaften Veranlagung. Er nahm aber laufend Überweisungen vom Konto eins auf das Konto zwei oder umgekehrt vom Konto zwei auf das Konto eins vor (Switches und Reswitches). Aus Anlass der Beendigung seines Dienstverhältnisses erhielt er von seinem Arbeitgeber eine **Einmalzahlung von 115.965,80 EUR** netto, die dem Girokonto eins am 27. 9. 2019 gutgeschrieben wurde. Von diesem Betrag entfielen 102.245,50 EUR auf die Abfertigung des Klägers, der restliche Betrag deckte eine offene Gehaltsforderung ab. Am 30. 9. 2019 überwies der Kläger vom Konto eins 110.000 EUR auf das Konto zwei.

Nach dem Tod seiner Eltern im Jahr 2017 erbte der Kläger eine Liegenschaft mit einem darauf errichteten Wohnhaus, in dem er selbst bis in die 1990er Jahre gewohnt hatte. Nachdem er seinen Wohnsitz verlegt hatte, stand ihm für Besuche bei seinen Eltern in diesem Haus ein eigener Wohnbereich zur Verfügung. Bis zu deren Tod besuchte er seine Eltern einmal monatlich, fallweise auch einmal pro Woche. Er verkaufte diese Liegenschaft mit Vertrag vom 30. 1. 2018 und vereinbarte mit der Käuferin eine Ratenzahlung von monatlich 1.000 EUR wertgesichert. In der Zeit von August 2019 bis Juli 2020 leistete die Käuferin auf den Kaufpreis insgesamt 12.402 EUR, den sie auf das Girokonto eins des Klägers einzahlte.

Das Girokonto eins des Klägers wies im Zeitraum September 2019 bis zum Konkurs des Kreditinstituts zum Teil kurzfristig einen (geringfügig) negativen Kontosaldo auf. Das Girokonto zwei hatte in diesem Zeitraum stets einen positiven Saldo. Am 22. 6. 2020 wies dieses Konto ein Guthaben von 92.504,04 EUR auf, der Stand am Girokonto eins betrug an diesem Tag 1.224,24 EUR, insgesamt ergab das einen Betrag von 93.728,28 EUR. Danach war der Gesamtsaldo beider Konten wieder höher. Im Zeitraum September 2019 bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Kreditinstituts im Juli 2020 nahm der Kläger keine Überweisungen von den beiden Girokonten auf das Festgeldkonto vor. Die Zahlungsausgänge betrafen – abgesehen von Überweisungen zwischen den beiden Konten – die Erfüllung von Zahlungsverpflichtungen gegenüber Dritten.

Der Kläger begehrt 114.647,50 EUR samt 4 % Zinsen seit dem 14. 8. 2020. Gemäß § 12 ESAEG seien Einlagen über 100.000 EUR bis zu einer Höhe von 500.000 EUR gedeckt, wenn sie aus einer Immobilientransaktion im Zusammenhang mit privat genutzten Wohnimmobilien herrührten oder an bestimmte Lebensereignisse des Einlegers anknüpften, wie etwa einen Pensionsantritt oder eine Kündigung. **Solche Einlagen seien ersatzfähig, wenn der Sicherungsfall innerhalb von zwölf Monaten nach Gutschrift des Betrags eintrete.** Er habe aufgrund der Auflösung seines Arbeitsverhältnisses im September 2019 eine **Abfertigung von netto 102.245,50 EUR** erhalten, die seinem Konto am 27. 9. 2019 gut geschrieben worden sei. Aus der Veräußerung einer Liegenschaft, die auf ihn im Erbweg übergegangen sei, habe er in der Zeit von August 2019 bis Juli 2020 Teilzahlungen auf den **Kaufpreis von gesamt 12.402 EUR** erhalten, die ebenfalls seinem Konto gutgeschrieben worden seien. In beiden Fällen handle es sich um zeitlich begrenzt gedeckte Einlagen gemäß § 12 ESAEG. **Mit der Überweisung der Abfertigung auf sein zweites Girokonto bei dem insolventen Kreditinstitut habe er keine Veranlagungsentscheidung getroffen.** Die Beklagte habe seine Forderung vom 23. 7. 2020 abgelehnt.

Die Beklagte wendet ein, die erhöhte Sicherung für Einlagen im Sinn des § 12 ESAEG **komme nur so lange zum Tragen, als der Einleger darüber nicht disponiert habe.** Sobald der Einleger über den Betrag verfüge, habe er darüber disponiert und sich für eine bestimmte Veranlagungsform entschieden. Der Kläger habe mit der Übertragung des Guthabens aus der Beendigung des Dienstverhältnisses auf ein anderes Girokonto die erhöhte Sicherung verwirkt. Bei der vom Kläger veräußerten Liegenschaft handle es sich nicht um eine privat genutzte Wohnimmobilie im Sinn des § 12 ESAEG. Einlagen aus der Veräußerung einer Immobilie seien nur dann privilegiert, wenn es sich auch um den Wohnsitz des Einlegers gehandelt habe. Die veräußerte Liegenschaft habe nicht privaten Wohnzwecken des Klägers gedient. Der Kaufvertrag stamme aus Jänner 2018; durch die Vereinbarung von wertgesicherten Pauschalraten statt der Zahlung eines einmaligen Kaufpreises könne die Frist des § 12 ESAEG nicht umgangen werden. Nach § 14 Abs 2 Z 5 ESAEG sei die Sicherungseinrichtung berechtigt, die Erstattung von Einlagen, die nach § 12 ESAEG gesichert seien, bis zur rechtskräftigen Entscheidung durch ein Gericht aufzuschieben, weswegen dem Kläger keine Zinsen zustünden.

Die Nebenintervenientin schloss sich dem Vorbringen der Beklagten an.

Das Erstgericht verpflichtete die Beklagte zur Zahlung von 93.728,28 EUR und wies das Zahlungsmehrbegehren sowie das Zinsenbegehren ab.

Zwar entfalle der Sicherungszweck nach der Ratio des § 12 ESAEG, sobald eine Veranlagungsentscheidung getroffen worden sei. Der Kläger habe aber lediglich aus Gründen der Übersichtlichkeit an Stelle eines Kontos zwei Girokonten geführt und zwischen diesen Konten laufend Beträge hin- und her überwiesen. **De facto seien diese Konten daher als Einheit zu sehen, weswegen nicht davon ausgegangen werden könne, dass der Kläger durch die Verschiebung von Beträgen eine Veranlagungsentscheidung getroffen habe.** Werde die (privilegierte) Einmalleistung ganz oder teilweise verbraucht, gehe der Schutz des § 12 ESAEG aber verloren. Somit sei darauf abzustellen, ob bei Eintritt des Sicherungsfalls auf den Konten gemeinsam Geld in Höhe der besonders geschützten Einmalzahlung vorhanden gewesen sei. Da am 22. 6. 2020 auf beiden Girokonten zusammengerechnet nur ein Aktivsaldo von 93.728,28 EUR vorhanden gewesen sei, müsse davon ausgegangen werden, dass der übersteigende Betrag der Abfertigung vom Kläger bereits verbraucht worden und damit nicht mehr ersatzfähig sei. § 12 Z 1 lit a ESAEG solle verhindern, dass jemand den Kaufpreis für eine von ihm selbst bewohnte Liegenschaft verliere, bevor er ihn für den Ankauf einer anderen Immobilie verwenden könne.

Immobilientransaktionen jeglicher Art – nur weil die Immobilie irgendjemandem zu Wohnzwecken diene – seien dagegen nicht zu privilegieren. Ein Anspruch auf die Erstattung von Beträgen aus dem Verkauf der vom Kläger geerbten Liegenschaft scheide daher aus. Nach § 14 Abs 2 ESAEG dürfe die Sicherungseinrichtung (abweichend von § 13 Abs 1 ESAEG) die Erstattung dann aufschieben, wenn es sich um eine zeitlich begrenzt gedeckte Einlage gemäß § 12 ESAEG handle. Dies sei im Fall des § 14 Abs 2 Z 5 ESAEG bis zur Anerkennung des Anspruchs des Einlegers durch die Sicherheitseinrichtung oder bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung durch ein Gericht möglich. Dem Kläger stünden daher keine Verzugszinsen zu.

Das Berufungsgericht gab dem Rechtsmittel des Klägers teilweise Folge und sprach ihm den auf seine Abfertigung entfallenden Betrag zur Gänze zu; den Berufungen der Beklagten und der Nebenintervenientin gab es hingegen nicht Folge. Weiters sprach es aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei.

Das Berufungsgericht trat der Überlegung des Erstgerichts, dass der Schutz des § 12 ESAEG entfalle, sobald der Betrag verbraucht sei, grundsätzlich bei. Es komme aber nicht darauf an, auf welchem Konto die Einlage liege, solange der besonders geschützte Betrag des Einlegers bei dem jeweiligen Kreditinstitut vorhanden sei. Ab der Überweisung der Abfertigung bis zum Eintritt des Sicherungsfalls sei durchgehend ein Betrag in Höhe der vom Kläger erhaltenen Abfertigung auf seinen Konten beim Kreditinstitut vorhanden gewesen, weshalb ihm im Rahmen der Höherdeckung des § 12 ESAEG ein Betrag von 102.245,50 EUR zustehe. Im Übrigen teilte das Berufungsgericht die Rechtsansicht des Erstgerichts, dass die Teilzahlungen aus dem Verkauf des Elternhauses nicht unter die Höherdeckung gemäß § 12 Z 1 lit a ESAEG fielen und die Fälligkeit der Auszahlung mit Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung eintrete, weswegen dem Kläger keine Verzugszinsen gebührten. Die Revision sei zulässig, weil der Oberste Gerichtshof bisher noch keine Gelegenheit gehabt habe, zur Erstattung von gemäß § 12 ESAEG zeitlich begrenzt gedeckten Einlagen Stellung zu nehmen.

Gegen diese Entscheidung richten sich die Revisionen der Streitteile und der Nebenintervenientin. Der Kläger strebt den Zuspruch weiterer 12.402 EUR (Kaufpreisraten) und der begehrten Zinsen an, die Beklagte und die Nebenintervenientin beantragen die Abweisung des gesamten Begehrens.

Die Revisionen sind wegen des inhaltlichen Zusammenhangs gemeinsam zu behandeln. Sie sind aus dem vom Berufungsgericht angeführten Grund zulässig und jeweils teilweise berechtigt.

Der OGH gab den Revisionen teilweise Folge.

Rechtliche Beurteilung

Rechtliche Beurteilung

1. Mit der Richtlinie 2014/49/EU des Europäischen Parlaments und des Rats vom 16. April 2014 über Einlagensicherungssysteme hat der europäische Normengeber die Errichtung und die Funktionsweise von Einlagensicherungssystemen geregelt und die Verfahren dafür festgelegt. Die (harmonisierte) Deckungssumme sollte dabei so festgesetzt werden, dass im Interesse sowohl des Verbraucherschutzes als auch der Stabilität des Finanzsystems möglichst viele Einlagen erfasst werden (EG 21). Art 6 Abs 1 der Richtlinie legt dazu fest, dass die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass die Deckungssumme für die Gesamtheit der Einlagen desselben Einlegers 100.000 EUR beträgt.

Nach Absatz 2 dieser Bestimmung gewährleisten die Mitgliedstaaten, soweit hier relevant, zusätzlich zu Absatz 1, dass die folgenden Einlagen für eine Dauer von mindestens drei und höchstens zwölf Monaten nach Gutschrift des Betrags oder nach dem Zeitpunkt, ab dem diese Einlagen auf rechtlich zulässige Weise übertragen werden können, über den Betrag von 100.000 EUR hinaus geschützt sind:

> (a) Einlagen, die aus Immobilientransaktionen im Zusammenhang mit privat genutzten Wohnimmobilien resultieren.
>
> (b) Einlagen, die soziale, im einzelstaatlichen Recht vorgesehene Zwecke erfüllen und an bestimmte Lebensereignisse eines Einlegers geknüpft sind wie Heirat, Scheidung, Renteneintritt, Kündigung, Entlassung, Invalidität oder Tod.

2. In Österreich wurde diese Richtlinie mit dem Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz (ESAEG) umgesetzt, das in seinem zweiten Teil die Einlagensicherung und die Entschädigung der Einleger regelt.

Nach den Begriffsbestimmungen des § 7 Abs 1 ESAEG sind Einleger die Inhaber […] einer Einlage (Z 6); Einlagen sind (soweit hier von Interesse) Guthaben, die sich aus auf einem Konto verbliebenen Beträgen oder aus Zwischenpositionen im Rahmen von Bankgeschäften, der Erbringung von Zahlungsdiensten oder der Ausgabe von E-Geld ergeben und vom Kreditinstitut nach den geltenden gesetzlichen und vertraglichen Bestimmungen zurückzuzahlen sind, einschließlich Festgeldanlagen und Spareinlagen (Z 3b).

Durch die Einlagensicherung gedeckt sind Einlagen, wenn sie nach § 10 Abs 1 ESAEG erstattungsfähig sind (was hier zutrifft), bis zu einer Höhe von 100.000 EUR pro Einleger bei einem Mitgliedsinstitut sowie – hier relevant – die zeitlich begrenzt gedeckten Einlagen gemäß § 12 ESAEG (§ 7 Abs 1 Z 5 ESAEG).

3. Über den Betrag von 100.000 EUR hinaus sind Einlagen daher nur unter den Voraussetzungen des § 12 ESAEG geschützt. Danach sind Einlagen bis 500.000 EUR unter anderem gedeckt, wenn sie (soweit hier von Interesse)

> - aus Immobilientransaktionen im Zusammenhang mit privat genutzten Wohnimmobilien resultieren (§ 12 Z 1 lit a ESAEG), oder
>
> - gesetzlich vorgesehene soziale Zwecke erfüllen und an bestimmte Lebensereignisse des Einlegers, wie etwa Heirat, Scheidung, Pensionsantritt, Kündigung, Entlassung, Invalidität oder Tod anknüpfen (§ 12 Z 1 lit b ESAEG),
>
> - sofern der Sicherungsfall innerhalb von zwölf Monaten nach Gutschrift des Betrags oder nach dem Zeitpunkt, ab dem diese Einlagen auf rechtlich zulässige Weise übertragen werden können, eintritt (§ 12 Z 2 ESAEG).

4. Mit dieser Bestimmung wurde Art 6 Abs 2 der Richtlinie 2014/49/EU im nationalen Recht umgesetzt und die Höchstdeckungssumme im Hinblick auf die Entwicklung der Immobilienpreise insbesondere im städtischen Raum mit 500.000 EUR festgelegt (EB zur RV des ESAEG, 686 BlgNR 25. GP 7).

B. Zur Abfertigung

1. Strittig ist zunächst, in welchem Umfang die – zweifellos unter § 12 Z 1 lit b ESAEG (Art 6 Abs 2 lit b Richtlinie 2014/49/EU) fallende – Abfertigung zu einem Anspruch gegen die Beklagte führt. Dafür ist entscheidend, welche der drei Konten des Klägers in die Betrachtung einbezogen werden:

- Nach Auffassung der Beklagten ist allein auf jenes Konto abzustellen, auf das die Abfertigung eingezahlt wurde. Da dieses Konto bei Insolvenzeröffnung einen Negativsaldo aufwies, bestünde kein Anspruch.

- Das Erstgericht hielt jene beiden Konten für maßgebend, zwischen denen der Kläger nach der Einlage Überweisungen vorgenommen hatte. Da der niedrigste Gesamtsaldo dieser beiden Konten nach der Einlage 93.728,28 EUR betragen hatte, sprach es diesen Betrag zu.

- Das Berufungsgericht betrachtete alle drei Konten als Einheit und sprach dem Kläger daher, seinem Standpunkt folgend, die gesamte Abfertigung zu.

2. Nur die Ansicht des Erstgerichts wird Wortlaut und Zweck von § 12 Z 2 ESAEG und Art 6 Abs 2 Richtlinie 2014/49/EU gerecht:

2.1. Die Beklagte und die Nebenintervenientin vertreten (zusammengefasst) den Standpunkt, dass der Schutz nach diesen Bestimmungen verloren gegangen sei (und damit Einlagen nach den allgemeinen Grundsätzen nur bis 100.000 EUR gedeckt seien), weil der Kläger nach Erhalt der Abfertigung durch Überweisung von Konto eins auf Konto zwei darüber disponiert habe; der Schutz des § 12 ESAEG setze voraus, dass die privilegierten Gelder noch unterscheidbar auf jenem Konto vorhanden seien, auf das sie eingezahlt wurden.

2.2. Richtig ist, dass der Kläger nach den Feststellungen am 30. 9. 2019 einen Betrag, der die Abfertigung überstieg, von seinem Girokonto eins auf das Girokonto zwei überwiesen hat und dass es auch in der Folge zu Transaktionen zwischen diesen Konten kam. **Zutreffend hat dazu aber bereits das Berufungsgericht erkannt, dass weder § 12 ESAEG noch Art 6 der Richtlinie anordnet, dass Überweisungen zwischen Konten beim selben Kreditinstitut zum Ende der temporären Höherdeckung führen.**

2.3. Das ergibt sich auch aus Systematik und Zweck der Regelungen zur Einlagensicherung:

2.3.1. Kernaufgabe des Einlagensicherungssystems nach der Richtlinie 2014/49/EU ist der Schutz der Einleger vor den Folgen der Insolvenz eines Kreditinstituts (Entschädigungsfunktion „paybox“ [EG 14]). Die mit der Richtlinie harmonisierte Obergrenze von 100.000 EUR gilt grundsätzlich pro Einleger und nicht pro Einlage. Der Österreichische Gesetzgeber hat Art 6 Abs 1 der Richtlinie in § 7 Abs 1 Z 5 ESAEG um- und die Höhe der gedeckten Einlagen, der Richtlinie folgend, mit bis zu 100.000 EUR festgesetzt. Dazu halten die Materialien fest, dass diese Obergrenze unabhängig von der Anzahl, der Währung und der Belegenheit der Einlagen in der Union zum Tragen kommt (686 BlgNR 25. GP 6).

Das mit dem ESAEG umgesetzte System der Einlagensicherung stellt damit ganz grundsätzlich auf den Einleger und die ihm als dem Inhaber zugeordneten Einlagen ab. Dabei gilt die (allgemeine) Haftungsobergrenze von 100.000 EUR für die Gesamtheit der Einlagen eines Einlegers im Sinn des § 7 Abs 1 Z 3 ESAEG. Die Anzahl der Einlagen bleibt damit ohne Einfluss auf den Haftungshöchstbetrag. **Dem Zweck des Einlagensicherungssystems entspricht es vielmehr, im Interesse des Einlegers alle Einlagen beim Kreditinstitut zu erfassen.**

2.3.2. Damit ist es aber nicht von Bedeutung, ob der Einleger ein Guthaben auf ein anderes, ebenfalls ihm zugeordnetes Konto bei demselben Kreditinstitut transferiert, gleich ob es sich dabei

um ein Giro-, Festgeld- oder Sparkonto handelt. Es liegen in jedem Fall Einlagen vor, die im Rahmen der allgemeinen Einlagensicherung unabhängig von ihrer Anzahl zugunsten eines Inhabers bis zu einem Gesamtbetrag von 100.000 EUR geschützt sind.

2.3.3. Ergänzend dazu sieht Art 6 Abs 2 der Richtlinie für bestimmte Einlagen eine zeitlich befristete Erhöhung des Erstattungsbetrags vor, trifft aber sonst keine vom Regime der allgemeinen Einlagensicherung abweichenden Regelungen. Diese Bestimmung bezweckt, dass der Schutz von Einlagen, die aus bestimmten Transaktionen resultieren oder bestimmten sozialen oder anderen Zwecken dienen, für einen vorgegebenen Zeitraum über dem Betrag von 100.000 EUR liegt.

2.3.4. Die Umsetzungsnorm des § 12 Z 1 ESAEG konkretisiert dazu die Fälle, in denen eine erstattungsfähige Einlage über eine Höhe von 100.000 EUR bis zu einer Höhe von 500.000 EUR als gedeckte Einlage gilt. Z 2 dieser Bestimmung begrenzt die Höherdeckung mit zwölf Monaten und setzt fest, wann diese Frist zu laufen beginnt. Auch die nationale Regelung erhöht daher lediglich die gesicherte Summe für Einlagen, die aus bestimmten Transaktionen resultieren oder (soweit hier relevant) an bestimmte Lebensereignisse des Einlegers anknüpfen, trifft aber sonst keine vom Normalfall abweichenden Regelungen.

2.3.5. Abgesehen von der zeitlich begrenzten Erhöhung der Deckungssumme gelten daher auch im Regime des § 12 ESAEG die Überlegungen zur allgemeinen Einlagensicherung. Der Schutz erfasst grundsätzlich alle Einlagen eines Einlegers. Es ist daher ohne Bedeutung, ob der Einleger ein Guthaben von einem (Giro-)Konto auf ein anderes (Giro-)Konto beim selben Kreditinstitut transferiert:

Das Girokonto dient ganz allgemein der Abwicklung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs (im Sinn des § 1 Abs 1 Z 2 BWG). Es bezeichnet im engeren Sinn die Forderung des einen Partners aus einem Girovertrag gegen den anderen, die sich aus der Verrechnung der gegenseitigen Forderungen und Leistungen, die buchhalterisch zusammengefasst werden sollen, als Saldo ergibt. Der positive Tagessaldo ist das für den Kunden verfügbare Guthaben, dem insoweit gegen die Bank eine Forderung zukommt (vgl 6 Ob 86/09d [Pkt 5.2.]).

Auf ein solches Guthaben und damit eine Forderung gegen das Kreditinstitut stellt auch § 7 Abs 1 Z 3 lit b ESAEG ab, der für den Anwendungsbereich dieses Gesetzes ganz allgemein die Einlage definiert. Auch bei den nach § 12 ESAEG privilegierten Einlagen ist damit das Guthaben (und nicht die individualisierbare Leistung an sich) geschützt, das sich unter Berücksichtigung der sonstigen Kontobewegungen aus einer solchen Überweisung ergibt. Es kommt daher nur darauf an, ob unter Berücksichtigung der Kontobewegungen ein Guthaben aus einer solchen Leistung bei Eintritt des Sicherungsfalls nachgewiesen werden kann. Abzustellen ist nach den allgemeinen Grundsätzen auf alle Einlagen eines Einlegers. Tritt – wie im vorliegenden Fall – ein weiteres (Giro-)Konto hinzu, sind zwar die Transaktionen zwischen diesen Konten in die Betrachtung miteinzubeziehen. Allein aus dem Umstand, dass es solche Kontobewegungen gegeben hat, kann aber weder auf eine Veranlagung im Sinn des 3. Teils des ESAEG mit dem Ziel, daraus einen Gewinn bzw Wertzuwachs zu lukrieren, geschlossen werden, noch geht schon deswegen der Schutz des § 12 ESAEG verloren.

2.3.6. Die Entscheidung zu 8 Ob 4/94, auf die sich die Beklagte bezieht, ist nicht einschlägig, weil es hier nicht um die Vindikation eines Geldbetrags, sondern um den Schutz von Einlagen als den am Konto (den Konten) verbliebenen Beträgen (Guthaben) aus bestimmten privilegierten Transaktionen geht.

3. Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass auch im Anwendungsbereich des § 12 ESAEG grundsätzlich alle Einlagen eines Einlegers zu berücksichtigen sind. Es kommt darauf an, ob bzw in welcher Höhe ein Guthaben, das aus einer Zahlung resultiert, die eine der Voraussetzungen des § 12 Z 1 ESAEG erfüllt, bei Eintritt des Sicherungsfalls unter Berücksichtigung der übrigen Kontobewegungen noch als Einlage im Sinn des § 7 Abs 1 Z 3 ESAEG vorhanden ist. **Führt der Kunde mehrere Konten und kam es zu Transaktionen zwischen diesen Konten, bedarf es zur Ermittlung, ob noch ein Guthaben (§ 7 Abs 1 Z 3 lit b ESAEG) aus einer solchen Einlage besteht, einer Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung dieser Kontobewegungen.**

4. Dies führt hier zu folgendem Ergebnis:

4.1. Nach den Feststellungen hat der Kläger nach Gutschrift der Abfertigung am Girokonto eins einen Betrag, der die Abfertigung der Höhe nach überstieg, auf das Girokonto zwei überwiesen, wobei es in der Folge bis zum Eintritt des Sicherungsfalls zu weiteren Transaktionen zwischen diesen Konten kam. Beide Girokonten zusammen wiesen am 22. 6. 2020 ein Tagessaldo von 93.728,28 EUR auf. Dass sich darin wertmäßig sowohl die Abfertigung als auch die ebenfalls privilegierten Ratenzahlungen aus dem Hausverkauf (unten C.1.) niederschlugen, kann nicht zweifelhaft sein, weil man sonst unterstellen müsste, der Saldo des Klägers beliefe sich auf dieselbe Höhe, auch wenn es die nach § 12 Z 1 ESAEG privilegierten Zahlungen nicht gegeben hätte. Dafür fehlt jeder Anhaltspunkt.

4.2. Hingegen hat das Festgeldkonto des Klägers entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts außer Betracht zu bleiben, weil feststeht, dass es nach Gutschrift der Abfertigung bis zur Insolvenzeröffnung keine Überweisung von einem der Girokonten auf das Festgeldkonto gab. Damit steht aber auch fest, dass die Gutschrift aus der Abfertigung (und auch die privilegierten Zahlungen aus dem Hausverkauf) am 22. 6. 2020 in dem über 93.728,28 EUR hinausgehenden Betrag nicht mehr als Einlage vorhanden waren.

Dass dem ein Guthaben am Festgeldkonto gegenüberstand, kann nichts daran ändern, dass der Schutz des § 12 ESAEG insoweit verloren gegangen ist, weil man sonst unterstellen müsste, dass diese Privilegierung auch dann zum Tragen käme, wenn der Einleger sich aus einer nach dieser Bestimmung geschützten Zahlung einen Vermögenswert angeschafft oder Verbindlichkeiten vermindert hätte, solange zu seinen Gunsten nur irgendein Guthaben auf irgendeinem Konto beim selben (insolventen) Kreditinstitut bestünde. Ein solches Ergebnis widerspräche unzweifelhaft dem Zweck der Einlagensicherung. (???) Zweifel an der Auslegung des Unionsrechts bestehen in diesem Punkt nicht.

4.3. Im Ergebnis sind daher privilegierte Einzahlungen bis zum 22. 6. 2020 – nur, aber doch – in Höhe von 93.728,28 EUR gesichert. Insofern besteht daher jedenfalls ein Anspruch gegen die Beklagte. Auch die Abfertigung ist daher höchstens in dieser Höhe geschützt.

C. Zu den Kaufpreisraten

1. Der Kläger wendet sich mit seinem Rechtsmittel gegen die Nichtberücksichtigung der Teilzahlungen für die von ihm mit Vertrag vom 30. 1. 2018 veräußerte Liegenschaft. Die von seinen Eltern geerbte und von ihm verkaufte Liegeschaft samt Wohnhaus sei eine privat genutzte Wohnimmobilie gewesen. Diese Auffassung trifft zu:

1.1. Der Privilegierung des § 12 Z 1 lit a ESAEG unterliegen Einlagen, die aus Immobilientransaktionen im Zusammenhang mit privat genutzten Wohnimmobilien resultieren. Eine nähere Definition dieses Begriffs enthalten weder das ESAEG noch die Richtlinie

2014/49/EU. Einer Vorlage dieser Frage zur Vorabentscheidung an den EuGH gemäß Art 267 AEUV bedarf es im vorliegenden Fall dennoch nicht. Ist das Ergebnis der Auslegung des Unionsrechts nämlich unzweifelhaft, ist im Sinn der „acte-clair"-Doktrin die Anrufung des EuGH entbehrlich (vgl RS0082949 [T18]; Lovrek in Fasching/Konecny³ § 502 ZPO Rz 58 f). Dies gilt selbst bei fehlender Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu einer Frage (RS0082949 [T5]). Im vorliegenden Fall liegen unter Berücksichtigung der Eigenheiten des Unionsrechts und der Besonderheiten seiner Auslegung (vgl dazu RS0123074) keine Auslegungszweifel vor.

1.2. Eine Bestimmung des Begriffs „Wohnimmobilie" findet sich in der Verordnung (EU) 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 6. 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen. Diese Verordnung legt einheitliche Regeln für allgemeine Aufsichtsanforderungen fest, die im Rahmen der Richtlinie 2013/36/EU beaufsichtigte Institute zu bestimmten Punkten erfüllen müssen. Nach Art 4 Z 75 dieser VO ist eine „Wohnimmobilie" eine „Wohnung oder ein Wohnhaus, die/das vom Eigentümer oder Mieter bewohnt wird, einschließlich des Wohnrechts in Genossenschaften".

1.3 Diese Begriffsbestimmung gilt zwar primär für Zwecke der Verordnung (EU) 575/2013. Sowohl die Richtlinie 2014/49/EU (in EG 10) als auch die Richtlinie 2014/17/EU des Europäischen Parlaments und des Rats vom 4. 2. 2014 über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher (in EG 75) nehmen aber (wenngleich in anderem Zusammenhang) auf diese Verordnung Bezug. Alle drei Rechtsakte betreffen in einem weiteren Sinn Kreditinstitute, sodass den darin enthaltenen Begriffen, soweit sie gleich lauten, im Kern kein unterschiedlicher Bedeutungsgehalt beigemessen werden kann. Zu Zwecken der Auslegung des Begriffs „Wohnimmobilie" kann daher auch im vorliegenden Zusammenhang auf die Definition in Art 4 Z 75 der Verordnung (EU) 575/2013 zurückgegriffen werden.

1.4. „Wohnimmobilie" im Sinn der Verordnung (EU) 575/2013 ist ein Haus oder eine Wohnung, das/die entweder vom Eigentümer selbst bewohnt oder von diesem vermietet (und vom Mieter bewohnt) wird. In beiden Fällen geht es um die Befriedigung persönlicher Wohnbedürfnisse. Damit liegt unzweifelhaft eine private Nutzung (im Unterschied zu einer gewerblichen Verwendung) der Immobilie vor. Auf eine solche private Nutzung (im Sinn einer Erfüllung persönlicher Wohnbedürfnisse) stellt auch die Bestimmung des Art 6 Abs 2 lit a der Richtlinie 2013/36/EU ab, die mit § 12 Z 1 lit a ESAEG im nationalen Recht umgesetzt ist. **Weder die europarechtliche Vorgabe noch die Bestimmung des nationalen Rechts knüpfen das Erfordernis der privaten Nutzung daran, dass der Eigentümer der Immobilie darin selbst wohnt (sie ihm also zur Befriedigung seines eigenen Wohnbedürfnisses dient).** Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ergibt sich auch aus der englischen Fassung der Richtlinie („deposits resulting from real estate transactions relating to private residential properties") kein Hinweis darauf, dass die Immobilie gerade dem Einleger zu dessen persönlichen Wohnzwecken gedient haben muss, damit eine Einlage, die aus einer Transaktion im Zusammenhang mit einer Wohnimmobilie resultiert, der temporären Höherdeckung unterliegt.

Das System der Einlagensicherung verfolgt vielmehr den Zweck, dass im Interesse (auch) des Verbraucherschutzes möglichst viele Einlagen (Guthaben) erfasst werden. Das gilt sowohl für das System der allgemeinen Einlagensicherung als auch für die Fälle der temporären Höherdeckung nach § 12 ESAEG und steht einem engen Verständnis des Begriffs „privat genutzte Wohnimmobilie" entgegen. Eine einschränkende Auslegung des § 12 Z 1 lit a ESAEG dahin, dass eine zeitlich begrenzt gedeckte Einlage nach dieser Bestimmung nur dann vorliege, wenn die

Einlage aus einer Transaktion im Zusammenhang mit einer vom Einleger persönlich zu Wohnzwecken verwendeten Immobilie herrühre, ist damit nicht vereinbar.

1.5. Als weiteres Zwischenergebnis kann daher festgehalten werden, dass eine private Nutzung einer Wohnimmobilie nicht schon deshalb verneint werden kann, weil das Haus oder die Wohnung, das/die Gegenstand einer Transaktion war, dem Einleger nicht persönlich zur Befriedigung seines eigenen Wohnbedürfnisses gedient hat. Auch ein Guthaben, das aus der Transaktion einer solchen Wohnimmobilie herrührt, kann daher grundsätzlich als zeitlich begrenzt gedeckte Einlage nach § 12 ESAEG gesichert sein.

1.6. Das gilt jedenfalls im vorliegenden Fall: Das auf der vom Kläger mit Vertrag vom 30. 1. 2018 veräußerten Liegeschaft errichtete Haus diente den Eltern des Klägers bis zu ihrem Ableben im Jahr 2017 als Wohnsitz und war damit zweifellos „privat genutzt“ im Sinn des § 12 Z 1 lit a ESAEG. Dadurch, dass der Kläger das Haus, nachdem die Liegenschaft auf ihn im Erbweg übergegangen war, bis zum Verkauf nicht selbst bewohnte, hat sich der Charakter von dessen Verwendung nicht grundlegend geändert. Unabhängig davon, ob er es leer stehen ließ, bis ein Käufer gefunden war, oder es allenfalls auch gelegentlich nutzte, wenn er sich am ehemaligen Wohnort seiner verstorbenen Eltern aufhielt, ist von einer privat genutzten Wohnimmobilie gemäß der genannten Bestimmung auszugehen. **Ob das auch zuträfe, wenn der Kläger das Wohnhaus vermietet hätte, ist hier nicht zu entscheiden**.

2. Die Entrichtung des Kaufpreises in Teilzahlungen steht der Anwendung von § 12 ESAEG ebenfalls nicht entgegen.

Bereits zur Frage der Abfertigung wurde ausgeführt, dass § 12 ESAEG, wie Art 6 der Richtlinie 2014/49/EU, auf Guthaben (§ 7 Abs 1 Z 3 lit b ESAEG) abstellt (im Fall des § 12 Z 1 lit a ESAEG aus einer Transaktion im Zusammenhang mit privat genutzten Wohnimmobilien) und den Schutz in zeitlicher Hinsicht auf die Dauer von zwölf Monaten (hier:) nach der Gutschrift des Betrags begrenzt. Relevant ist daher ausschließlich, ob bzw in welcher Höhe ein Guthaben, das aus einer Transaktion nach § 12 Z 1 lit a ESAEG resultiert, bei Eintritt des Sicherungsfalls (noch) auf Konten des Anlegers vorhanden war, und ob die zeitlichen Voraussetzungen der Z 2 leg cit erfüllt sind. Damit ist es aber ohne Bedeutung, wenn das Rechtsgeschäft selbst, das die privilegierte Immobilientransaktion zum Gegenstand hat, außerhalb der Frist von zwölf Monaten vor dem Eintritt des Sicherungsfalls abgeschlossen und darin eine Ratenzahlung vereinbart wurde. Auch Teilzahlungen, die (wie hier) auf den Kaufpreis aus der Veräußerung einer Wohnimmobilie durch den Einleger geleistet werden, erfolgen „im Zusammenhang“ mit einer solchen Transaktion und können damit innerhalb der zeitlichen Schranken der Z 2 des § 12 ESAEG privilegierte Guthaben sein. Maßgebend ist der Zeitpunkt der Gutschrift der Einlage, nicht jener des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts.

3. Um festzustellen, welche Einlagen aus den Ratenzahlungen im Sinn des § 12 Z 1 lit a ESAEG zu ersetzen sind, bedarf es nach den unter B. dargestellten Grundsätzen einer Gesamtbetrachtung. Daraus folgt:

3.1. Die Girokonten des Klägers wiesen am 22. 6. 2020 einen Tagessaldo von zusammen 93.728,28 EUR auf. Fest steht, dass es von September 2019 bis zur Insolvenzeröffnung keine Überweisung von einem der Girokonten auf das Festgeldkonto gab. Die Ratenzahlungen ab August 2019 wurden dem Girokonto eins des Klägers zwar innerhalb von zwölf Monaten vor Eintritt des Sicherungsfalls gutgeschrieben. Nach den dem Urteil des Erstgerichts angeschlossenen Kontoauszügen gab es aber ab August 2019 ausschließlich Bewegungen zwischen den beiden Girokonten, nicht aber

Überweisungen von einem dieser Konten auf das Festgeldkonto. Damit steht fest, dass die Gutschriften aus den Kaufpreisraten für den Zeitraum August 2019 bis einschließlich Juni 2020 im Tagessaldo vom 22. 6. 2020 von 93.728,28 EUR enthalten sind. **Soweit Abfertigung und Kaufpreisraten bis zu diesem Tag eine höhere Gesamtgutschrift ergaben, waren sie nicht mehr als Einlage vorhanden. Abfertigung und Ratenzahlungen bis Juni 2020 können daher insgesamt nur mit dem Betrag von 93.728,28 EUR ersetzt werden.**

3.2. Die Teilzahlung für Juli 2020 wurde dem Girokonto eins des Klägers am 2. 7. 2020 gut geschrieben. Da er zwischen diesem Zeitpunkt und dem Eintritt des Sicherungsfalls Geldbeträge vom Girokonto eins auf das Girokonto zwei überwiesen hat, die der Höhe nach die Monatsrate von 1.044 EUR überstiegen, war bei Eintritt des Sicherungsfalls (bei gebotener Gesamtbetrachtung) auf den Konten ein weiterer Betrag (Guthaben) in dieser Höhe aus einer privilegierten Transaktion gemäß § 12 Z 1 lit a ESAEG noch vorhanden, der unter den Schutz der zeitlich begrenzt gedeckten Einlage fällt und dem Kläger daher zu ersetzen ist.

4. Im Ergebnis besteht daher aufgrund der privilegierten Ratenzahlung im Juli 2020 ein weiterer Entschädigungsanspruch von 1.044 EUR.

D. Zum Zinsenbegehren

1. Grundsätzlich zutreffend verweist der Kläger in seiner Revision darauf, dass nach § 13 Abs 1 ESAEG die Sicherungseinrichtung innerhalb von sieben Arbeitstagen nach Eintritt eines Sicherungsfalles bei einem ihrer Mitgliedsinstitute jedem Einleger eines solchen Mitgliedsinstituts einen Betrag in der Höhe seiner gedeckten Einlage zu erstatten hat. **Abweichend davon kann aber nach § 14 Abs 2 Z 5 ESAEG die Erstattung durch die Sicherungseinrichtung unter anderem dann aufgeschoben werden, wenn es sich um eine zeitlich begrenzt gedeckte Einlage nach § 12 leg cit handelt.** In diesem Fall darf die Auszahlung bis zur Anerkennung des Anspruchs des Einlegers durch die Sicherungseinrichtung oder bis zur rechtskräftigen Entscheidung durch ein Gericht aufgeschoben werden. Diese Bestimmung ist in Umsetzung von Art 8 der Richtlinie 2014/49/EU ergangen, der in seinem Abs 5 lit d vorsieht, dass die Erstattung der gesicherten Beträge unter anderem aufgeschoben werden kann, wenn der zu erstattende Betrag als Bestandteil eines zeitweiligen hohen Saldos gemäß Art 6 Abs 2 betrachtet wird.

2. **Die „Aufschiebung“ der Zahlung ist systematisch nur schwer zu fassen. Sie kann letztlich nur dahin verstanden werden, dass die Forderung zwar fällig ist, weil sonst über den Ersatzanspruch kein Leistungsurteil ergehen könnte, dass aber die Nichterfüllung vor dem Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils (oder eines Anerkenntnisses) aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Regelung keine Verzugsfolgen auslöst.** Damit ist die Rechtslage ähnlich den Fällen der Festsetzung eines Entschädigungsbetrags, auf den § 33 EisbEG Anwendung findet, sodass die dazu ergangene Rechtsprechung (RS0058126, insb 1 Ob 4/93) auch für den vorliegenden Fall fruchtbar gemacht werden kann. Die Verpflichtung zur Verzinsung eines Entschädigungsbetrags, auf den § 12 ESAEG Anwendung findet, tritt daher ab dem Tag der Rechtskraft (hier der Zustellung dieser Entscheidung) in Höhe der gesetzlichen Verzugszinsen ein, wenn der Kapitalbetrag nicht innerhalb der Leistungsfrist von 14 Tagen gezahlt wird.

3. Damit sind die Vorinstanzen zu Recht davon ausgegangen, dass der Kläger derzeit keinen Anspruch auf Verzugszinsen hat. Insofern treffen ihre Entscheidungen daher zu. Wohl aber hat die Beklagte bei Nichtzahlung innerhalb der Leistungsfrist Verzugszinsen zu entrichten.

E. Ergebnis

1. Auf dieser Grundlage haben alle Revisionen teilweise Erfolg: Die Beklagte und die Nebenintervenientin dringen insofern durch, als für privilegierte Einlagen, die bis zum 22. 6. 2020 erfolgten, Entschädigung nur in Höhe von 93.728,28 EUR zu leisten ist. Der Kläger erwirkt demgegenüber die Entschädigung für die im Juli 2020 eingezahlte Kaufpreisrate von 1.044 EUR sowie, im Fall der Nichtzahlung innerhalb der Leistungsfrist, die Verzinsung ab Rechtskraft dieser Entscheidung. Die angefochtene Entscheidung ist in diesem Sinn abzuändern.

2. Die diese Entscheidung tragenden Erwägungen können wie folgt zusammengefasst werden:

> Verfügt ein Anleger über mehrere Konten bei einem Kreditinstitut, so führen Überweisungen zwischen diesen Konten nicht dazu, dass unter § 12 ESAEG fallende Einlagen nicht mehr von der Entschädigungspflicht erfasst wären. Vielmehr sind solche Einlagen weiterhin privilegiert, soweit sie bei einer Gesamtbetrachtung noch auf den Konten vorhanden sind.
>
> Einlagen resultieren auch dann aus „Immobilientransaktionen im Zusammenhang mit privat genutzten Wohnimmobilien“ iSv § 12 Z 1 lit a ESAEG, wenn sie auf der Veräußerung einer von Todes wegen erworbenen Immobilie beruhen, die der Erblasser zu Wohnzwecken genutzt hatte.
>
> Aus dem Recht zur Aufschiebung der Zahlung nach § 14 Abs 2 Z 5 ESAEG folgt, dass Verzugszinsen aus Entschädigungsforderungen für zeitlich begrenzt gedeckte Einlagen (§ 12 ESAEG) nur gebühren, wenn der Kapitalbetrag nicht innerhalb der im rechtskräftigen Urteil vorgesehenen Leistungsfrist gezahlt wird. In diesem Fall sind die Zinsen ab dem Eintritt der Rechtskraft zu leisten.