

Zwischen Verfahrensautonomie, privatrechtlichen Ordnungsprinzipien und Effektivitätsgrundsatz: AGB-Recht im Wandel

SFU - FreudPrivatissimum
11/17/2022

Dr. Petra Leupold, LL.M. (UCLA)
VKI / JKU

Agenda

- Einführung und Grundlagen
- Aktuelle Rechtsprechung
 - Anwendungsbereich
 - Materielles Recht: Klauselprüfung, Lückenfüllung, Verjährung
 - Verfahrensrecht: Amtswegigkeit, Manuduktion, Prozesskosten
- Resümee, Ausblick, Diskussion

AGB-Recht: Grundlagen

- Geltungskontrolle (§ 864a ABGB)
 - Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts werden nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Teil nachteilig sind und er mit ihnen auch nach den Umständen nicht zu rechnen brauchte; es sei denn, der eine Vertragsteil hat den anderen besonders darauf hingewiesen.
 - Betrifft auch Hauptleistungspflichten
 - Nach stRsp in Ö auch im Verbandsprozess aufgreifbar (anders BGH IV ZR 130/06)

AGB-Recht: Grundlagen

- Inhaltskontrolle (§ 879 Abs 3 ABGB, § 6 Abs 1, 2 KSchG)
 - Bestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, ist jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt
 - Abgrenzung Hauptleistung – Nebenleistung

- Transparenzkontrolle (§ 6 Abs 3 KSchG) – Nov 1997
 - Bestimmung ist unwirksam, wenn unklar oder unverständlich abgefasst
 - Betrifft auch Hauptleistungspflichten
 - Abschluss- und Abwicklungstransparenz!

AGB-Recht: Grundlagen

- Normzweck: partielles Marktversagen, strukturelle Informationsasymmetrie, kein „Konditionenwettbewerb“
- Grenzen des Informationsmodells → eingriffsintensivere Regulierung
- Klausel-RL 93/13: Mindestharmonisierung
- EuGH: effet utile
- Sektorübergreifende, breite Anwendbarkeit
- Rechtsfolgen bei Missbräuchlichkeit (Art 6, 7): keine Lückenfüllung, Restitutionswirkung
- Durchsetzbarkeit: Verjährung, Amtswegigkeit, Manuduktion, Kostenrecht

AGB-Recht: Anwendungsbereich

- B2B vs B2C
 - §§ 864a, 879 Abs 3 ABGB: B2B + B2C, aber unterschiedlicher Sorgfaltsmaßstab
 - Klausel-RL, § 6 Abs 1 + 2 KSchG, § 6 Abs 3 KSchG (str): B2C
 - § 28 KSchG-Verbandsklage: nicht auf Verbrauchergeschäfte beschränkt vs Anwendungsbereich Verbandsklagen-RL 2020/1828

- Verbraucherbegriff
 - § 1 KSchG vs Unionsrecht: Schutz werdender Unternehmer, juristische Personen

AGB-Recht: Anwendungsbereich

- Materieller vs prozessualer Verbraucherbegriff
 - Dual use: Nicht-Überwiegen (VR-RL, ADR-RL, offenlassend WK-RL und DI-RL) vs nur untergeordnete Bedeutung / nebensächlich (Art 17 ff EuGVVO: C-464/01, Gruber; C-498/16, Schrems; C-630/17, RB St. Stefan; C-105/17, Kamenova)
 - Auslegung von § 1 KSchG problematisch: zB 7 Ob 94/14w, 6 Ob 238/10h, 5 Ob 113/09t (arg EuGH Gruber, § 344 UGB)
 - Statischer (Vertragsabschluss) vs dynamischer Verbraucherbegriff (nachträgliche Zweckänderung)

AGB-Recht: Anwendungsbereich

- AGB-rechtlicher Verbraucherschutz gilt
 - unabhängig von Verbrauchereigenschaft der Verfahrenspartei (Amtswegigkeit, Manuduktion!)
 - bei Abtretung (Lexitor, DelayFix vs EuGVVO: C-498/16, Schrems/FB; C-89/91, Shearson)

AGB-Recht: Anwendungsbereich

- Horizontale, sektorübergreifende Anwendung der Klausel-RL
- stRsp: die Klausel-RL ist immer dann (ergänzend) anwendbar, wenn dies nicht im jeweiligen Rechtsakt explizit ausgeschlossen ist oder nach dessen Zielsetzungen klar erforderlich wäre
- C-519/19 DelayFix: Missbräuchlichkeit von Gerichtsstandsklauseln im Anwendungsbereich von Art 25 EuGVVO (Achtung: Nichtanwendbarkeit von Art 19 EuGVVO wegen Inkassoession, Beförderungsvertrag)
- C-191/15 Amazon, 2 Ob 155/16g: Rechtswahlklausel ohne Hinweis auf Art 6 (2) Rom I-VO ist missbräuchlich → „waivers of protection“ möglich? relevant für unionsweite Abhilfeklagen nach einheitlichem Recht

AGB-Recht: Anwendungsbereich

- C-287/19 Denizbank: Zustimmungsfiktion und PSD II
 - Vollharmonisierungsgrundsatz der PSD II bezieht sich nur auf die prozeduralen Aspekte der Zustimmungsfiktion
 - 8 Ob 105/20d: Anwendbarkeit der stRsp zur gröblichen Benachteiligung und Intransparenz auf Zustimmungsfiktionsklauseln im Rahmenvertrag (§ 50 ZaDiG); siehe auch OLG Wien 33 R 26/20s (rk), 9 Ob 19/20i

- C-290/16 Air Berlin: Preisfreiheit nach Art 22 Abs 1 Luftverkehrsdienste-VO, unangemessene Benachteiligung durch pauschale Bearbeitungsgebühr iHv Euro 25,- bei Flugstornierung

AGB-Recht: Anwendungsbereich

- C-319/20 vzbv/Meta Platforms Ireland: EG 42 DSGVO verweist auf Klausel-RL, keine Sperrwirkung von Art 80 DSGVO für Verbandsklagebefugnis nach § 28 KSchG, § 14 UWG
 - OGH 6 Ob 106/22i, VKI/Avis:
 - Die DSGVO steht der Klagebefugnis von Verbänden nach § 28 KSchG nicht entgegen.
 - Der Unterlassungsanspruch nach § 28 Abs 1 KSchG ist nicht auf die Kontrolle und Durchsetzung der Verbote nach § 6 KSchG und § 879 ABGB beschränkt, sondern umfasst auch die Verletzung weiterer zivilrechtlicher wie auch öffentlich-rechtlicher Vorschriften.
 - Auch: Verstoß gegen Bestimmungen des jeweils anwendbaren Datenschutzrechts, hier: Art 25 Abs 2 DSGVO.

AGB-Recht: Anwendungsbereich

- reiner Informationscharakter (Wissenserklärung) vs Vertragserklärung (Rechtsfolgewille)
 - RS0121188, 1 Ob 46/10m (Gesprächsnotizen) vs
 - RS0121955; 3 Ob 12/09z [K 3]; 6 Ob 120/15p [K 54]; 1 Ob 57/20v [K 1]; 7 Ob 217/16m; 1 Ob 113/17z; 9 Ob 19/20i
 - § 6 Abs 3 und § 6 Abs 1 Z 11 KSchG sind trotz Fehlens einer vertraglichen Abänderung der Beweislastverteilung per analogiam auf Tatsachenbestätigungen anwendbar, die im Ergebnis zu einer Beweislastumkehr führen

Inhaltskontrolle: Hauptleistung?

OGH 18.10.2022, 4 Ob 59/22p – Verbandsklage, Fitnesscenter

- K5: „[1] Zu Beginn der Mitgliedschaft wird eine einmalige Pauschale von 19,90 € für die Verwaltung erhoben. [2] Das Eintrittsmedium (Karte oder Chipband) bleibt im Besitz des Mitglieds und wird ebenfalls mit einer Gebühr von 19,90 € berechnet. [3] Halbjährlich wird eine Servicepauschale in Höhe von 19,90 € erhoben.“
- OGH: kontrollfähig nach § 879 Abs 3 ABGB
- Entgeltklauseln, die ein Zusatzentgelt nicht zur Abgeltung einer nur aufgrund von Besonderheiten im Einzelfall erforderlichen Mehrleistung, sondern zur Abgeltung einer im Regelfall mit der Erfüllung der vertraglichen Pflichten verbundenen Leistung vorsehen, schränken das eigentliche Leistungsversprechen ein, verändern oder höhlen es aus.
- Vgl zur Depotübertragungsgebühr 6 Ob 253/07k

Inhaltskontrolle: Hauptleistung?

- „Die vor dieser Entscheidung ergangene Rsp des OGH, wonach alles, was der Kreditnehmer über die Rückgabe der Valuta hinaus für den Erhalt der Leistung des Kreditgebers zu geben hat, und daher auch laufzeitunabhängige „Bearbeitungs-“ oder „Manipulationsgebühren“ Entgelt und daher nicht kontrollunterworfen sei (RS0130662), ist daher in unionsrechtlichem Lichte neu zu bewerten.“
- Überholt: 6 Ob 13/16d, 10 Ob 31/16f
 - Keine Intransparenz, arg allgemeiner Sprachgebrauch

Inhaltskontrolle: Hauptleistung?

- Die Verrechnung von Sonderentgelten ohne konkreten Konnex zu einer Zusatzleistung und ohne konkrete Kosten ist unzulässig
- „Servicepauschale“: unabhängig von den dem Kunden zur Verfügung stehenden Angeboten und den von ihm konkret konsumierten Leistungen
- „Verwaltungspauschale“: keine konkreten Aufwendungen oder Leistungen, die nach den Feststellungen über das übliche, mit jeder Vertragsbegründung entstehende Maß hinausgehen
- „Chipgebühr“: Ermöglichung des Zutritts zu den Fitnessstudios gehört zu den Vertragspflichten der Bekl, daher ist nicht nachvollziehbar, warum ihre Kunden dafür ein zusätzliches Entgelt bzw für den dafür geforderten Erwerb eines Chips einen zusätzlichen Kaufpreis leisten sollten

Inhaltskontrolle: Hauptleistung?

- Verweis auf EuGH C-224/19, C-259/19, CaixaBank u Banco Bilbao: Bereitstellungsprovision im Kreditvertrag ist missbräuchlich, wenn das KI nicht nachweist, dass diese tatsächlich erbrachten Dienstleistungen und entstandenen Kosten entspricht
- Vgl schon C-621/17, Gyula Kiss; C-143/13, Matei (Risikoprovision)

Transparenz und/oder Missbräuchlichkeit?

- Bislang im Verbandsprozess iaR nur Prüfung der Intransparenz (§ 6 Abs 3 KSchG)
- OGH 18.10.2022, 4 Ob 59/22p: „Da bereits eine gröbliche Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB durch die Sätze 1 und 2 der Klausel 5 zu bejahen ist, muss die Frage einer Intransparenz der Klauseln nicht mehr erörtert werden.“

Transparenz und/oder Missbräuchlichkeit?

- Recht auf Feststellung der Missbräuchlichkeit?
 - Rückzahlung vs Recht auf Feststellung, das nicht nur nicht kenntnisunabhängig, sondern gar nicht verjähren darf (C-776/19, C-224/19)
 - Verpflichtung des Gerichts zur Feststellung auch dann, wenn der Verbraucher auf die Restitutionsfolgen via Änderung der nichtigen Klausel wirksam verzichtet hat (C-19/20)
 - Zum Recht auf Feststellung einer Diskriminierung nach Art 7, 15 Antirassismus-RL iVm Art 47 GRC C-30/19
 - Missbräuchlichkeit als feststellungsfähiges Recht iSd § 228 ZPO? → unmittelbare Anwendbarkeit, arg Gerichtspflichten (EuGH Credit Polska)

Transparenz und/oder Missbräuchlichkeit?

- Relevanz für Rechtsfolgen im Individualverhältnis?
 - Art 6, Art 7 Klausel-RL: Unverbindlichkeit der Klausel und Abschreckung bei Missbräuchlichkeit
 - Art 5: contra proferentem-Auslegung bei Intransparenz
 - § 879/3 ABGB, § 6/1, 6/2 KSchG, § 6/3 KSchG: Nichtigkeitsfolge

- Differenzierende Anwendung der effet-utile-EuGH-Judikatur?
 - Dafür zB Told, Perner/Spitzer, Wilfinger, I. Vonkilch
 - Dagegen OGH 9 Ob 85/17s (Partnervermittlung); 8 Ob 1/18g bzgl Lückenfüllung
 - Dagegen 6 Ob 105/21s bzgl Amtswegigkeit

Transparenz und/oder Missbräuchlichkeit?

- Praktische Bedeutung mE überschätzt, weil mit Intransparenz häufig auch Missbräuchlichkeit einhergeht
- Zur Indexklausel beim FWK EuGH C-212/20: Die Wahrung des Erfordernisses der Klarheit und Verständlichkeit einer Klausel (Art 5 Klausel-RL) stellt einen der Gesichtspunkte dar, die im Rahmen der Beurteilung der Missbräuchlichkeit dieser Klausel nach Art 3 Abs 1 Klausel-RL zu berücksichtigen sind. Eine Indexklausel, die es dem Verbraucher nicht ermöglicht, den vom Unternehmer angewandten Wechselkurs jederzeit selbst zu bestimmen, ist missbräuchlich
- § 6 Abs 3 KSchG: Nichtigkeit, gleiche Rechtsfolgen (EBRV 311 BlgNR 20. GP 24)

Transparenz und/oder Missbräuchlichkeit?

- Unionsrechtliche Zulässigkeit der Nichtigkeitssanktion nach § 6 Abs 3 KSchG unstrittig: arg höherer Verbraucherschutzstandard, Mindestharmonisierung
- Für einheitliche Anwendung der RL bei überschießender Umsetzung EuGH C-66/19, JC; C-303/16, Solar Electric Martinique
- Bei Zusammentreffen von Intransparenz und Missbräuchlichkeit:
 - allenfalls Wahlrecht des Verbrauchers zwischen günstigster Auslegung (§ 915 ABGB) und Nichtigkeitsfolge (arg relative Nichtigkeit, Nicht-Berufen auf die Missbräuchlichkeit)

Rechtsfolgen: Lückenfüllung

- C-618/10, Banco Español: keine Vertragsanpassung durch Abänderung des Klauselinhalts = keine geltungserhaltende Reduktion, keine ergVA (str)
- C-488/11, Asbeek Brusse: in Hinblick auf die Strafhöhe missbräuchliche Vertragsstrafeklausel: keine Herabsetzung der Vertragsstrafe (vs Anwendbarkeit von § 1336 Abs 2 ABGB, arg Mäßigung nur für wirksame Klauseln)
- C-26/13, Kásler: Ersetzung der Klausel durch dispositives Recht bei sonstiger Gesamtnichtigkeit
- C-482/13 ua, Unicaja Banco
- C-154/15, C-307/15 u C-308/15, Gutiérrez Naranjo ua
- C-96/16, C-94/17, Santander
- C-70/17, C-179/17, Abanca u Bankia

Rechtsfolgen: Lückenfüllung

- C-118/17, Dunai/Erste Bank: Gesamtnichtigkeit ist zulässig und geboten, wenn der Vertrag ohne die Klausel nicht fortbestehen kann und der Gesamtwegfall im Interesse des Verbrauchers ist (hier: Befreiung vom Wechselkursrisiko)
- C-260/18, Dziubak: keine ergänzende VA
- C-125/18, Gomez del Moral Guasch
- C-224/19 ua, Caixabank u Banco Bilbao: Ausreißer bzgl Lückenfüllung ohne Problembewusstsein
- C-229/19 ua, Dexia: keine Schadenersatzansprüche gegen Verbraucher nach dispositivem Recht bei Missbräuchlichkeit pauschaler Entschädigungsklauseln
- C-269/19, Banca B: kein Dispositivrecht + besondere Nachteiligkeit der Gesamtnichtigkeit für Verbraucher → VH vor Gericht

Rechtsfolgen: Lückenfüllung

- C-19/20, Bank BPH
- C-932/19, OTP Jelzalogbank
- C-212/20, A.
- C-472/20, Lombard Lizing
- C-80/21 ua, D.B.P.

Rechtsfolgen: Lückenfüllung

- „Unverbindlichkeit“ missbräuchlicher Klauseln (Art 6) = ersatzloser Entfall ohne Lückenfüllung durch geltungserhaltende Reduktion, ergänzende Vertragsauslegung oder dispositives Recht
 - Natürlicher Konsens? Nicht als Ersatzbegründung für ergVA, kaum nachweisbar, wird iaR nicht vorliegen mangels Verbraucherbewusstseins (Abgrenzung zum normativen Konsens!)
- Außer: informierter (!) Verbraucher beruft sich nicht auf Missbräuchlichkeit der Klausel (in Kenntnis der Missbräuchlichkeit und der jeweiligen Rechtsfolgen)

Rechtsfolgen: Lückenfüllung

- Ausnahme:
- (1) bei drohender Gesamtnichtigkeit des Vertrags, die für den Verbraucher (subjektiv und im „Jetzt“) besonders nachteilig wäre
→ Wahlrecht des (informierten!) Verbrauchers zwischen Gesamtnichtigkeit, Lückenfüllung durch dispositives Recht (fehlt dieses: Neuverhandlung der Klausel unter Anleitung des Gerichts), Aufrechterhalten der Klausel
- (2) Wohl auch: ohne drohende Gesamtnichtigkeit bei dispositivem Recht zugunsten des Verbrauchers (vgl 10 Ob 24/21h, Tierhaltungsverbot: Anwendbarkeit von § 1098 ABGB bei missbräuchlichem Zustimmungsvorbehalt, siehe I. Vonkilch, Ulrich)
- (3) Bei gleichzeitiger Missbräuchlichkeit und Intransparenz? (arg § 915 S 2 ABGB wegen Nichtberufens auf die Klausel-Nichtigkeit)

Rechtsfolgen: Lückenfüllung

C-395/21, D.V. – Schlussanträge GA Szpunar v 22.9.2022 re RA-Honorar, Bereicherungsansprüche?

- Bei Gesamtnichtigkeit des Vertrags wegen Missbräuchlichkeit der Vergütungsklausel kann das Gericht die Klage des Unternehmers in vollem Umfang abweisen, wenn das nationale Recht keinen Ausgleich für die auf der Grundlage des nichtigen Vertrags erbrachten Dienstleistungen vorsieht.
- Führt die Gesamtnichtigkeit zu besonders nachteiligen Folgen für den Verbraucher (Bereicherungsansprüche) kann ein nationales Gericht die Unwirksamkeit verhindern und dem Unternehmer eine Vergütung für die bereits erbrachten Dienstleistungen in Höhe der Mindestkosten für diese Dienstleistungen (Mindestsätze), die in einer nationalen Regelung bestimmt werden, zusprechen.

Rechtsfolgen: Lückenfüllung

- 9 Ob 85/17s: keine Lückenfüllung durch dispositives Recht – § 1152 ABGB (angemessenes Entgelt) bei intransparenten Entgeltklauseln im Partnervermittlungsvertrag, keine Entscheidung zur Anwendbarkeit von Bereicherungsansprüchen (§§ 1431, 877, 1152 analog); mE als dispositives Recht nicht anzuwenden
- Bestätigt in 8 Ob 1/18g
- 8 Ob 37/20d: Lückenfüllung inkl Auf-/Abschlag nach § 907b ABGB (betr Zahlungen des KN) und § 354 UGB (betr Kreditzuzählung, arg Verkehrssitte, getrennter Geldwechselvertrag) bei intransparenten FWK-Umrechnungsklauseln (Devisenfixing)
- FWK: Keine Vorlageverfahren, zuletzt zB 5 Ob 54/22k
- 10 Ob 24/21h (Tierhaltungsverbot) Anwendbarkeit von § 1098 ABGB bei missbräuchlichem Zustimmungsvorbehalt

Rechtsfolgen: Lückenfüllung

Vorlage 4 Ob 131/21z (anh zu C-625/21, Gupfinger):

- Rücktritt vom Messekauf einer Einbauküche um rd € 11.000,-
- „Tritt der Kunde – ohne dazu berechtigt zu sein – vom Vertrag zurück...“ kann der Unternehmer wahlweise eine Pauschale iHv 20 % oder den Ersatz des tatsächlich entstandenen Schadens verlangen (entspricht § 921 ABGB).
- Die Stornogebühr iHv 20 % (hier: rd € 2.200) ist gröblich benachteiligend: 3 Ob 237/16y; 4 Ob 229/13z VbR 2014/51
- Der Unternehmer klagte auf letzteres (Nichterfüllungsschaden) iHv rd € 5.270,- (Kaufpreis abzüglich Ersparnisse)
- Wie in Dexia: Dispositives Recht ist ungünstiger als unzulässige Klausel

Rechtsfolgen: Lückenfüllung

- (1) Führt die Missbräuchlichkeit der Stornoklausel dazu, dass der Unternehmer keinen Schadenersatzanspruch nach dispositivem Recht hat?
- → EuGH Dexia
- (2) Gilt dies auch dann, wenn der Unternehmer seinen Schadenersatzanspruch nicht auf die Klausel stützt?
- → Amtswegige Prüfung und Manuduktion ist nicht auf Streitgegenstand beschränkt – Zusammenhang anhand des Rechtsschutzziels (Lintner); konterkariert EuGH-Rsp und würde pauschal-präventive Berufung auf dispositives Recht ermöglichen; „lex specialis“ im Vertrag; bei „reiner Abbildung“ des dispositiven Rechts wird iaR keine Missbräuchlichkeit vorliegen

Rechtsfolgen: Lückenfüllung

- (3) Bleiben von einer Klausel, die mehrere Regelungen (alternative Sanktionen bei unberechtigtem Rücktritt) enthält, jene aufrecht, die dem dispositiven Recht entsprechen?
- → Klauselabgrenzung – Möglichkeit zur „geltungserhaltenden Teilung“?
- Klauselbegriff ist autonom auszulegen, relevant für Missbräuchlichkeit und Intransparenz
- OGH: materiell eigenständiger Regelungsbereich unabhängig von formaler Klauselgliederung, Formulierung, Textgestaltung (RS0121187) vs blue pencil-Test
- EuGH C-80/21 ua: Regelt eine Klausel mehrere gesonderte vertragliche Verpflichtungen, die einer individuellen Prüfung zugänglich sind, kann das Gericht lediglich den missbräuchlichen Teil unangewendet lassen. Nicht zulässig ist eine separate Beurteilung nur der missbräuchlichen Teile der Klausel jedoch dann, wenn sie darauf hinausliefere, den Inhalt der Klausel grundlegend zu ändern.

Rechtsfolgen: Lückenfüllung

Hier: mE keine Teilbarkeit der Klausel, kein eigenständiger Regelungsbereich

- Verknüpfung der Rechtsfolgen nach Wahl des Unternehmers
- § 1336 Abs 3 ABGB: der Ersatz eines die Konventionalstrafe übersteigenden Schadens ist nur zulässig, wenn die Klausel im Einzelnen ausgehandelt wird
 - auch der Nichterfüllungsschadens-Teil der Klausel ist jedenfalls unzulässig (hypo)
 - Untermauert den Zusammenhang der Regelungsbereiche

Rechtsfolgen: Lückenfüllung

- Entgeltanspruch als Erfüllungsanspruch, weil auch Entfall des Stornorechts?
 - Nichtanwendbarkeit des FAGG-Rücktrittsrechts bei Messekäufen
 - für Gesamtanalogie von § 1168 Abs 1 ABGB auf den Kaufvertrag 6 Ob 24/20b (anders noch 1 Ob 122/19a)
 - Alles oder Nichts vs cherry picking (kostenloses Reurecht)

Rechtsfolgen: Restitution

- Zwingende Restitutionswirkung: C-154/15, C-307/15 u C-308/15, Gutiérrez Naranjo ua
- Eine missbräuchliche Klausel ist grds als von Anfang an nicht existent anzusehen, sodass sie gegenüber dem Verbraucher keine Wirkungen haben kann. Folglich muss die gerichtliche Feststellung der Missbräuchlichkeit grds dazu führen, dass die Sach- und Rechtslage wiederhergestellt wird, in der sich der Verbraucher ohne diese Klausel befunden hätte. Insb entfaltet die Verpflichtung des nationalen Gerichts, eine missbräuchliche Klausel für nichtig zu erklären, im Hinblick auf die rechtsgrundlos gezahlten Beträge grds Restitutionswirkung
- Auch Verzinsung des Restitutionsanspruchs geboten? → relevant für unionsrechtliche Verjährungsvorgaben
- → Bereicherungsansprüche (§§ 877, 1431 ABGB)

Rechtsfolgen: Restitution

- keine amtswegige Restitution, Amtwegigkeitsgrundsatz beschränkt sich auf Prüf- und Anleitungspflichten: EuGH 30.6.2022, C-170/21, Profi Credit Bulgaria
 - Im Mahnverfahren: Gericht kann Klausel von Amts wegen *unangewendet* lassen, und, sofern der Vertrag nicht gesamtnichtig ist, *eingeschränkten* Zahlungsbefehl erlassen
 - Vorbehaltlich Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz ist das Gericht grds nicht verpflichtet, von Amts wegen die auf der Grundlage der missbräuchlichen Klausel bereits geleistete Zahlung und die bestehende Restschuld miteinander zu verrechnen.
 - Der Umstand, dass der Verbraucher proaktiv ein gesondertes Verfahren initiieren muss, um eine Rückzahlung zu erhalten, verstößt nicht per se gegen den effet utile der Klausel-RL.

Rechtsfolgen: Verjährung

- Zulässig: Verjährung für „Klage auf Erstattung“, sofern Beginn und Dauer der Frist die Ausübung des Rechts auf Erstattung nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren
- Verjährungsfristen müssen so gestaltet sein, dass der Verbraucher die Möglichkeit hat, vor Fristablauf von seinen Rechten Kenntnis zu erlangen
- Daher unzulässig: Kenntnisunabhängige Verjährung von Rückzahlungsansprüchen
 - 3 Jahre ab Zahlung (C-485/19, Profi Credit Slovakia)
 - 3 Jahre ab vollständiger Erfüllung des Kreditvertrags (C-698/18, C-699/18, Raiffeisen)
 - 5 Jahre ab Vertragsabschluss (C-224/19 ua, Caixabank, hier: Kosten für Bestellung und Löschung der Hypothek)
 - 5 Jahre ab Vertragsabschluss (C-776/19 ua, BNP Paribas Personal Finance)

Rechtsfolgen: Verjährung

- 10 Jahre ab Zahlung der jeweiligen Kreditrate bei FWK mit einem Rückzahlungszeitraum von 30 Jahren (C-80/21, C-81/21, C-82/21)
- Vgl zu Verstößen gegen die Bonitätsprüfungspflicht nach der VKr-RL: 3 Jahre ab Vertragsabschluss (C-679/18, OPR-Finance)
- Folge: Für Rückforderungsansprüche, die aus der Missbräuchlichkeit einer Klausel resultieren, gilt die 30-jährige objektive Regelverjährung (§§ 1478 f ABGB)
- (analoge) Anwendung von §§ 1480, 1486 ABGB wäre richtlinienwidrig und scheidet aus (P. Bydlinski, Leupold; aA Eliskases, arg Generalprävention via Verbandsklage, Schadenersatzanspruchsverjährung, § 1489 ABGB)
- überholt insofern: 4 Ob 73/03v RIS-Justiz RS0117773 (Zinsenstreit)

Rechtsfolgen: Verjährung

- Anzuwenden auf Verjährung von „Bereicherungszinsen“?
 - Reichweite der unionsrechtlich gebotenen „Restitutionswirkung“ ungeklärt
- Per analogiam anzuwenden auf grundlose Zahlung *ohne* vertragliche Grundlage?
 - 8 Ob 145/19k: überhöhtes RA-Honorar infolge falscher Abrechnung, Bereicherungsanspruch verjährt in 3 Jahren ab Beendigung des Mandats/Zahlung
 - 7 Ob 137/18z: Verjährung von Bereicherungsansprüchen auf Rückzahlung von Versicherungsprämien ohne vertragliche Grundlage: per analogiam § 1480 ABGB in 3 Jahren ab Zahlung

Amtswegigkeit und Manuduktion

- In Umfang und Reichweite erweiterte Prüf- und Manuduktionspflichten des Gerichts zugunsten von Verbrauchern (als Kl und Bekl), arg effet utile
- Zweck: Sicherstellung der praktischen Wirksamkeit unionsrechtlicher Verbraucherschutzvorschriften, soll Verbraucher im Prozess in die Lage versetzen, seine Rechte tatsächlich geltend machen zu können (vgl Rsp zur Verjährung)
- Bisherige Rsp zu Klausel-RL (C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones; C-618/10, Banco Español de Crédito; C-49/14, Finanmadrid zum Mahn- oder Exekutionsverfahren; C-421/14; C-51/17, OTP Bank; C-453/18 u C-494/18, Bondora, VbR 2020/47 zum EU-Mahnverfahren; C-495/19, Kancelaria zum Versäumungsurteil), Verbrauchsgüterkauf-RL (Faber), VKr-RL (Radlinger/Finway)
- Verneint zu UGP-RL: C-109/17, Bankia SA/Merino, mE überholt, arg Art 11a UGP-RL idF Modernisierungs-RL

Amtswegigkeit und Manuduktion

- Unabhängig von der Verfahrensart:
 - sowohl im BG-Verfahren als auch im GH-Verfahren (enger: §§ 432, 435 ZPO)
 - richtlinienkonforme Auslegung der §§ 182, 183 ZPO (ggf: per analogiam § 432 ZPO; mE innerhalb der lex lata-Grenze) vs unmittelbare Anwendbarkeit weil Gerichtspflichten (C-419/18 ua, Profi Credit Polska; Geroldinger)
 - Auch bei eingeschränkter Kognitionsbefugnis des Gerichts: im EU-Mahnverfahren (C-453/18 und C-494/18, Bondora); im nationalen Mahn- oder Exekutionsverfahren (C-49/14, Finanmadrid); zum Versäumuntsurteil (C-495/19, Kancelaria)

Amtswegigkeit und Manuduktion

Im österr Mahnverfahren (§§ 244 ff, 448 ZPO)

- Schlüssigkeitsprüfung § 244 Abs 2 Z 4 ZPO (hA)
- Fehlen die zur Prüfung erforderlichen Angaben (B2C-Geschäft, Klauseln) oder ist das Gericht auf Basis der Angaben der Ansicht, dass die Forderung nicht oder nicht zur Gänze besteht: Einleitung des ordentlichen Verfahrens (vorbereitende TS, Auftrag zur KB), ggf nach Verbesserungsverfahren oder Anweisungen nach § 245 Abs 2 ZPO.
- C-170/21, Profi Credit Bulgaria: Besteht die Forderung nur teilweise, ist nach dem EuGH die Einleitung des ordentlichen Verfahrens nicht zwingend, Gericht kann Klausel von Amts wegen unangewendet lassen und eingeschränkten Zahlungsbefehl erlassen
- ME unzulässige Teil-Abweisung im österr Mahnverfahren, nicht umsetzbar
 - allenfalls dann, wenn Unternehmer selbst – etwa im Verbesserungsverfahren – die Angaben zur Forderungshöhe entsprechend (auf das zulässige Ausmaß, i.e. ohne Anwendung dispositiven Rechts oder ergänzender Vertragsauslegung) reduziert

Amtswegigkeit und Manuduktion

- Vor Erlass eines Versäumungsurteils (§ 396 Abs 1, 2, § 442 ZPO) gegen einen Verbraucher
 - Insofern überholt RS0040871; RS0040892, wonach das tatsächliche Vorbringen der erschienenen Partei grds für wahr zu halten ist, sodass eine Beweisaufnahme unzulässig ist
 - Beachtung zwingender, auch materiell-rechtlicher Vorschriften, ggf Erhebungen (§ 401 ZPO)
 - Ggf Zurückweisung des Antrags (§ 402 Abs 1 Z 3)

Amtswegigkeit und Manuduktion

- unabhängig davon, ob der Verbraucher anwaltlich vertreten oder rechtskundig ist (C-19/20; C-511/17, Lintner; C-429/05, Rampion/Franfinance) (enger: §§ 432, 435 ZPO)
- Verbraucher als Kl / Bekl
- Verbraucher als Inkassozedent (6 Ob 105/21s: Musterprozess, § 502 Abs 5 Z 3 ZPO)
 - kein Erfordernis einer Klagsführung durch den Verbraucher
 - arg Anwendungsbereich der Klausel-RL (materieller Verbraucherbegriff) hängt nicht von Identität der Verfahrensparteien ab, sondern vom Vorliegen eines B2C-Geschäfts bei Vertragsabschluss
- im Verbandsverfahren?
 - für Unterlassungsklagen arg Art 7 Klausel-RL
 - Für Abhilfeklagen iSd Verbandsklagen-RL 2020/1828: Geltendmachung von Verbraucher-Ansprüchen

Amtswegigkeit und Manuduktion

Gegenstand der Prüfpflicht

- Missbräuchlichkeit der Klausel (→ überholt RS0016450, wonach sich der Verbraucher auf die Unzulässigkeit einer Klausel berufen muss; RS0065220; RS0065264)
- Intransparenz der Klausel?
 - Dafür 6 Ob 105/21s – mE zutr, arg Normzweck, Äquivalenzgrundsatz in Hinblick auf national normierte Nichtigkeitssanktion
 - Dagegen I. Vonkilch, arg Nichtigkeitssanktion
- Verbrauchereigenschaft iSv Vorliegen eines Verbrauchergeschäfts (10 Ob 24/21h; arg EuGH Faber; Eder, Geroldinger)

Amtswegigkeit und Manuduktion

- Einwendungen/Ansprüche des Verbrauchers, die mit dem jeweiligen Rechtsschutzziel (Gegenstand des Rechtsstreits) im Zusammenhang stehen
 - Keine Begrenzung durch Streitgegenstandsbegriff
 - vgl EuGH C-511/17, Lintner
 - 6 Ob 105/21s: Streitgegenstand iSd Ergebnisses, das eine Partei mit ihren Ansprüchen im Licht der zu diesem Zweck gestellten Anträge und vorgebrachten Gründe verfolgt

Amtswegigkeit und Manuduktion

Umfang der Gerichtspflichten

- **Prüfung**
 - Klärung der Sach- und Rechtslage durch prozessleitende Maßnahmen (§ 183 ZPO)
 - zB an die Parteien gerichtete Aufforderung zur Klarstellung oder zur Vorlage von Beweismaterial
 - auch ohne konkrete Verdachtsmomente?
 - Vgl re Eingriff in die Rechtskraft C-693/19, C-831/19, SPV Project 1503, Dobank: Rechtskraft des vom Verbraucher nicht angefochtenen Zahlungsbefehls darf Prüfung der zugrunde liegenden Klauseln durch Vollstreckungsgericht nicht entgegenstehen; zur "Immunisierung" der Rechtskraft gegen eine (neuerliche) amtswegige Prüfpflicht im Exekutionsverfahren ist eine ausdrückliche Begründung zur Gültigkeit der Klauseln im Zahlungsbefehl erforderlich

Amtswegigkeit und Manuduktion

- **Information**

- Hinweis auf bislang nicht beanstandete Aspekte wie die mögliche Intransparenz oder Missbräuchlichkeit von (weiteren) Klauseln
- Ansprüche und materiell-rechtliche Einwendungen und Einreden (Gestaltungsrechte), keine Beschränkung auf Konkretisierung und Ergänzung bereits vorgebrachter Rechtsgründe und Einwendungen, auch Hinweis auf „neue“ Rechte
- „objektive und erschöpfende“ Aufklärung über die Rechtsfolgen aus der Aufhebung missbräuchlicher Klauseln (Gesamtnichtigkeit, Erstattungsansprüche) → Ermöglichung einer informierten Entscheidung

Amtswegigkeit und Manuduktion

- **Anleitung:**
 - zu prozessualer Umsetzung, ggf Art der Geltendmachung (zB Vorbringen, Klagsausdehnung, Zwischenfeststellungsantrag vs Widerklage)
 - Vgl zur Gewährleistung: Verbraucher muss bei Geringfügigkeit des Mangels nach § 182 ZPO Gelegenheit zur Klageänderung (Preisminderung statt Wandlung) gegeben werden, das Wandlungsbegehren ist nicht abzuweisen (6 Ob 240/19s VbR 2021/7; EuGH C-32/12, Duarte Hueros)
 - Preisminderung als aliud oder minus zur Wandlung? (GRUG: außergerichtliche Geltendmachung gem § 933 ABGB, §§ 14 Abs 1, 15 Abs 1, 23 VGG)
 - Wohl erstreckbar auf Ebene der primären Gewährleistungsbehelfe (Verbesserung, Austausch) und im Verhältnis zur 2. Stufe
 - Wohl auch keine Kostenfolgen für das bloß teilweise Obsiegen (vgl EuGH C-224/19 u C-259/19, Caixabank)

Amtswegigkeit und Manuduktion

Grenzen

- Information und Anleitung, aber die Entscheidung selbst wird dem Verbraucher nicht abgenommen (Parteienmaxime, Dispositionsgrundsatz)
- Weitergehend aber zum Mahnverfahren EuGH C-170/21, Profi Credit Bulgaria: keine zwingende Einleitung des ordentlichen Verfahrens, Gericht kann missbräuchliche Klausel, auf die ein Teil der geltend gemachten Forderung gestützt ist, von Amts wegen unangewendet lassen und einen eingeschränkten Zahlungsbefehl erlassen

Amtswegigkeit und Manuduktion

- Weitergehend auch 10 Ob 24/21h VbR 2022/44: keine Aufhebung und Zurückverweisung in die 1. Instanz
 - Im Anlassfall hatte sich die Mieterin (auch im RevVerfahren) nicht ausdrücklich auf die Unzulässigkeit der Klausel berufen.
 - Die Unternehmereigenschaft des Bekl leitet der OGH daraus ab, dass dieser nach den Feststellungen unstr 24 Objekte vermietet (vgl RS0065317; § 344 UGB).
 - "Vertragsformular iSd § 879 Abs 3 ABGB" liegt vor, weil "im Verfahren nicht hervorgekommen „ ist, dass die gewählte, im Formular angekreuzte Variante im Einzelnen ausgehandelt wurde (Beweislast des Unternehmers für das Aushandeln von Klauseln vgl Art 3 Abs 2 Klausel-RL).

Amtswegigkeit und Manuduktion

- Problematisch, arg rechtliches Gehör – Art 6 MRK, Art 47 GRC, vgl auch § 182a ZPO: ggf ist dem Prozessgegner die Möglichkeit einzuräumen, zu replizieren (EuGH C-19/20: „nach einer kontradiktorischen Erörterung“)
- 6 Ob 105/21s: mit Blick auf das erst im Rechtsmittelverfahren erstattete Prozessvorbringen der Kl zur Missbräuchlichkeit dieser Klauseln muss der Bekl Gelegenheit gegeben werden, konkretes Bestreitungs vorbringen in Bezug auf diese Klauseln zu erstatten und dazu allfällige Beweisanträge zu stellen: Aufhebung und Zurückverweisung

Amtswegigkeit und Manuduktion

- Pflichten gelten auch im Rechtsmittelstadium
- Das Rechtsmittelgericht hat von Amts wegen Untersuchungsmaßnahmen zu treffen, wenn sich aus den Akten entsprechende Anhaltspunkte für eine potenzielle Missbräuchlichkeit von Klauseln ergeben
- Daher: Vorbringen, das erstmals in einem Rechtsbehelf erstattet wird, verstößt nicht gegen das Neuerungsverbot
- unabhängig davon beachtlich, ob ein erstinstanzlicher Verstoß gegen die Manuduktionspflicht vorliegt, und ob dieser Verfahrensmangel überhaupt mit Revision geltend gemacht werden könnte (str)
- Keine Präklusion verspäteten Vorbringens (§ 179 ZPO)
- Gleiches wird iaR bezüglich negativer Kostenfolgen für den Verbraucher gelten (§§ 44, 48, 142 ZPO); ev Ausnahme bei Verschleppungsabsicht

Prozesskosten

C-224/19 ua, Caixabank (Kosten für Bestellung und Löschung der Hypothek)

- Eine Regelung, die dem Verbraucher entsprechend der Höhe der rechtsgrundlos gezahlten Beträge einen Teil der Verfahrenskosten auferlegt (Art 394 spanische ZPO), ist unzulässig, da sie ein erhebliches Hindernis schafft, das geeignet ist, die Verbraucher von einer Ausübung ihres Rechts auf eine effektive gerichtliche AGB-Kontrolle abzuhalten
- Es ist mit dem Effektivitätsgrundsatz nicht vereinbar, dem Verbraucher entsprechend den ihm erstatteten Beträgen einen Teil der Verfahrenskosten aufzuerlegen, obwohl er hinsichtlich der Missbräuchlichkeit der angefochtenen Klausel obsiegt hat

Prozesskosten

- Dem Verbraucher soll bei festgestellter Missbräuchlichkeit der Klausel das Kostenrisiko abgenommen werden
- gilt nach der E wohl unabhängig davon gelten, ob die Missbräuchlichkeit nur inzidenter als Vorfrage des Leistungsbegehrens bejaht oder spruchmäßig festgestellt wird (das spanische Recht sieht eine wohl deklarative "Nichtigerklärung" durch das Gericht vor)
- → Kostenteilung nach § 43 Abs 1 ZPO bei bloß teilweisem Obsiegen mit Leistungsbegehren (zB Verjährung, Lückenfüllung) = richtlinienwidrig
- Richtlinienkonforme Interpretation per analogiam § 43 Abs 2 ZPO möglich? (Leupold, Geroldinger)
 - Ausnahmsweiser voller Kostenersatz bei Unterliegen mit nur geringfügigen Forderungen; die Geringfügigkeit richtet sich danach, ob die Überklagung zusätzlichen Kosten-/Verfahrensaufwand verursacht

Prozesskosten

- Mehr Spielraum gäbe es in Hinblick auf eine Abwägung der Begehren zueinander anhand ihrer Bedeutung, wenn neben dem Geldleistungs- auch über ein Feststellungsbegehren abzusprechen wäre
- Missbräuchlichkeit/Nichtigkeit der Klausel als feststellungsfähiges Recht(sverhältnis) iSd § 228 ZPO?
 - Normzweck, rechtliches Interesse vs keine Feststellungsfähigkeit von rechtlichen Qualifikationen/Eigenschaften; Subsidiaritätsgrundsatz
 - Aber: Recht auf Feststellung – anders als Prozesskostenersatz – unmittelbar anzuwenden? (EuGH Credit Polska)

Vielen Dank!

Dr. Petra Leupold, LL.M. (UCLA)

Director of VKI Academy, Head of Dep. of Knowledge Management

Legal Department

Verein für Konsumenteninformation (VKI)

Austria, 1060 Vienna, Linke Wienzeile 18

E-Mail: petra.leupold@vki.at

www.verbraucherrecht.at/akademie