

# WORKSHOP AGB-Recht

## Klauselprüfung I Verbandsklagen I Judikatur-Update

Academy-Webinarreihe zum Verbraucherrecht

12/15/2022

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

Dr. Stefan Langer

# Agenda

- Einführung und Grundlagen
- Update: Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung
  - Anwendungsbereich
  - Materielles Recht: Klauselprüfung, Lückenfüllung, Restitution, Verjährung
  - Verfahrensrecht: Amtswegigkeit, Manuduktion, Prozesskosten
- 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
  - Prüfzeitpunkt: bei Vertragsabschluss (ex ante, Dexia) vs Prüfung der Nachteiligkeit der Gesamtnichtigkeit bei Klauselwegfall aus Sicht des Verbrauchers
  - Abgrenzung Hauptleistung – Nebenleistung

# AGB-Recht: Grundlagen

- Transparenzkontrolle (§ 6 Abs 3 KSchG) – Nov 1997
  - Bestimmung ist unwirksam, wenn unklar oder unverständlich abgefasst
  - Erfasst auch Hauptleistungspflichten
  - Abschluss- und Abwicklungstransparenz
  - Einzelgebote: (1) Erkennbarkeit, Verständlichkeit, (2) Hinweis auf bestimmte Rechtsfolgen, (3) Bestimmtheit, (4) Differenzierung, (5) Richtigkeit, (6) Vollständigkeit

# AGB-Recht: Grundlagen

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

# 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 Inkassozeession, 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
  - 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?

- § 879 Abs 3 ABGB: nur für Vertragsbestimmungen, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegen
- Regulierung über Angebot und Nachfrage vs Marktversagen
- Essentialia negotii (§ 885 ABGB) = kontrollimmun, außer unklar abgefasst (§ 6 Abs 3 KSchG) – Achtung: weniger strenger Maßstab als bzgl Bestimmbarkeit (§ 869 ABGB)
- Enge Auslegung: Ausnahme betrifft nur die individuelle ziffernmäßige Umschreibung der beiderseitigen Hauptleistungen, nicht auch Bestimmungen, die die Preisberechnung in allgemeiner Form regeln

# Inhaltskontrolle: Hauptleistung?

- ZB bei Versicherungsverträgen: nur Versicherungsart und Prämienhöhe kontrollfrei, Leistungsbeschreibung + Risikoausschlüsse kontrollunterworfen (stRsp)
- Vgl aber zur qualifizierten Nachrangklausel 4 Ob 110/17f: Nachrangdarlehen schafft eigenen Vertragstypus, daher kontrollfrei (krit Graf, Haghofer, Kriegner, Leupold)
  - BGH IX ZR 143/17: kontrollfrei nach § 307 BGB, aber wegen Intransparenz nichtig, wenn Rangtiefe, vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre, deren Wirkungen, Dauer und die Anknüpfung an die genauen Insolvenzeröffnungsgründe nicht klar bezeichnet werden
  - OLG Innsbruck 4 R 176/17z (rk) VbR 2018/119: § 6 Abs 3 KSchG, offen lassend ob mangels zweiseitiger Ausgestaltung auch Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG

# Inhaltskontrolle: Hauptleistung?

OGH, 18.10.2022, 4 Ob 59/22p, 17.11.2022, 3 Ob 155/22y – 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
- 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)

# 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?

- Entspricht § 6c KSchG (Art 22 VR-RL): Normzweck Preistransparenz
- Verpflichtung zu „weiterer Zahlung“ neben dem für die Hauptleistung vereinbarten Entgelt (zB für Zusatzleistung) erfordert „ausdrückliche Zustimmung“ des Verbrauchers = nach hA nicht in AGB
- Bei Verstoß: zwingende Rückerstattung nach Abs 2, Verpflichtung zur „Gratisleistung“ (hA)
- Daraus folgt: selbst bei Zusatzleistung ist ausdrückliche Zustimmung erforderlich; Rechtsfolgen entsprechen Klausel-Recht

# Transparenz und/oder Missbräuchlichkeit?

- Bislang im Verbandsprozess iaR nur Prüfung der Intransparenz (§ 6 Abs 3 KSchG)
- Ausdrückliche Umkehrung der Prüfreihefolge:
  - 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.“
- Warum wichtig?

# 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.
- 
- 8.12.2022, C-625/21, Gupfinger: keine Haftung nach dispositivem Recht bei nichtiger Stornoklausel

# Rechtsfolgen: Lückenfüllung

- „Unverbindlichkeit“ missbräuchlicher Klauseln (Art 6) = ersatzloser Entfall ohne Lückenfüllung durch
  - (1) geltungserhaltende Reduktion
  - (2) ergänzende Vertragsauslegung, oder
  - (3) dispositives Recht
- Natürlicher Konsens?
- Nicht als Ersatzbegründung für ergVA, kaum nachweisbar, wird iaR nicht vorliegen mangels Verbraucherbewusstseins (Abgrenzung zum normativen Konsens!)
- siehe zum „gemeinsamen Parteiwillen“ C-212/20, C-80/21 ua (arg Funktionsverwandtschaft)

# Rechtsfolgen: Lückenfüllung

## Außer:

- informierter (!) Verbraucher beruft sich nicht auf Missbräuchlichkeit der Klausel, uzw in Kenntnis der Missbräuchlichkeit und der jeweiligen Rechtsfolgen

## Ausnahme:

- (1) stRsp: 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

# Rechtsfolgen: Lückenfüllung

- (2) Bei gleichzeitiger Missbräuchlichkeit und Intransparenz (arg § 915 S 2 ABGB wegen Nichtberufens auf die Klausel-Nichtigkeit)
- (3) Wohl auch: ohne drohende Gesamtnichtigkeit bei dispositivem Recht zugunsten des Verbrauchers (vgl 10 Ob 24/21h, Tierhaltungsverbot: Anwendbarkeit von § 1098 ABGB bei missbräuchlichem Zustimmungsvorbehalt)
- (4) ergänzende Vertragsauslegung zugunsten des Verbrauchers?

# Rechtsfolgen: Lückenfüllung

- Normzweck:
  - Sanktionscharakter zwecks Generalprävention
  - Schutz des Verbrauchers
- allgemein flexibler Zugang des EuGH zwecks Abwendung von Nachteilen für Verbraucher
  - „Neuverhandlung“ unter gerichtlicher Anleitung mangels dispositiven Rechts zulässig: Banca B.
  - FWK-Umwandlung in nationale Währung: Lombard Lizing
  - iE Gupfinger: Aufrechterhalten des Stornorechts
- Jedes dispositive Recht vs Abgrenzung nach Klausel-Regelungsgehalt und verdrängender/ergänzender Funktion? (Graf, Faber)

# Rechtsfolgen: Lückenfüllung

EuGH 8.12.2022, C-625/21, Gupfinger:

- Rücktritt vom Messekauf einer Einbauküche um rd € 11.000,-
- IaR kein FAGG-Rücktrittsrecht bei Messekäufen (OGH, EuGH)
- „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.
- Stornogebühr iHv 20 % (hier: rd € 2.200) ist gröblich benachteiligend: 3 Ob 237/16y; 4 Ob 229/13z
- Der Unternehmer klagte auf Nichterfüllungsschaden iHv rd € 5.270,- (Kaufpreis abzüglich Ersparnisse, entspricht § 921 ABGB)
- 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
- Ersatzloser Entfall der Haftungsklausel + keine Gesamtnichtigkeit
- keine Haftung nach § 921 ABGB

# Rechtsfolgen: Lückenfüllung

(2) Gilt dies auch dann, wenn der Unternehmer seinen Schadenersatzanspruch nicht auf die Klausel stützt?

- „Die Durchführung der in Art 6 Abs 1 und Art 7 Abs 1 Klausel-RL vorgesehenen Folgen kann nicht von den prozessualen Entscheidungen des Unternehmers abhängen“
- → Amtswegigkeitsgrundsatz ist nicht auf Streitgegenstand beschränkt – Zusammenhang anhand des Rechtsschutzziels (Lintner); konterkariert EuGH-Rsp und würde präventive Berufung auf dispositives Recht ermöglichen; „lex specialis“ im Vertrag; bei „reiner Abbildung“ des dispositiven Rechts wird iaR keine Missbräuchlichkeit vorliegen
- mE auch kein „Ausweichen“ auf dispositives Recht durch „einseitigen Verzicht“ auf Klausel durch Unternehmer
- keine Auswirkungen einer Unterlassungserklärung nach § 28/2 KschG, arg Eingriff in individuelle Rechtspositionen zulasten des Verbrauchers

# 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, Tatbestand und Rechtsfolgen
- 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: keine Teilbarkeit der Klausel, kein eigenständiger Regelungsbereich

- Zwingende Gesamtnichtigkeit
- Verknüpfung der Rechtsfolgen nach Wahl des Unternehmers
- Vgl bereits § 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 Zusammenhang der Regelungsbereiche

# Rechtsfolgen: Lückenfüllung

- Folgefrage: Entgeltanspruch als Erfüllungsanspruch, weil auch Entfall des Stornorechts?
  - Vgl 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?
  - 4 Ob 131/21z: „widerspricht diametral der Systematik und den Wertungen des Zivilrechts, das davon geprägt ist, die unterschiedlichen Interessen von Vertragsparteien billig auszugleichen“

# Rechtsfolgen: Lückenfüllung

- EuGH: ein Unternehmer, der „das vertragliche Gleichgewicht durch Auferlegung einer missbräuchlichen Klausel gestört hat, nicht auf dieses Gleichgewicht berufen [kann], um den Folgen der Ungültigerklärung dieser Klausel zu entgehen“
- → Sanktionscharakter und windfall profit im Individualverhältnis, materielle Ausgewogenheit zwischen den Parteien wird nicht angestrebt
- → Kein vertraglicher Erfüllungsanspruch, würde die Abschreckungswirkung vereiteln = kostenloses Stornorecht

# Rechtsfolgen: Lückenfüllung

- Gesetzliche Bereicherungsansprüche bei unzulässiger Entgeltklausel?
  - 9 Ob 85/17s: keine Lückenfüllung durch ergVA oder dispositives Recht
  - § 1152 ABGB (angemessenes Entgelt) bei intransparenten Entgeltklauseln im Partnervermittlungsvertrag
  - keine Stellungnahme zur Anwendbarkeit von Bereicherungsansprüchen (§§ 1431, 877, 1152 analog)

# Rechtsfolgen: Lückenfüllung

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

- 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.
- Dispositives Recht vs besondere Nachteiligkeit als Folge der Gesamtnichtigkeit?

# Rechtsfolgen: Lückenfüllung

Nach Gupfinger:

- mE als dispositives Recht nicht anzuwenden, wenn es den Abschreckungseffekt konterkariert und den unzulässigen Anspruch substituiert
- vgl Wertungen aufgedrängter Bereicherung, FAGG-Entgeltentfall bei Informationspflichtverletzungen zum RR

# 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
- 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, Schadenersatzverjährung, § 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

# Fallgruppen Rechtsfolgen

- Unzulässige Stornoklausel: kostenloses Stornorecht
- Unzulässige Haftungsklausel: keine Haftung (ev außer Vorsatz des Verbrauchers, Beweislast Unternehmer)
- Unzulässige Freistellungsklausel: kein Freistellungsanspruch nach § 1014 ABGB
  - ZB Treuhandverträge re MPC Reefer 1-Fonds: keine Abtretbarkeit an Insolvenzverwalter
- Unzulässige Preisänderungsklauseln: kein einseitiges Preisänderungsrecht
  - § 25/2, 3 TKG aF (§ 135 Abs 8, 12 TKG 2021): einseitiges gesetzliches Änderungsrecht des Telekomanbieters (4 Ob 113/18y)
  - bei Verwendung einer unzulässigen Klausel: keine Berufung auf § 25 TKG möglich (Spitzer)

# Fallgruppen Rechtsfolgen

- Unzulässige Rechtswahlklausel: Heimatrecht des Verbrauchers (Art 6/1 Rom I-VO)
- Unzulässige Verkürzung von Gewährleistungs- / Verjährungsfristen: „ewige“ Gewährleistung / Rechtsausübung?
- **Unzulässige Kündigungsklausel**, mit der sich Unternehmer das Recht zur sofortigen Kündigung auch für Fälle ausbedingt, in denen kein wichtiger Grund vorliegt: ao Kündigung aus wichtigem Grund noch möglich?
  - Graf: Ergänzung vs Verdrängung (mE zw)
  - Aber: Beschränkung durch zwingendes Recht

# Fallgruppen Rechtsfolgen

## Unzulässig lange Bindungsdauer

- ZB 3 Ob 155/22y, 4 Ob 59/22p – Fitnesscenterverträge
- „Die Mitgliedschaftsvereinbarung kann sowohl vom Mitglied wie auch von dem Anbieter jeweils unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist zu jedem Monatsletzten schriftlich gekündigt werden. Für die ersten zwölf Monate ab Beginn des Vertragsverhältnisses verzichtet das Mitglied auf das Recht zur ordentlichen Kündigung der Mitgliedschaftsvereinbarung (Mindestvertragsdauer).“
- Kein Zusammenhang zwischen Bindungsdauer und Leistungsangebot, unangemessen lange Bindungsdauer (§ 6/1/1 KSchG), § 6/3 KSchG
- → Unzulässig lange Bindungsdauer führt zu einer jederzeitigen ordentlichen Kündigungsmöglichkeit des Verbrauchers ab Vertragsbeginn

# Fallgruppen Rechtsfolgen

## Mehrjähriger Kündungsverzicht bei Wohnmiete

- 9 Ob 13/21h: Kündungsverzicht des Mieters für drei oder fünf Jahre bei unbefristetem Mietvertrag verstößt gegen § 6 Abs 1 Z 1 KSchG. Die bloße Sanierung einer Wohnung vor der Vermietung kann eine derart lange Bindung des Mieters nicht rechtfertigen.
- → ersatzloser Entfall des Kündungsverzichts, jederzeitige ordentliche Kündigungsmöglichkeit des Mieters
- Bei beiderseitigem Kündungsverzicht?
  - Bindung des Vermieters bleibt aufrecht (I. Vonkilch; arg Normzweck)

# Fallgruppen Rechtsfolgen

Vgl auch:

- Überholt 3 Ob 132/15f: Unzulässigkeit 30-jähriger Bindung beim Timesharingvertrag (§ 6/1/1 KSchG), aber geltungserhaltende Reduktion auf 15 Jahre (arg Mindestbindung als vertragscharakterisierende Hauptleistung; krit Graf, I. Vonkilch)
- 7 Ob 73/15h zum Seminarvertrag: 6 Jahresbindung ist in Anbetracht dessen, dass mit der Finanzierung der vertraglich geschuldeten Leistungen praktisch keine Kapitalbindung einhergeht, sachlich nicht gerechtfertigt
- 9 Ob 68/08b: Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts für 18 Jahre bei einer monatlichen Ansparzahlung an eine treuhänderisch fungierende GmbH innerhalb einer "kupierten" Publikums-GmbH & Co KG ist unzulässig iSd § 6 Abs 1 Z 1 bzw § 879 Abs 3 ABGB

# Fallgruppen Rechtsfolgen

## Unzulässige Gebührenklauseln

- Verwaltungs-/Servicepauschale, Kreditbearbeitungsgebühr, Abschlusskosten – siehe Fitnesscenter-Urteile
- Servicepauschale, Speichermedienvergütung: 4 Ob 86/21g
  - Gesamtpreis iSd § 4 Abs 1 Z 4 FAGG umfasst auch Speichermedienvergütung und muss als Summe (nicht nur Preisbestandteile) angegeben werden. Jährliche Servicepauschale + monatliche Grundgebühr: Servicepauschale muss aliquot in den monatlichen Gesamtkosten und Grundgebühr kumuliert in den jährlichen Gesamtkosten enthalten sein (§ 4/1/5 FAGG) – Rückzahlungsanspruch § 4/5 FAGG
- → keine Gebühr, kein Aufwandsersatz (§ 1014 ABGB)
- → Rückzahlungsanspruch des Verbrauchers verjährt in 30 Jahren ab Zahlung

# Fallgruppen Rechtsfolgen

- Vgl § 6c KSchG (Art 22 VR-RL): Verpflichtung zu „weiterer Zahlung“ neben dem für die Hauptleistung vereinbarten Entgelt (zB für Zusatzleistung) erfordert „ausdrückliche Zustimmung“ des Verbrauchers = nach hA nicht in AGB
  - Normzweck Preistransparenz
  - Bei Verstoß: zwingende Rückerstattung nach § 6c Abs 2, wohl auch Verpflichtung zur „Gratisleistung“ (hA) – Rechtsfolgen entsprechen Klausel-Recht
  - Daher: selbst bei selbständig bepreister Zusatzleistung ist ausdrückliche Zustimmung erforderlich

# Fallgruppen Rechtsfolgen

## Missbräuchlicher Zustimmungsvorbehalt zur Tierhaltung

- 10 Ob 24/21h: Eine Klausel, wonach "Hunde und Kleintiere nur mit schriftlicher Bewilligung des Vermieters gehalten werden (dürfen)", ist gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, weil sie impliziert, dass auch die Haltung von wohnungsüblichen, artgerecht in Behältnissen gehaltenen Kleintieren (wie Ziervögeln, Zierfischen, Hamstern oder kleinen Schildkröten) vom Vermieter ohne sachlichen Grund verweigert werden kann; vgl zur Verbotsklausel 2 Ob 73/10i
- § 1098 ABGB: Ob der Mieter im Einzelfall berechtigt ist, Haustiere zu halten, richtet sich nach Vertragszweck, Ortsgebrauch und Verkehrssitte. Danach ist das Halten der üblichen Haustiere, insb von Hunden und Katzen, regelmäßig erlaubt, außer die Tierhaltung würde über das gewöhnliche Maß hinausgehen

# Fallgruppen Rechtsfolgen

- OGH: Anwendbarkeit von § 1098 ABGB, aber nur obiter-Aussage des 10. Senats (arg hier ohnehin zulässig)
- (Gesamt-)Nichtigkeit des Mietvertrags? (Fidler, arg kontrollfreie Hauptleistung, Konkretisierung des Nutzungsrechts des Mieters)
- Tierhaltung ohne Zustimmung auch über das gewöhnliche Maß hinaus zulässig?
  - Regelungsgehalt der Klausel „Hunde und Kleintiere“: ergänzende Anwendbarkeit von § 1098 ABGB für zB Schafe und Kühe?
  - mE begrenzt durch zwingendes Recht, Schutzpflichten gegenüber anderen Mietern berechtigt bei Unzumutbarkeit zu Unterlassungsansprüchen gegenüber Mieter (nicht Kündigung!)

# Fallgruppen Rechtsfolgen

## Intransparente Betriebskostenklauseln

- Verbandsverfahren: 7 Ob 78/06f (1. Klausel-E), 2 Ob 215/10x (5. Klausel-E): demonstrative Aufzählung der BK-Positionen
- 4 Ob 106/21y: „Zu den Betriebskosten und öffentlichen Abgaben zählen jedenfalls die in den §§ 21–24 MRG normierten Positionen, sowie sämtliche Kosten, die mit dem Betrieb, der Pflege, Wartung, Instandhaltung und Verwaltung des Objektes verbunden sind, das sind: [...]“
  - Intransparenz im Teilanwendungsbereich, wenn Mieter aufgrund der Klausel nicht abschätzen kann, welche „BK, öffentliche Abgaben und Verwaltungskosten“ mit der Liegenschaft anfallen und welche Belastung für ihn daraus resultiert und die in §§ 21 bis 24 MRG genannten Positionen nicht taxativ genannt werden (arg „zählen jedenfalls“)
  - Keine Vorlage zur Teilbarkeit (arg Streichung von „jedenfalls“)

# Fallgruppen Rechtsfolgen

- 6 Ob 105/21s – Individualverfahren zur Rückforderung von BK:
- Klausel zur anteiligen Tragung von Verbrauchskosten durch Mieter ist intransparent, wenn die in der Bestimmung erfassten Kostenpositionen nur beispielhaft aufgezählt werden – Reichweite bleibt unklar, Verhältnis zu „sonstigen BK“, Aufteilungsschlüssel unklar (Alleineigentümerin, Verweis auf Eigentümergemeinschaft)
- OGH: „sämtliche BK sind zu erstatten“
- Reduktion auf den transparenten Kernbereich durch geltungserhaltende Klauselabgrenzung (I. Vonkilch) vs unionsrechtlicher Klauselbegriff EuGH Gupfinger

# Fallgruppen Rechtsfolgen

## Unzulässige Verzugszinsenklausel

- 1 Ob 77/22p Kfz-Leasing: Eine Vereinbarung, wonach über die gesetzlichen Verzugszinsen hinausgehende Verzugszinsen unabhängig davon zustehen sollen, ob dem Gläubiger ein über die gesetzlichen Zinsen hinausgehender Zinsschaden (insb aufgrund höherer Refinanzierungskosten) entstanden ist, weicht von § 1333 Abs 1 ABGB ohne sachliche Rechtfertigung ab und ist gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB
- Zusätzlich Verstoß gegen § 1336 Abs 3 Satz 2 ABGB, weil pauschalisierte Verzugszinsen als Konventionalstrafe anzusehen sind, neben welcher der Ersatz eines diese übersteigenden Schadens nur begehrt werden kann, wenn im Einzelnen ausgehandelt: 6 Ob 120/15p [K 51]; 9 Ob 11/18k [K 6]; 1 Ob 124/18v [K 17]; 6 Ob 24/20b [K 2]; aA noch 3 Ob 46/19i [K 10]; vgl auch 10 Ob 14/18h

# Fallgruppen Rechtsfolgen

- → Kein Anspruch des Unternehmers auf die gesetzlichen Verzugszinsen iHv 4 % (§ 1000 Abs 1, § 1333 ABGB) wenn diese höher sind als der vereinbarte Sollzinssatz
- vgl C-94/17, Banco Santander und Escobedo Cortés: nur vertraglich vereinbarte Darlehenszinsen, keine (auch gesetzlichen) Verzugszinsen; C-229/17, Dexia

# 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, Finanzmadrid); 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)

## ... Fragen und Diskussion ?

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](mailto:petra.leupold@vki.at)

[www.verbraucherrecht.at/akademie](http://www.verbraucherrecht.at/akademie)