



IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Oberlandesgericht Graz hat als Berufungsgericht durch den Richter Dr. Rothenpieler (Vorsitz) und die Richterinnen Dr. Angerer und Dr. Scherz in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch die Kosenik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei **Karma Werte GmbH**, Leonhardstraße 44, 8010 Graz, vertreten durch die Denkmaier Hutterer Hüttner Waldl Rechtsanwälte GmbH in Linz, wegen Unterlassung (Streitwert: EUR 30.500,00) und Veröffentlichung (Streitwert: EUR 5.500,00), über die Berufung der beklagten Partei (Berufungsinteresse: EUR 19.863,65) gegen das Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Graz vom 10.Juni 2016, 35 Cg 153/15t-13, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Das angefochtene Urteil wird mit der Maßgabe bestätigt, dass Punkt I. 7. des Urteilspruches zu entfallen hat.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 1.849,92 (darin EUR 308,32 Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 30.000,00.

Die ordentliche Revision ist **zulässig**.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Der Kläger ist ein zur Unterlassungsklage nach § 28 KSchG berechtigter Verein. Die Beklagte betreibt ein Unternehmen für erneuerbare Energie und Photovoltaik. Im Rahmen ihres Geschäftsbetriebes nimmt sie zur Unternehmensfinanzierung im gesamten Bundesgebiet qualifizierte Nachrangdarlehen von Verbrauchern auf. Dabei verwendet sie

Allgemeine Geschäftsbedingungen (Darlehensbedingungen [im Folgenden auch nur „DB“]), die (ua) folgende Klauseln beinhalten:

1. Der DG [Darlehensgeber] hat die Änderung der Monatsraten drei Wochen vor Wirksamkeit der Änderung dem DN [Darlehensnehmer] mittels eingeschriebenen Briefes bekanntzugeben (§ 2.2. letzter Satz; Klausel 1).

2. Der DG ist berechtigt, diesen Darlehensvertrag unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 12 Monaten jeweils zum 31.12. ordentlich zu kündigen (§ 5.1. erster Satz; Klausel 2).

3. Die ordentliche Kündigung hat schriftlich per eingeschriebenem Brief zu erfolgen (§ 5.1. zweiter Satz; Klausel 3).

4.a Wurde die vertraglich vereinbarte Gesamtsumme im Zeitpunkt des Kündigungsendtermins noch nicht vollständig an den DN bezahlt, erhält der DG den Rückzahlungsbetrag abzüglich der pauschalierten Ersatzleistung iSd § 6 der Darlehensbedingungen unter Berücksichtigung des § 9 der Darlehensbedingungen ausbezahlt (§ 5.4.; Klausel 4a).

4.b Durch die nicht ordnungsgemäße Erfüllung des Nachrangdarlehensvertrages, insbesondere im Fall der vorzeitigen Beendigung vor der vollständigen Erfüllung der vertraglich vereinbarten Gesamtsumme, erleidet der DN einen Nachteil.

Dieser Nachteil wird durch eine pauschalierte Ersatzleistung ausgeglichen.

Die pauschalierte Ersatzleistung berechnet sich wie folgt: Es ist der Differenzbetrag zwischen sämtlichen Einzahlungen und der vertraglich vereinbarten Gesamtsumme zu errechnen. Die pauschalierte Ersatzleistung beträgt 25% des ermittelten Differenzbetrages.

Die pauschalierte Ersatzleistung wird insbesondere zur Deckung des nicht vollständig geleisteten Agios, der laufenden Vertriebs- und Bearbeitungskosten sowie des angefallenen administrativen Aufwands aufgrund der vorzeitigen Auszahlung des langfristig verplanten Kapitals verwendet.

Der Anspruch des DN gegenüber dem DG auf Zahlung der pauschalierten Ersatzleistung entsteht in den Fällen des Punkt 4, Punkt 5 und Punkt 6 dieser Darlehensbedingungen im Zeitpunkt der Beendigung des Darlehensvertrages.

Die pauschalierte Ersatzleistung wird gemäß § 5 vom Rückzahlungsbetrag in Abzug gebracht. Übersteigt die pauschalierte Ersatzleistung den Rückzahlungsbetrag, so verpflichtet sich der DG diesen Differenzbetrag binnen 14 Tagen nach schriftlicher Aufforderung durch den DN zu bezahlen (§ 6; Klausel 4b).

5. Der DG kann das qualifizierte Nachrangdarlehen jederzeit aus wichtigen Gründen (außerordentliche Kündigung) kündigen. Im Falle einer außerordentlichen Kündigung endet der Vertrag mit Zugang der Kündigungserklärung beim DN. Die außerordentliche Kündigung hat schriftlich per eingeschriebenem Brief zu erfolgen. Der DG erhält den Rückzahlungsbetrag gemäß den Bestimmungen des § 9 der Darlehensbedingungen ausbezahlt, wenn dieser einen in der Sphäre des DN liegenden wichtigen Grund behauptet und schlüssig darlegen kann. Festgehalten wird, dass eine Verschlechterung der Finanz- oder Vermögenslage des DN kein wichtiger Grund zu einer vorzeitigen Auflösung des Vertrages ist. In allen anderen Fällen erhält der DG den Rückzahlungsbetrag abzüglich der pauschalierten Ersatzleistung iSd § 6 der Darlehensbedingungen ausbezahlt (§ 5.5.; Klausel 5).

6. Der DG tritt für den Fall der Insolvenz hiermit mit seinen Forderungen unwiderruflich im Rang hinter sämtliche Forderungen gegenwärtiger und zukünftiger anderer Gläubiger (mit Ausnahme der Gläubiger, die ebenfalls Nachranggläubiger sind) zurück. Der DG kann seine Forderungen aus dem Nachrangdarlehensvertrag nicht vor, sondern nur gleichrangig mit den Einlagenrückgewähransprüchen der Karma Werte GmbH verlangen (qualifizierter Rangrücktritt).

Außerhalb der Insolvenz verpflichtet sich der DG, seine Forderungen solange und soweit nicht geltend zu machen, wie die teilweise oder vollständige Befriedigung dieser Forderung zu einer zum Insolvenzantrag verpflichtenden Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit des DN führen würde. Die Forderungen des DGs können außerhalb einer Insolvenz nur nachrangig, und zwar nach Befriedigung aller anderen nicht gleichrangigen Gläubiger, und erst nach Beendigung einer allenfalls vorliegenden Krise befriedigt werden. Der DN befindet sich in einer Krise, wenn die Eigenmittelquote (§ 23 Unternehmensreorganisationsgesetz [URG]) der Gesellschaft weniger als 8% und die fiktive Schuldentilgungsdauer (§ 24 URG) mehr als 15 Jahre betragen (§ 8; Klausel 6).

7. Der DG kann seine Rechte und Pflichten aus dem Vertrag jederzeit – jedoch nur mit schriftlicher Zustimmung des DN – übertragen (§ 11; Klausel 7).

8. Mündliche Nebenabreden, Zusagen oder Vereinbarungen, welche über den Vertragsinhalt hinausgehen, wurden nicht getroffen. Änderungen und Ergänzungen zu diesem Vertrag sowie die Aufhebung des Vertrages bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform (§ 13.1.; Klausel 8).

9. Sollte eine Bestimmung dieses Vertrages unwirksam sein oder werden oder die Bestimmungen lückenhaft sein, wird dadurch die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen nicht berührt. Beide Vertragspartner verpflichten sich, ungültige Bestimmungen durch wirtschaftlich oder sachlich möglichst gleichkommende Bestimmungen zu ersetzen (§ 13.2.; Klausel 9).

10. Gerichtsstand für Streitigkeiten im Zusammenhang mit diesem Vertrag ist – soweit rechtlich zulässig – der Sitz des DN (§ 13.3.; Klausel 10).

11. Die Haftung des DN und des Vermittlers wird für Schäden aufgrund leichter Fahrlässigkeit ausgeschlossen. Davon ausgenommen sind Personenschäden gemäß § 6 Abs 1 Z 9 KSchG (§ 14; Klausel 11).

Der Kläger forderte die Beklagte vor Einbringung der Klage unter Setzung einer Frist auf, zu diesen Klauseln eine durch eine Vertragsstrafenvereinbarung besicherte Unterlassungserklärung abzugeben. Eine solche Unterlassungserklärung gab die Beklagte nicht ab.

Der **Kläger** begehrte mit der am 14. Dezember 2015 eingebrachten Klage, der Beklagten die Verwendung dieser Klauseln oder sinngleicher Klauseln sowie die Berufung darauf zu untersagen und ihr die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einer Samstags-Ausgabe des redaktionellen Teils der bundesweit erscheinenden „Kronen-Zeitung“ zu erteilen. Zu den im Berufungsverfahren noch zu beurteilenden Klauseln brachte sie im Wesentlichen vor, nach der Klausel 2 könne es bis zu 24 Monate dauern, bis eine vom Darlehensgeber ausgesprochene ordentliche Kündigung wirksam werde. Das sei unter Berücksichtigung der schutzwürdigen Interessen beider Vertragsparteien und der gesetzlichen Regelungen für unmittelbar vergleichbare Vertragsverhältnisse unangemessen lang. Die Klausel verstoße gegen § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 1 Z 1 KSchG. Auch bei einer Kündigungsfrist von sechs Monaten hätte die Beklagte ausreichend Zeit, alternative Finanzierungen sicherzustellen. Die Klausel sei auch intransparent. Da der Verbraucher die Kündigung erst nach Ablauf von vier Jahren frühestens am ersten Tag des fünften Jahres aussprechen könne,

könne eine ordentliche Kündigung jedenfalls erst nach mehr als fünf bis zu sechs Jahren nach Vertragsbeginn wirksam werden. Dieser Effekt sei für den durchschnittlichen Verbraucher nicht ohne weiteres erkennbar, sodass darauf in der Klausel hingewiesen werden müsste. Der Verbraucher werde vor allem dann kündigen, wenn sich die wirtschaftliche Situation der Beklagten verschlechtere und er ihr keine weiteren Darlehensbeträge mehr zur Verfügung stellen wolle. Die Klausel sei schon deshalb sittenwidrig und damit unwirksam, weil der Verbraucher auch nach einer Kündigung des Darlehensvertrages verpflichtet sei, der Beklagten bis zu 24 Monate lang weitere Kreditbeträge zur Verfügung zu stellen. Schon aus diesem Grund könne die massive Abweichung von der nach dem dispositiven Recht (§ 132 UGB) sonst für solche Vertragsverhältnisse vorgesehenen Kündigungsfrist von sechs Monaten sachlich nicht ausreichend gerechtfertigt sein. Die Klauseln 4a und 4b seien unwirksam, weil die ordentliche Kündigung eines auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Dauerschuldverhältnisses weder ein vertragswidriges noch ein schuldhaftes Verhalten des Verbrauchers darstelle. Die Begründung verschuldensunabhängiger Schadenersatzpflichten in AGB sei gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB. Die in § 6 der Darlehensbedingungen vorgesehenen Schadenersatzpflichten seien auch der Höhe nach gröblich benachteiligend. Ein in einer Vertragsklausel vereinbarter pauschalierter Schadenersatzanspruch dürfe den typischerweise verursachten durchschnittlichen Schaden des Unternehmers im Rahmen einer ex-ante-Betrachtung nicht wesentlich übersteigen. Die Vertragsstrafe in Höhe von 25 % der noch nicht geleisteten Darlehensbeträge stünde in keiner vernünftigen Relation zum angeblichen „Aufwand“ der Beklagten. Aufgrund seiner Schadenersatzverpflichtung könnte der Darlehensgeber nicht nur seinen Anspruch auf eine Rückzahlung der von ihm zur Verfügung gestellten Darlehensbeträge verlieren, sondern bei der Beklagten Schulden haben, was völlig unangemessen sei. Nach der Klausel 5 stehe der Darlehensnehmerin der pauschalierte Schadenersatzanspruch auch dann zu, wenn der Darlehensgeber den Vertrag aus wichtigem Grund außerordentlich kündigt. Der Verbraucher könnte nur ordentlich kündigen, wobei er jedenfalls die pauschalierte Ersatzleistung nach § 6 in Kauf zu nehmen hätte. Im Fall der außerordentlichen Kündigung riskiere er diese Strafzahlung, wenn sich der in anderen Gründen als der Verschlechterung der Finanz- und Vermögenslage der Beklagten liegende wichtige Grund nicht erweisen lasse. Auch der qualifizierte Nachrang der Ansprüche des Darlehensgebers im Fall einer wirtschaftlichen Krise und einer Insolvenz weiche von dispositiven Rechtsvorschriften ab und benachteilige den Darlehensgeber gröblich. Die qualifizierte Nachrangklausel behandle einen Darlehensgeber, der kein Gesellschafter sei und dem im Vertrag auch nicht die Rechte eines Mitunternehmers eingeräumt würden, im Insolvenzfall dennoch wie einen Mitunternehmer und dehne den Nachrang seiner Forderungen sogar auf das Vorfeld einer möglichen Insolvenz aus. Das vom Anleger zu tragende Risiko gehe weit über das allgemeine Insolvenzausfallsrisiko hinaus, weil

er sein Kapital und seine Zinsforderungen auch ohne Insolvenz des Unternehmers vollständig verlieren könne. Eine derartige Risikotragung und Schlechterstellung des Darlehensgebers gegenüber dem gesetzlichen Leitbild des Darlehensvertrages könnte nur dann sachlich ausreichend gerechtfertigt sein, wenn der Anleger auch im Erfolgsfall wie ein Mitunternehmer behandelt werde, er also am Gewinn, den stillen Reserven und dem Firmenwert des Unternehmens beteiligt werde. Die Klausel könne auch nicht mit dem Argument gerechtfertigt werden, dass der Darlehensgeber für die Übernahme des Mitunternehmerrisikos eine höhere Verzinsung erhalte. Für ein Darlehen, für das keine Sicherheiten bestellt werden, müsste die beklagte Partei auch ohne qualifizierte Nachrangklausel hohe Zinsen bezahlen. Das Preisargument könnte eine ansonsten missbräuchliche Vertragsklausel nur dann rechtfertigen, wenn der Unterschied im Entgelt zwischen einem Vertrag mit und einem ohne diese Klausel für den Kunden transparent gemacht werde. Für das vorliegende Verbandsverfahren sei es unerheblich, ob die Beklagte einen Kapitalmarktprospekt aufgelegt habe oder nicht. Die FMA überprüfe die Vertragsbedingungen für solche Emissionen nur im Hinblick darauf, ob der Tatbestand des Einlagengeschäfts gemäß § 1 Abs 1 Z 1 BWG erfüllt ist. Ob die Vertragsbedingungen zivilrechtlich nach den Bestimmungen des KSchG und ABGB wirksam sind, werde von der FMA nicht überprüft. Dies sei ausschließlich die Aufgabe der ordentlichen Gerichte. Da die Beklagte eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung nicht abgegeben habe und die inkriminierten Klauseln im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern laufend verwende, bestehe Wiederholungsgefahr. Ihr Angebot richte sich an Interessenten in ganz Österreich. Das Informationsbedürfnis gehe daher weit über ihre (angeblich) rund 400 Vertragspartner hinaus.

Die **Beklagte** wandte ein, qualifizierte Nachrangdarlehen seien ein sehr einfaches Leistungsangebot, das mit einem bewusst in Kauf genommenen Risiko verbunden sei. Das Schutzbedürfnis des Darlehensgebers sei bei diesem Geschäft notwendigerweise deutlich reduziert, wenn nicht sogar als eliminiert zu betrachten. Der Darlehensgeber wisse, worauf er sich einlasse, das Risiko sei überschaubar und kalkulierbar. Es handle sich um ein risikoträchtiges Geschäft, das an den Wertungen von Glücksgeschäften zu messen sei. Den Darlehensgebern sei bewusst, dass es sich bei dem Darlehen um eine Veranlagung mit marktunüblich hohem Potential für Darlehensgeber handle, das aber die Gefahr eines Forderungsausfalls in sich trage. Die Beklagte habe einen Kapitalmarktprospekt nach dem KMG aufgelegt. Die von ihr angebotenen Nachrangdarlehen unterlägen daher nicht dem Anwendungsbereich des AltFG. Der Gesetzgeber mache mit der klaren Differenzierung zwischen den Anforderungen des AltFG einerseits und jenen des KMG andererseits deutlich, dass Anleger, vor allem auch Verbraucher, durch die strengen Vorgaben des KMG insbesondere in Bezug auf die Aufklärung und Information in Form eines Prospekts umfassend und hinreichend geschützt seien. Die wechselseitigen Rechte, Pflichten und

Interessen rechtfertigten jedenfalls eine zwölfmonatige Kündigungsfrist zum 31. Dezember. Für Unternehmen, wie das der beklagten Partei sei es nicht ohne weiteres möglich, Finanzierungsausfälle zu kompensieren. Dazu bedürfe es angemessener Vorlaufzeiten. Die Absicherung der Bindung des Darlehensgebers an den Vertrag sei daher notwendiger und angemessener Teil der Vereinbarung. Die Einräumung eines ordentlichen Kündigungsrechts sei nicht zwingend. Wenn ein Lösungsrecht eingeräumt werde, sei es zulässig, dieses Kündigungsrecht an einschränkende Bedingungen zu knüpfen, um die notwendige Vertragstreue des Darlehensgebers zu erhöhen. Die Klausel 2 sei weder singulär noch in Zusammenschau mit anderen Klauseln intransparent. Bei der pauschalierten Ersatzleistung des § 6 der Darlehensbedingungen handle es sich um eine Abgeltung des Aufwandes der Beklagten. Die Vereinbarung der Pauschale sei daher nicht gröblich benachteiligend. Der Gesetzgeber habe Nachrangdarlehen in Form des AltFG ausdrücklich anerkannt. Nach den erläuternden Bemerkungen seien qualifizierte Nachrangdarlehen sowohl für Fälle einer Insolvenz, aber auch außerhalb einer solchen auch gegenüber Verbrauchern anerkannt. Die Maßstäbe des ABGB und KSchG hätten sich an den Wertungen des AltFG als *lex specialis* und *lex posterior* sowie an dem durch das KMG realisierten Schutzniveau bei Vorliegen eines Prospekts zu orientieren und nicht umgekehrt. Die qualifizierte Nachrangklausel könne daher keine Abweichung vom dispositiven Recht darstellen. Was der Gesetzgeber im AltFG erlaube, könne nicht nach dem ABGB und KSchG unzulässig sein. Eine Beteiligung der Darlehensgeber am Unternehmenserfolg der Darlehensnehmerin sei hier ohnedies durch die gegenüber den Marktkonditionen äußerst hohe Verzinsung des Darlehens gegeben. Die Darlehensbedingungen richteten sich nur an die Vertragspartner der Beklagten. Damit werde keine Publizität erreicht, die eine Veröffentlichung rechtfertige. Eine Einschaltung in der bundesweiten Samstagausgabe der Kronen Zeitung sei jedenfalls unangemessen.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das **Erstgericht** dem Klagebegehren statt. Es traf – über den eingangs dargestellten Sachverhalt hinaus – noch folgende Tatsachenfeststellungen (US 8 und 9):

Die von der beklagten Partei verwendeten AGB (.H) beinhalten (ua) noch nachstehende Klauseln:

§ 2 Vertragsgegenstand

1. Mit Abgabe des Antrags auf ein qualifiziertes Nachrangdarlehen bietet der DG dem DN ein qualifiziertes Nachrangdarlehen an. Die Darlehensgewährung an die Karma Werte GmbH erfolgt entweder in Form von Monatsraten und falls vereinbart in Form einer Anfangszahlung. Davon unabhängig ist der DG berechtigt auch Zuzahlungen zu leisten, wobei die Summe aller Zahlungen die vertraglich vereinbarte Gesamtsumme nicht übersteigen darf. Alternativ kann das Darlehen auch in Form einer Einmalzahlung gewährt werden.

[...]

§ 4 Laufzeit

1. Der Darlehensvertrag wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen.
2. Die Vertragslaufzeit beginnt mit Annahme des Antrages durch die Karma Werte GmbH (Vgl. § 2 (4)) und endet durch die Kündigung des DGs oder des DNs (vgl. § 5) zum jeweils möglichen Kündigungstermin.

§ 5 Kündigung

1. [...]
2. Der DG verzichtet auf die Ausübung des Kündigungsrechts für die Dauer von 4 Jahren.
[...]"

Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung (US 13) führte es mit Tatsachencharakter aus:

Im von der klagenden Partei geschilderten Beispiel (Darlehensbetrag EUR 66.000,00, monatliche Raten EUR 100,00) wären nach zehn Jahren EUR 12.000,00 bezahlt. Die pauschale Entschädigung betrüge EUR 13.500,00 (noch offen: EUR 54.000,00; davon 25 %).

Rechtlich vertrat das Erstgericht hinsichtlich der im Berufungsverfahren noch strittigen Klauseln 2, 4a, 4b, 5 und 6 die Auffassung, die Klausel 2 verstoße gegen § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 1 Z 1 und Abs 3 KSchG. Die Klausel sei geeignet, den Darlehensgeber gröblich zu benachteiligen und sei intransparent. Je nach Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages könne die Klausel 2 dazu führen, dass eine Kündigung aufgrund der Kündigungsfrist von einem Jahr und dem Kündigungstermin 31. Dezember erst nach sechs Jahren wirksam werde. Für einen durchschnittlichen Verbraucher sei dies nicht ohne weiteres erkennbar. Die Klauseln 4a, 4b und 5 seien gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, weil sie sowohl im Fall der ordentlichen, als auch der außerordentlichen Kündigung verschuldensunabhängige Schadenersatzpflichten des Darlehensgebers beinhalteten. Zumindest durch das Auslösen einer Schadenersatzpflicht bei der außerordentlichen Kündigung in dem Fall, dass der wichtige Grund in der Verschlechterung der Finanz- und Vermögenslage der Beklagten gelegen sei, werde die Verschuldenskomponente ausgeschaltet. Im Übrigen sei die Klausel 5 so unklar formuliert, dass nicht erkennbar sei, in welchem Fall eine pauschalierte Ersatzleistung nach der Klausel 4b zu zahlen sei. Der letzte Satz des § 5.5. könnte sich nämlich auch auf den vorhergehenden Satz beziehen. Dies würde bedeuten, dass eine außerordentliche Kündigung bei einer Verschlechterung der Finanz- und Vermögenslage der Beklagten überhaupt nicht möglich sei, in allen anderen Fällen – also auch, wenn der wichtige Grund in die Sphäre der Beklagten falle – Schadenersatz zu leisten sei. Diese kundenfeindlichste Auslegung widerspreche jedenfalls § 879 Abs 3 ABGB. Auch die Höhe der Ersatzleistung (Klausel 4b) sei gröblich benachteiligend. Diese richte sich lediglich nach dem Zeitraum der Kündigung und nicht nach dem tatsächlich damit verbundenen Aufwand oder Schaden der Beklagten. Ein in einer Vertragsklausel vereinbarter pauschalierter Schadenersatzanspruch dürfe den typischerweise verursachten durchschnittlichen Schaden

des Unternehmers im Rahmen einer ex-ante-Betrachtung nicht wesentlich übersteigen. Dass sei hier – je nach Konstellation – nicht gewährleistet. Der typische Schaden bestehe in einem erhöhten Aufwand durch Beschaffung einer alternativen Finanzierung. Ein Zinsschaden werde im Hinblick auf die hohen vereinbarten Zinsen nicht entstehen. Eine pauschale Entschädigung von EUR 13.500,00, wie in dem geschilderten Beispiel, stehe in keiner Relation zum tatsächlich der Beklagten entstandenen Aufwand. Die Bestimmung sei daher gröblich benachteiligend. Das unternehmerische Risiko werde im Umfang der Finanzierung auf den Darlehensgeber übertragen, während er in keiner Weise am unternehmerischen Erfolg der Beklagten partizipiere. Dieses Ungleichgewicht könne auch nicht durch unüblich hohe Zinsen ausgeglichen werden. Die gesetzliche Anerkennung nachrangiger Darlehen durch das AltFG rechtfertige derartige Bestimmungen in AGBs nur dann, wenn die konkrete vertragliche Regelung die einzige Möglichkeit darstelle, derartige gesetzlich anerkannte Finanzierungsformen umzusetzen. Ein Modell, bei dem der Darlehensgeber am unternehmerischen Erfolg partizipiere, sei möglich und wohl auch zulässig. Das hier zu beurteilende Modell sei gröblich benachteiligend und daher unzulässig.

Gegen dieses Urteil im Umfang der Spruchpunkte I. 2, 4a, 4b, 5, 6 und 7 sowie II. richtet sich die **Berufung der Beklagten** wegen Aktenwidrigkeit, unrichtiger Tatsachenfeststellung infolge unrichtiger Beweiswürdigung und unrichtiger rechtlicher Beurteilung. Sie beantragt, die angefochtene Entscheidung dahin abzuändern, dass das Klagebegehren im Umfang der bekämpften Spruchpunkte abgewiesen werde. Hilfsweise stellt sie auch einen Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag. Der **Kläger** erstattet eine **Berufungsbeantwortung**.

Die Berufung, über die gemäß § 480 Abs 1 ZPO in nichtöffentlicher Sitzung zu entscheiden war, ist nicht begründet.

I. Die Berufungswerberin weist zutreffend darauf hin, dass die Spruchpunkte I. 4 b) und I. 7. des Urteiles dieselbe Klausel (§ 6 der Darlehensbedingungen) zum Gegenstand haben und vollkommen gleich lauten. Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens waren nicht zwölf, sondern nur die elf eingangs der Berufungsentscheidung wiedergegebenen Klauseln. Punkt I. 7. des Urteilsspruches hat daher zu entfallen.

II. Zur Aktenwidrigkeit und Tatsachenrüge:

2.1. Unter den Berufungsgründen der Aktenwidrigkeit und der unrichtigen Tatsachenfeststellung infolge unrichtiger Beweiswürdigung bekämpft die beklagte Partei die tatsächlichen Ausführungen des Erstgerichtes im Rahmen seiner rechtlichen Beurteilung, wonach *die pauschale Entschädigung bei einem Darlehensbetrag von EUR 66.000,00 in monatlichen Raten von EUR 100,00 nach zehn Jahren EUR 13.500,00 betragen würde*. Sie begehrt die Ersatzfeststellung, dass sich *„die monatlich vereinbarte Ratenzahlung in der Höhe*

von EUR 100,00 jährlich um EUR 10,00 dynamisch erhöht“.

2.2. Dem Erstgericht ist bei der Darstellung der Beweisergebnisse – des Inhaltes der Beilage ./H, auf die es verweist, – insoweit ein Irrtum unterlaufen, als es bei der Berechnung der nach zehn Jahren zu bezahlenden Ersatzleistung von gleichbleibenden Monatsraten von EUR 100,00 ausgeht. Die auf einem aus den Prozessakten selbst erkennbaren Irrtum beruhende Aktenwidrigkeit, kann das Berufungsgericht aber auch selbst beheben (RIS-Justiz RS0043203; RS0043324 [T 12]). Wenn man entsprechend der Beilage ./H von monatlichen Raten von EUR 100,00 im ersten Vertragsjahr, die sich in den weiteren Vertragsjahren um EUR 10,00 jährlich erhöhen, ausgeht, ist die Darlehenssumme von EUR 66.000,00 in 25 Jahren erreicht. Nach zehn Jahren sind EUR 17.400,00 bezahlt, sodass sich eine pauschale Entschädigung von EUR 12.150,00 (25 % des restlichen Darlehensbetrages von EUR 48.600,00) ergebe. Wie im Rahmen der Erledigung der Rechtsrüge aufgezeigt wird, ist es hier auch nicht entscheidend, ob die Ersatzleistung EUR 13.500,00 oder 12.150,00 beträgt.

III. Zur Rechtsrüge:

3.1. Grundsätze ständiger Rechtsprechung im Verbandsprozess:

3.1.1. Wer im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er seinen Verträgen zugrunde legt, oder in hiebei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, kann nach § 28 Abs 1 KSchG auf Unterlassung geklagt werden. Dieses Verbot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart wurde (10 Ob 70/07b; 6 Ob 17/16t).

3.1.2. Nach § 879 Abs 3 ABGB sind in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmungen, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegen, nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligen. Die Beurteilung, ob eine Klausel den Vertragspartner gröblich benachteiligt, orientiert sich am dispositiven Recht, das als Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs für den Durchschnittsfall dient (7 Ob 73/15h; 6 Ob 45/16k; RS0014676 [T21]). Weicht eine Klausel vom dispositiven Recht ab, liegt eine gröbliche Benachteiligung eines Vertragspartners im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB schon dann vor, wenn es für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung gibt. Das ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht (3 Ob 12/09z; 7 Ob 84/12x; 7 Ob 113/14i; 6 Ob 45/16k; RS0016914).

3.1.3. Die Auslegung von Klauseln im Rahmen einer Verbandsklage hat im „kundenfeindlichsten“, also im für den Verbraucher ungünstigsten möglichen Sinn, zu erfolgen,

selbst wenn allenfalls auch eine kundenfreundlichere Auslegung denkbar wäre (7 Ob 73/15h; RS0016590; RS0038205 [T4, T11]). Es ist also bei der Beurteilung der hier bekämpften Klauseln unter dem Aspekt des § 879 Abs 3 ABGB, aber auch der jeweils herangezogenen Bestimmungen des KSchG von der Auslegungsvariante auszugehen, die für die Kunden der Beklagten die Nachteiligste ist (1 Ob 146/15z). Im Gegensatz zur Vertragsauslegung im Individualprozess kann auf eine teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingungen nicht Rücksicht genommen werden. Es kann also keine geltungserhaltende Reduktion stattfinden (7 Ob 84/12x; 6 Ob 17/16t; RS0038205).

3.2. Zu den Klauseln im Einzelnen, wobei sich die erste Nummerierung am Klagebegehren bzw Urteilsspruch, die zweite an jener in den AGB orientiert:

3.2.1. Zur Klausel 6 (§ 8) „Qualifizierter Rangrücktritt – Nachrangigkeit“:

Die beklagte Partei vertritt den Standpunkt, die Nachrangklausel regle und konkretisiere ihre Hauptleistung. Die beiden voneinander abhängigen Komponenten – Darlehen und Nachrangvereinbarung – hätten keine eigenständige Bedeutung. Die Klausel unterläge daher nicht der Inhaltskontrolle gemäß § 879 Abs 3 ABGB. Dem ist zu entgegen, dass die Ausnahme von der im § 879 Abs 3 ABGB verankerten Inhaltskontrolle – die Festlegung der beiderseitigen Hauptleistungspflichten – möglichst eng zu verstehen ist. Damit sind etwa die in § 885 ABGB genannten „Hauptpunkte“ gemeint, also diejenigen Bestandteile eines Vertrags, die die Parteien vereinbaren müssen, damit überhaupt ein hinreichend bestimmter Vertrag (§ 869 ABGB) zustandekommt (6 Ob 253/07k; 7 Ob 194/11x; Krejci in Rummel/Lukas ABGB⁴ § 879 Rz 374). Es sind damit aber nicht alle Vertragsbestimmungen aus dem Geltungsbereich des § 879 Abs 3 ABGB ausgenommen, die die Leistung und das Entgelt betreffen. Durch die Formulierung des Relativsatzes „die nicht die beiderseitigen Hauptleistungen festlegen“ soll vielmehr ausgedrückt werden, dass die Ausnahme auf die individuelle, zahlenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistungen beschränkt sein soll. Nicht erfasst sind etwa Bestimmungen, welche die Preisberechnung in allgemeiner Form regeln oder die vertragstypische Leistung generell näher umschreiben, sodass vor allem Ort und Zeit der Vertragserfüllung, nicht unter diese Ausnahme fallen (3 Ob 12/09z; 7 Ob 154/13t; 6 Ob 13/16d; 6 Ob 45/16k; RS0016908; vgl auch RS0016931; Krejci aaO).

Die Hauptpflichten des Darlehensnehmers beim entgeltlichen Darlehen bzw Kreditvertrag sind die Zahlung des vereinbarten Entgelts (idR Zinsen; § 988 ABGB) und die Rückzahlung der Darlehensvaluta (§§ 983, 988 ABGB). Auch wenn § 983 ABGB die Rückgabe der Darlehensvaluta ausdrücklich als „Hauptpflicht“ bestimmt, ergibt sich daraus nicht, dass es sich bei der nach dem AltFG zwingend vorgesehenen Nachrangigkeit der Forderung des Darlehensgebers auch um eine Hauptpflicht im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB handelt. Der Inhaltskontrolle sind nur Leistungsbeschreibungen, die Art, Umfang und Güte der

geschuldeten Leistung festlegen, entzogen, nicht jedoch Klauseln, die das eigentliche Leistungsversprechen einschränken, verändern oder aushöhlen (RS0016908 [T5]). Qualifizierte Nachrangklauseln haben die Funktion, das Versprechen des Darlehensnehmers auf Zahlung der vereinbarten Zinsen und auf Rückzahlung des Kapitals für den Fall einer wirtschaftlichen Krise einzuschränken. Sie bestimmen aber gerade nicht den Inhalt und den Umfang dieser Leistungen, indem sie diese individuell und zahlenmäßig umschreiben, und fallen daher nicht unter die Ausnahme.

Das mit 1. September 2015 in Kraft getretene Bundesgesetz über alternative Finanzierungsformen (Alternativfinanzierungsgesetz – AltFG) regelt die Zulässigkeit der Finanzierung durch alternative Finanzinstrumente. Nach § 2 AltFG ist Emittent im Sinne dieses Gesetzes eine natürliche oder juristische Person, die ein Unternehmen betreibt, welches den in der Empfehlung 2003/361/EG betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, ABl. Nr. L 124 vom 20. Mai 2003 S. 36, festgelegten Kriterien entsprechen muss und die unmittelbar für ihre operative Tätigkeit durch die Ausgabe alternativer Finanzinstrumente Gelder einsammelt, wobei dem ein öffentliches Angebot an 150 oder mehr Anleger im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1 KMG vorausgeht. Alternative Finanzinstrumente sind: „Aktien, Anleihen, Geschäftsanteile an Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, Genussrechte, stille Beteiligungen und Nachrangdarlehen, wobei diese, ausgenommen bei Anleihen, keinen unbedingten Rückzahlungsanspruch gewähren dürfen, und, sofern es sich nicht um ein Angebot von Geschäftsanteilen an einer Genossenschaft handelt, keine Verpflichtung zur Leistung eines Nachschusses beinhalten dürfen; die gesetzlichen Bestimmungen über die Unwirksamkeit von Vertragsklauseln bleiben unberührt.“ (§ 2 Z 2 AltFG)

Die Beklagte ist der Ansicht, die qualifizierte Nachrangklausel in ihren Darlehensbedingungen gebe lediglich das durch das AltFG festgeschriebene dispositive Recht wieder. Mangels Abweichung vom dispositiven Recht könne die Klausel nicht gröblich benachteiligend und schon gar nicht sittenwidrig sein. Die Auslegung des ABGB, des KSchG, des KMG und aller sonstigen Bestimmungen habe sich an den Wertungen des AltFG zu orientieren. Diese Argumentation ist im Hinblick auf die ausdrückliche Anordnung, dass die gesetzlichen Bestimmungen über die Unwirksamkeit von Vertragsklauseln unberührt bleiben in § 2 Z 2 AltFG sowie die Bestimmung, dass die Erfüllung der Informationspflichten gemäß § 4 Abs 1 und 2 leg cit nicht von der Einhaltung anderer bundesgesetzlicher Vorschriften zum Schutz der Verbraucher entbindet, nicht nachvollziehbar (§ 4 Abs 2 AltFG). Gegen die Rechtsansicht der Beklagten sprechen auch die Erläuterungen zur Regierungsvorlage, wonach „der unbedingte Rückzahlungsanspruch für alternative Finanzinstrumente auszuschließen war, um nicht in den Bereich der konzessionspflichtigen Bankgeschäfte

einzugreifen und zusätzlich auf die entsprechenden zivilrechtlichen Bestimmungen verwiesen wurde, anhand derer die Wirksamkeit der entsprechenden Vertragsbestimmungen zu prüfen ist.“ (628 der Beilagen XXV. GP Regierungsvorlage – Erläuterungen, 3).

Mit dem AltFG erklärt der Gesetzgeber Nachrangdarlehen nicht generell, sondern nur unter bestimmten Bedingungen für zulässig. Nach § 3 AltFG darf der Gesamtgegenwert der öffentlich angebotenen alternativen Finanzinstrumente den Betrag von 1,5 Millionen Euro nicht erreichen oder übersteigen und die von einem einzelnen Anleger innerhalb eines Zeitraums von zwölf Monaten entgegengenommenen Beträge einen Gesamtwert von EUR 5.000,00 nicht übersteigen, es sei denn, es handelt sich um einen professionellen Anleger gemäß § 2 Abs. 1 Z 33 AIFMG oder um eine juristische Person, sofern sie nicht Verbraucher im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 2 des Konsumentenschutzgesetzes ist. Die Vereinbarung über den Erwerb eines alternativen Finanzinstruments darf keine Verpflichtung des Anlegers beinhalten, zu einem späteren Zeitpunkt weitere alternative Finanzinstrumente zu erwerben, durch welche die in § 3 Abs 1 Z 2 AltFG genannte Grenze überschritten wird. Weiters dürfen keine Ratenzahlungen vereinbart werden, welche einen Zeitraum von zwölf Monaten überschreiten.

Die beklagte Partei gesteht in der Berufung zu, dass die von ihr aufgenommenen qualifizierten Nachrangdarlehen aufgrund ihrer konkreten Ausgestaltung (Gesamtgegenwert der angebotenen Darlehen; Höhe der auf einzelne Darlehensgeber fallenden Darlehenssumme; Ratenzahlungszeitraum) nicht dem AltFG entsprechen. Sie rügt das Fehlen von Feststellungen über ihre freiwillige Erstellung und Veröffentlichung eines Kapitalmarktprospekts. Nach den Tatsachenfeststellungen verwendet die Beklagte die Darlehensbedingungen mit den beanstandeten Klauseln im Geschäftsverkehr mit Verbrauchern und legt sie den mit diesen zur Finanzierung ihres Unternehmens abgeschlossenen Darlehensverträgen zugrunde. Ob die Beklagte einen Kapitalmarktprospekt erstellte, ist hier daher nicht entscheidend.

Weiters stützt sich die Beklagte darauf, dass selbst die Finanzmarktaufsicht und die Arbeiterkammer Steiermark qualifizierte Nachrangdarlehen ausdrücklich für zulässig erachtet hätten. Sie vermisst Feststellungen über die allgemeine Information der Finanzmarktaufsicht zu Bürgerbeteiligungsmodellen für Verbraucher, Stand März 2014 (Beilage ./1). Dabei übersieht sie, dass die Prüfung, ob Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegen die §§ 864a und 879 Abs 3 ABGB sowie das KSchG verstoßen, weder der Finanzmarktaufsicht noch der Arbeiterkammer Steiermark, sondern den ordentlichen Gerichten obliegt. Aufgabe der Finanzmarktaufsicht ist die Bankenaufsicht (§§ 1 und 2 FMABG). Die gewünschten ergänzenden Feststellungen sind daher rechtlich nicht relevant. Es geht auch nicht darum, ob qualifizierte Nachrangdarlehen grundsätzlich zulässig sind, sondern welche Ausgestaltungen

solcher Verträge zulässig sind.

Der Kläger ist hinsichtlich der in der Berufungsbeantwortung gerügten sekundären Feststellungsmängel darauf zu verweisen, dass einer Berufungsbeantwortung, wenn überhaupt, nur eingeschränkt - lediglich zu den Berufungsgründen der unrichtigen Tatsachenfeststellungen und Beweiswürdigung sowie der Mangelhaftigkeit des Verfahrens - die Funktion eines Rechtsmittels zugebilligt werden kann. Der Hauptzweck der Berufungsbeantwortung liegt darin, auf die Berufungsausführungen im Einzelnen zu erwidern und damit Argumente für eine Bestätigung der angefochtenen Entscheidung zu liefern (§ 468 Abs 2 iVm § 473a Abs 1 ZPO). Auch diese eingeschränkte "Anfechtungsmöglichkeit" dient allein der Abwehr der Berufung. Eine eigenständige Bekämpfung von rechtlichen Gründen der erstgerichtlichen Entscheidung wird damit nicht eröffnet (RS0119592). Der Anwendungsbereich des § 468 Abs 2 ZPO bezieht sich nicht auf Feststellungsmängel, sondern bloß auf primäre Verfahrensmängel und unrichtige Tatsachenfeststellungen (RS0115460). Im Übrigen bedarf es der begehrten ergänzenden Feststellungen - *dass am österreichischen Markt zahlreiche andere Alternativfinanzierungsmodelle existieren, bei denen den Darlehensnehmern neben der Verzinsung als Ausgleich für die Nachrangigkeit eine Beteiligung am unternehmerischen Erfolg eingeräumt wird* - zur abschließenden rechtlichen Beurteilung der Sache ohnehin nicht.

Die qualifizierte Nachrangklausel in § 6 der Darlehensbedingungen der Beklagten behandelt einen Darlehensgeber, der kein Gesellschafter ist und dem im Vertrag auch nicht die Rechte eines Mitunternehmers eingeräumt werden, im Insolvenzfall und in einer Krise trotzdem wie einen Mitunternehmer. Gemäß § 67 Abs 3 IO sind bei der Prüfung, ob rechnerische Überschuldung vorliegt, Verbindlichkeiten – auch solche aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen – dann nicht zu berücksichtigen, wenn der Gläubiger erklärt, dass er Befriedigung erst nach Beseitigung eines negativen Eigenkapitals (§ 225 Abs. 1 UGB) oder im Fall der Liquidation nach Befriedigung aller Gläubiger begehrt und dass wegen dieser Verbindlichkeiten kein Insolvenzverfahren eröffnet werden muss. Dadurch kann auf Kosten des Darlehensgebers, der nach der Klausel seine Ansprüche nicht geltend machen kann, eine Insolvenz abgewendet oder zumindest noch einmal hinausgeschoben werden.

Das vom Anleger nach der beanstandeten Klausel zu tragende Risiko geht weit über das allgemeine Insolvenzausfallsrisiko hinaus, da er sein Kapital und seine Zinsforderungen auch ohne Insolvenz des Unternehmers vollständig verlieren kann. Die Klausel kann daher nicht mit dem Argument gerechtfertigt werden, der Darlehensgeber erhalte als Entgelt für die Übernahme des Mitunternehmerrisikos eine erhöhte Verzinsung. Der Darlehensnehmer muss sein Zinsversprechen wegen des vereinbarten qualifizierten Nachrangs ja nur insoweit einlösen, als er dadurch nicht in ernsthafte Insolvenzgefahr gerät. Eine derartige

Risikotragung und Schlechterstellung des Darlehensgebers gegenüber dem gesetzlichen Leitbild des Darlehensvertrags kann nach den dargelegten Rechtsgrundsätzen nur dann sachlich ausreichend gerechtfertigt sein, wenn der Anleger auch im Erfolgsfall wie ein Mitunternehmer behandelt wird, er also am Gewinn, den stillen Reserven und dem Firmenwert des Unternehmens beteiligt ist. Eine Beteiligung an diesen Werten verkörpert die positive Seite der Mitunternehmerschaft, die der Grund und die Voraussetzung dafür ist, dem Mitunternehmer im Fall eines Scheiterns auch deren negative Seite aufzuerlegen und seine Forderungen als nachrangig anzusehen (vgl. Haghofner, VbR 2015/12). Das Erstgericht geht daher mit Recht davon aus, dass die Klausel 6 den Darlehensgeber gröblich benachteiligt.

3.2.2. Klausel 2 (§ 5.1. erster Satz):

Nach § 4 „Laufzeit“ der Darlehensbedingungen wird der Darlehensvertrag auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und endet durch die Kündigung des Darlehensgebers oder -nehmers zum jeweils möglichen Kündigungstermin. Die beanstandete Klausel 2 legt fest, dass der Darlehensgeber berechtigt ist, den Darlehensvertrag unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 12 Monaten jeweils zum 31.12. ordentlich zu kündigen (§ 5.1. erster Satz), wobei der Darlehensgeber auf die Ausübung des Kündigungsrechts für die Dauer von 4 Jahren verzichtet (§ 5.2.).

Wie alle Dauerschuldverhältnisse kann auch ein Darlehensvertrag auf bestimmte oder auf unbestimmte Zeit abgeschlossen werden. Möglich ist auch die Vereinbarung einer Mindestdauer. Auf solche Verträge sind nach Ablauf der Mindestzeit die Regeln über unbefristete Verträge anzuwenden (Aichberger-Beig in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 986; Ertl in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Großkommentar zum ABGB – Klang-Kommentar § 986 Rz 10). § 986 Abs 2 ABGB sieht ein ordentliches Kündigungsrecht beider Vertragsparteien bei unbefristeten Darlehensverträgen vor. Die Kündigungsfrist beträgt nach der gesetzlichen Bestimmung einen Monat. Auf unbestimmte Zeit abgeschlossene Darlehensverträge können von jeder Partei formlos und ohne Angabe von Gründen mit einmonatiger Frist gekündigt werden. Eine Beschränkung auf bestimmte Kündigungstermine sieht § 986 ABGB nicht vor. Da die Regelung dispositiv ist, sind abweichende vertragliche Vereinbarungen über die Kündigungsfrist sowie die Vereinbarung von Kündigungsterminen möglich (Aichberger-Beig aaO; Ertl aaO).

Nach § 6 Abs 1 Z 1 KSchG sind für den Verbraucher Vertragsbestimmungen jedenfalls nicht verbindlich, nach denen er während einer unangemessen langen Frist an den Vertrag gebunden ist. Diese Norm bietet auch für Dauerschuldverhältnisse einen im Einzelfall anhand einer Interessenabwägung auszufüllenden Orientierungsrahmen. Maßgebend ist dabei eine Gesamtbeurteilung wesentlicher Elemente des Schuldverhältnisses (RS0121007). Die Vereinbarung einer zwölfmonatigen Kündigungsfrist in Verbindung mit einem bestimmten

Endtermin führt hier zu einer unangemessen langen Vertragsbindung. Die Klausel verstößt gegen § 6 Abs 1 Z1 KSchG und ist als gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB zu werten. Warum das vertragliche Abgehen vom allgemeinen Grundsatz, dass ein auf unbestimmte Zeit eingegangenes Dauerschuldverhältnis grundlos unter Einhaltung einer angemessenen (im Regelfall bloß wenige Wochen langen) Frist gekündigt werden kann (vgl statt vieler Bollenberger in KBB4 § 859 Rz 7 mwN), im Anlassfall sachlich gerechtfertigt sein soll, bedürfte jedenfalls einer ausführlichen Begründung. Die von der Beklagten behauptete schwierige Beschaffung einer anderen Finanzierung vermag die Verlängerung der (einzelfallabhängig) angemessenen Kündigungsfrist für ein qualifiziertes Nachrangdarlehen auf zwölf Monate – zumal unter Einhaltung eines Kündigungstermins – nicht ohne weiteres zu rechtfertigen.

Mit Recht macht die klagende Partei auch einen Verstoß der vorliegenden Kündigungsklausel gegen § 6 Abs 3 KSchG geltend. Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung ist nach der genannten Gesetzesstelle unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Das sogenannte Transparenzgebot soll dem Kunden ermöglichen, sich aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsbestandteilen des Unternehmers zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren. Es soll verhindern, dass der Verbraucher durch ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird. Auch darf er über die ihm aus der Regelung resultierenden Rechtsfolgen nicht getäuscht oder im Unklaren gelassen werden (4 Ob 179/02f; 4 Ob 59/09v).

Das allgemeine Transparenzgebot drückt sich im Einzelnen im Gebot der Erkennbarkeit und Verständlichkeit, im Gebot, den anderen auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen, im Bestimmtheitsgebot, im Gebot der Differenzierung, im Richtigkeitsgebot und im Gebot der Vollständigkeit aus (grundlegend 4 Ob 179/02f). Das Transparenzgebot begnügt sich nicht mit formeller Textverständlichkeit, sondern verlangt, dass Inhalt und Tragweite vorgefasster Vertragsklauseln für den Verbraucher „durchschaubar“ sind (6 Ob 233/15f; RS0122169). Maßstab für die Transparenz ist grundsätzlich das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden (4 Ob 28/01y; 10 Ob 70/07b mwN). Bei der Prüfung der Klarheit und Verständlichkeit einer Vertragsbestimmung im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG sind stets auch die mit der geprüften Klausel in einem Sinnzusammenhang stehenden weiteren Vertragsbestimmungen mitzuberücksichtigen, kann sich doch die Unklarheit der aus der Regelung resultierenden Rechtsfolgen gerade aus dem (fraglichen) Zusammenwirken aufeinander bezogener Einzelbestimmungen ergeben (7 Ob 216/11g; Donath in Schwimann/Kodek, ABGB Taschenkommentar³ § 6 KSchG Rz 27).

Der Kündigungstermin kann nach der inkriminierten Klausel nur in Anspruch genommen werden, wenn die Kündigung so rechtzeitig vor dem Termin erfolgt, dass der Beklagten zwischen dem Zugang und dem Termin die volle Frist - 12 Monate - zur Verfügung steht. Der Fristbeginn ist daher anhand des Endzeitpunktes (31.Dezember) zu ermitteln. Dies erfordert die Kenntnis der gesetzlichen Regeln (§§ 902f ABGB) über die Berechnung von Fristen, die vom Durchschnittskunden aber nicht zu erwarten sind. Die Verknüpfung von Kündigungstermin und -frist birgt die Gefahr in sich, dass der Verbraucher die ordentliche Kündigung nicht rechtzeitig erklärt. Die in Rede stehende Kündigungsklausel ist vor dem Hintergrund der dargelegten Rechtsprechungsgrundsätze daher als intransparent und damit als unwirksam zu qualifizieren.

3.2.2. Zu den Klauseln 4a (§ 5.4.), 4b (§ 6) und 5 (§ 5.5.):

Die beanstandeten Klauseln sehen für den Fall der ordentlichen Kündigung und der noch nicht vollständigen Bezahlung der vertraglich vereinbarten Gesamtsumme im Zeitpunkt des Kündigungsendtermins eine pauschalierte Ersatzleistung für den Darlehensnehmer vor (§ 5.4.; Klausel 4a). Diese beträgt gemäß § 6 der Darlehensbedingungen (Klausel 4b) 25% des Differenzbetrages sämtlicher Einzahlungen und der vertraglich vereinbarten Gesamtsumme. Die pauschalierte Ersatzleistung wird nach den Darlehensbedingungen vom Rückzahlungsbetrag in Abzug gebracht, ist aber nicht mit diesem begrenzt. Wenn die pauschalierte Ersatzleistung den Rückzahlungsbetrag übersteigt, ist der Darlehensgeber nach der Klausel 4b (§ 6) vielmehr verpflichtet, diesen Differenzbetrag binnen 14 Tagen nach schriftlicher Aufforderung durch den Darlehensnehmer zu bezahlen.

Wenn monatliche Raten von EUR 100,00 im ersten Vertragsjahr, die sich in den weiteren Vertragsjahren um EUR 10,00 jährlich erhöhen, vereinbart werden, hätte der Verbraucher bei einem Vertragsbeginn am ersten Jänner und einer Kündigung zum frühest möglichen Zeitpunkt bis zum Endtermin nach sechs Jahren EUR 9.000,00 bezahlt, sodass noch EUR 57.000,00 offen wären. Dies ergäbe nach den Darlehensbedingungen eine Entschädigungsleistung von EUR 14.250,00 und nach 10 Jahren EUR 12.150,00. Die beanstandeten Klauseln sind nach den dargelegten Rechtsgrundsätzen schon deshalb gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, weil dem Verbraucher bei kundenfeindlichster Auslegung eine das bis dahin gewährte Darlehen erheblich übersteigende Entschädigung auferlegt wird, deren sachliche Rechtfertigung die Beklagte auch nicht konkret aufzeigt. Sie behauptet bloß unsubstanziert, für die Gewährung dieses ordentlichen Kündigungsrechts und als Ausgleich für laufende Betriebs- und Bearbeitungskosten, administrativen Aufwand, ursprünglich geschuldete aber nicht zu erbringende Leistungen und die Aufwendungen zur Beschaffung einer alternativen Finanzierung müsse ihr die Ersatzleistung „einerseits als

Mehraufwand und andererseits als Entgeltersatz bzw Erfüllungersatz zugebilligt werden.

3.3. Zum Veröffentlichungsbegehren:

3.3.1. Anspruchsvoraussetzung für die Urteilsveröffentlichung ist das „berechtigte Interesse“ daran (§ 25 Abs 3 UWG iVm § 30 Abs 1 KSchG). Dieses liegt bei der Verbandsklage nach dem KSchG darin, dass der Rechtsverkehr bzw die Verbraucher als Gesamtheit das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- oder sittenwidrig sind. Durch die Aufklärung wird die Aufmerksamkeit der Verbraucher für die Unzulässigkeit von Vertragsbestandteilen geschärft und es wird ihnen damit erleichtert, ihre Rechte gegenüber Unternehmen wahrzunehmen. Die Urteilsveröffentlichung dient der Sicherung des Unterlassungsanspruchs und soll nicht nur eine schon bestehende unrichtige Meinung „stören“, sondern auch deren weiteres Umsichgreifen hindern. Sie soll im Interesse der Öffentlichkeit den Verstoß aufdecken und die beteiligten Verkehrskreise über die wahre Sachlage aufklären (2 Ob 198/10x mwN; 1 Ob 105/14v). 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 oder Gesetzesverstoß aufgeklärt werden (RIS-Justiz RS0121963 [T9]).

3.3.2. Gemessen an diesem Zweck ist die begehrte Veröffentlichung der verpönten Klauseln angemessen. Der Oberste Gerichtshof hat in vielen Entscheidungen eine österreichweite Veröffentlichung in einer Samstags-Ausgabe der „Neuen Kronen Zeitung“ für notwendig und angemessen erachtet (2 Ob 153/08a; 2 Ob 1/09z; 6 Ob 81/09v; 5 Ob 138/09v; 2 Ob 198/10x; 5 Ob 118/13h; 4 Ob 117/14f; 6 Ob 169/15v; 6 Ob 242/15d mwN). Angesichts dessen, dass die Beklagte im gesamten Bundesgebiet Darlehen von Verbrauchern aufnimmt, ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen hier eine eingeschränkte Veröffentlichung sachgerecht sein sollte.

Aus den dargelegten Erwägungen muss der Berufung ein Erfolg versagt bleiben.

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens beruht auf den §§ 41, 50 ZPO.

Der Ausspruch über den Wert des Entscheidungsgegenstandes nach § 500 Abs 2 Z 1 lit b ZPO orientiert sich nicht bloß an der Bewertung der klagenden Partei, sondern am Interesse der beklagten Partei an der Darlehensgewährung zu den im Berufungsverfahren strittigen Bedingungen in einem zweifellos EUR 30.000,00 übersteigenden Volumen.

Die ordentliche Revision nach § 502 Abs 1 ZPO ist zuzulassen, weil soweit überblickbar höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage, unter welchen Bedingungen qualifizierte Nachrangdarlehen von Verbrauchern nicht gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB

sind, nicht vorliegt.

Oberlandesgericht Graz, Abteilung 4
Graz, 30. März 2017
Dr. Wilfried Rothenpieler, Senatspräsident

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG