



IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Oberlandesgericht Innsbruck als Berufungsgericht hat durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichtes Dr. Ulrich Heller als Vorsitzenden sowie die Richterin des Oberlandesgerichtes Dr. Birgit Berchtold und den Richter des Oberlandesgerichtes Dr. Martin Weber als weitere Mitglieder des Senats in der Rechtssache der klagenden Partei **VEREIN FÜR KONSUMENTENINFORMATION**, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch die Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei **kitzVenture GmbH**, 6370 Kitzbühel, Josef-Pirchl-Straße 5, vertreten durch MMag. Stefan Zajic, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen Unterlassung (Streitinteresse EUR 30.500,--) und Urteilsveröffentlichung (Streitinteresse EUR 5.500,--) über die Berufung der klagenden Partei (Berufungsinteresse EUR 7.200,--) gegen das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck vom 24.10.2017, 69 Cg 20/17s-22, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

I. Der Berufung wird **F o l g e** gegeben.

Die angefochtene Entscheidung, die in ihrem klagsstattgebenden Teil in Teilrechtskraft erwachsen ist, wird in ihrem klagsabweisenden Teil dahin **a b g e ä n d e r t**, dass sie in Pkt 3 und in Pkt 4, hier unter Einschluss des in Teilrechtskraft erwachsenen Teils, sowie hinsichtlich der Kostenentscheidung in Pkt 5 zu lauten hat:

„3. Die Beklagte ist weiters schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln:

„3.4. Die Zahlung von Zinsen kann nur aus dem frei verfügbaren Jahresüberschuss oder aus dem frei verfügbaren Vermögen der Emittentin sowie nach Befriedigung sämtlicher vorrangiger Gläubiger erfolgen. Mangels Vorliegens dieser Voraussetzungen ist eine Auszahlung von Zinsen am jeweiligen Zinszahlungstermin nicht möglich und kann erst am nächsten Zinszahlungstermin erfolgen, bei welchem die Voraussetzungen vorliegen.

5.1. Bei dem Venture-Loan-Investments handelt es sich um ein „qualifiziertes nachrangiges Darlehen“. Auf Grund der qualifizierten Nachrangigkeit des Darlehens kann die Rückzahlung des Darlehens und/oder der Zinsen für den Fall, dass über die Gesellschaft ein Insolvenzverfahren eröffnet oder mangels Vermögens abgewiesen wird oder aber für den Fall, dass durch die Auszahlung ein Insolvenzgrund herbeigeführt werden würde, erst nach der Befriedigung aller anderen (vorrangigen) Gläubiger erfolgen und ist daher die Rückzahlung des Darlehens und/oder der Zinsen von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Darlehensnehmerin abhängig.

5.2. Die Rückzahlung des Darlehens einschließlich der Zinsen kann nur aus dem frei verfügbaren Jahresüberschuss oder aus dem frei verfügbaren Vermögen der Gesellschaft, nach der Befriedigung sämtlicher vorrangiger Gläubiger, erfolgen.’

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie ist ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf diese oder sinngleiche Klauseln zu berufen.

4. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruchs des Erstgerichts sowie des Berufungsgerichts mit Ausnahme der Kostenentscheidung auf Kosten der beklagten Partei binnen 6 Monaten ab Rechtskraft jeweils einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teils der „Kronenzeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe, sowie einmal im redaktionellen Teil der Tageszeitung „Österreich“, bundesweit erscheinende Ausgabe, jeweils mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.

5. Die beklagte Partei ist darüber hinaus schuldig, der klagenden Partei zu Händen der Klagsvertreterin binnen 14 Tagen die mit EUR 8.895,24 (darin EUR 1.251,04 USt und EUR 1.389,-- Barauslagen) bestimmten Kosten des Verfahrens erster Instanz zu ersetzen.“

II. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei zu Händen ihrer Vertreterin binnen 14 Tagen die mit EUR 2.055,41 (darin EUR 152,07 USt und EUR 1.143,-- Barauslagen) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

III. Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt hinsichtlich jedes Unterlassungsbegehrens jeweils EUR 5.000,--, nicht aber EUR 30.000,--.

IV. Die (ordentliche) Revision ist **z u l ä s s i g** .

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Die Beklagte ist zu FN 442510a im Firmenbuch des Landesgerichtes Innsbruck protokolliert. Der Geschäftszweig ist das Halten und Verwalten von Beteiligungen an Unternehmen im In- und Ausland sowie der Handel mit Unternehmensbeteiligungen und die Verwaltung eigenen Vermögens. Gehalten wird bzw. wurde sie bis 30.3.2017 gleichteilig von Olaf Wittbrodt, geb. am 15.8.1976, D-49078 Osnabrück, und der Patriarch Trust GmbH, HRB 95910 beim AG Hamburg, D-20095 Hamburg, und ab 30.3.2017 von der Patriarch Trust GmbH allein. Das Stammkapital von EUR 90.000,- ist laut Firmenbuch zur Gänze einbezahlt.

Die Beklagte bietet jedermann, so auch Verbrauchern, die Möglichkeit einer Geldanlage in sogenannten Venture-Loan-Investments an.

Der Text auf der Subseite der Homepage der Beklagten www.kitzventure.com/ Geldanlage unter dem Reiter „Info“ lautet nach mehreren Abänderungen nunmehr auszugsweise:

„Gründer und Unternehmer profitieren sowohl von dem Kapital als auch von dem Know-How, der technischen Infrastruktur und einem entsprechenden Netzwerk. Ihren Anlegern bietet die kitzVenture GmbH eine zeitgemäße, banken- und versicherungs-unabhängige Kapitalanlage mit attraktiven Renditen. Das Venture-Loan-Investment ist ein qualifiziertes Nachrangdarlehen und somit eine unternehmerische Kapitalanlage, bei der das Risiko des Verlustes der Einlage besteht. Der Anleger trägt mithin Finanzierungsverantwortung für die Emittentin. Grundlage ist ausschließlich der Kapitalmarktprospekt (https://www.kitzventure.com/wp-content/uploads/2015/12/kitzVenture_Kapitalmarktprospekt.pdf) nach Schema F des Kapitalmarktgesetzes (das ist der vereinfachte Kapitalmarktprospekt für Veranlagungen, die ein Gesamtvolumen von EUR 5,0 Mio. im Jahr nicht übersteigen) über das öffentliche Angebot von Veranlagungen der kitzVenture GmbH mit den dort beschriebenen Chancen und

Risiken. Anleger können daher mit allen Chancen und Risiken Investor in der österreichischen und deutschen Start-Up Szene werden.

Das Modell basiert auf dem Alternativfinanzierungsgesetz (AltFG). Der Kapitalmarktprospekt (https://www.kitzventure.com/wp-content/uploads/2015/12/kitzVenture_Kapitalmarktprospekt.pdf) wurde im Auftrag von kitzVenture von einer der größten und renommiertesten Wirtschaftskanzleien Westösterreichs entwickelt, vom Prospektkontrolleur TPA (vormals: TPA Horwath) aus Wien geprüft sowie bei der OeKB-Österreichischen Kontrollbank - eingereicht. Wir würden uns sehr freuen, wenn Sie uns Ihr Vertrauen schenken und diesen Weg mit uns gehen!“

(...)

Dem Kapitalmarktprospekt angeschlossen ist unter anderem (als Anlage 1) ein (Muster-)Vertrag über ein Venture-Loan-Investment samt erweiterter Erklärung. Diese Verträge schließt die Beklagte als Unternehmerin mit Verbrauchern im Sinne des § 1 KSchG.

In diesem Vertragsformblatt finden sich (unter anderem) folgende Klauseln:

„3.4. Die Zahlung von Zinsen kann nur aus dem frei verfügbaren Jahresüberschuss oder aus dem frei verfügbaren Vermögen der Emittentin, sowie nach Befriedigung sämtlicher vorrangiger Gläubiger erfolgen. Mangels Vorliegens dieser Voraussetzungen ist eine Auszahlung von Zinsen am jeweiligen Zinszahlungstermin nicht möglich und kann erst beim nächsten Zinszahlungstermin erfolgen, bei welchem die Voraussetzungen vorliegen.

5.1. Bei dem Venture-Loan-Investment handelt es sich um ein „qualifiziertes nachrangiges Darlehen“. Auf Grund der qualifizierten Nachrangigkeit des Darlehens kann die Rückzahlung des Darlehens und/oder der Zinsen für den Fall, dass über die Gesellschaft ein Insolvenzverfahren eröffnet oder mangels Vermögens abgewiesen wird oder aber für den Fall, dass durch die Auszahlung ein Insolvenzgrund herbei-

geführt werden würde, erst nach Befriedigung aller anderen (vorrangigen) Gläubiger erfolgen und ist daher die Rückzahlung des Darlehens und/oder der Zinsen von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Darlehensnehmerin abhängig.

5.2. Die Rückzahlung des Darlehens einschließlich Zinsen kann nur aus dem frei verfügbaren Jahresüberschuss oder aus dem frei verfügbaren Vermögen der Gesellschaft nach der Befriedigung sämtlicher vorrangiger Gläubiger erfolgen.

...

8.5. Sollten einzelne Bestimmungen dieses Vertrages ganz oder teilweise unwirksam sein oder werden oder sollte sich in diesem Vertrag eine Lücke befinden, so wird hiedurch die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen nicht berührt. Anstelle der unwirksamen Bestimmung ist eine solche wirksame Bestimmung zu vereinbaren, die dem Sinn und der Zweck der unwirksamen Bestimmung, insbesondere ihrer wirtschaftliche Intention entspricht. Im Falle einer Lücke ist diejenige Bestimmung zu vereinbaren, die nach dem Sinn und Zweck dieses Vertrages vereinbart worden wäre, hätte man diesen Punkt von vornherein bedacht.“

Um in die gegenständliche Veranlagung der Beklagten zu investieren, muss ein potentieller Anleger auf der Website www.kitzventure.com den Vertrag zur Geldanlage beantragen und ein Investmentformular ausfüllen. Er erhält dann den Vertrag über ein Venture-Loan-Investment (Investmentvertrag) im Sinne der Anlage 1 zum Prospekt inklusive Kapitalmarktprospekt übermittelt, welchen er unterfertigen muss.

Dieser – auszugsweise wiedergegebene - Sachverhalt steht im Berufungsverfahren unbekämpft fest.

Der **klagende Verein** beehrte im vorliegenden Verfahren, der Beklagten bestimmte Werbeaussagen in Print- und Onlineinseraten und auf ihrer Homepage zu untersagen. Darüber hinaus beantragte er, der Beklagten in Allgemeinen Geschäftsbedingungen,

die sie ihren Verträgen zugrunde lege, und/oder in dabei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung (u.a.) der oben wiedergegebenen oder sinngleicher Klauseln zu untersagen; zusätzlich wurde ein Veröffentlichungsbegehren gestellt.

Vorgebracht wurde dazu - soweit für das vorliegende Berufungsverfahren noch von Interesse - im Wesentlichen zusammengefasst, dass die Klauseln 3.4., 5.1. und 5.2. des Darlehensvertrages gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB seien und gegen §§ 6 Abs 2 Z 3 und Abs 3 KSchG verstießen.

Die Vereinbarung eines qualifizierten Nachrangs könne nur dann sachlich gerechtfertigt und nicht gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB sein, wenn sich der Nachrang auf die Fälle des § 67 Abs 3 IO beschränke. Eine weitergehende Nachrangigkeit sei nicht notwendig, um eine Konzessionspflicht der Beklagten nach dem BWG zu vermeiden. Die von der Beklagten verwendeten Nachrangklauseln gingen weit und in einem für den Verbraucher nicht nachvollziehbaren Umfang über die Fälle des § 67 Abs 3 IO hinaus, weil die Beklagte nur dann zu einer Zinszahlung oder einer Rückzahlung des Darlehensbetrages verpflichtet sei, wenn bei Fälligkeit der Zahlung sämtliche vorrangigen Gläubiger befriedigt seien und die Zahlung überdies aus dem frei verfügbaren Jahresüberschuss oder aus dem frei verfügbaren Vermögen der Beklagten möglich sei.

Die mit den Klauseln vorgesehene Risikotragung und Schlechterstellung des Darlehensgebers gegenüber dem gesetzlichen Leitbild des Darlehensvertrags könnte nur dann ausreichend gerechtfertigt sein, wenn der Anleger auch im Erfolgsfall wie ein Mitunternehmer behandelt werde, also am Gewinn, den stillen Reserven und dem Firmenwert des Unternehmens beteiligt sei, was hier nicht der Fall sei.

Darüber hinaus seien die Klauseln mit den Vorgaben des § 6 Abs 2 Z 3 KSchG unvereinbar, weil die Gründe, aus denen die Beklagte die von ihr vertraglich geschuldete Leistung aussetzen oder einschränken könne, zu einem wesentlichen Teil

über das sachlich gerechtfertigte Ausmaß hinausgingen und nicht als geringfügig anzusehen seien, sodass sie dem Verbraucher nicht zumutbar seien.

Schließlich seien die Klauseln völlig unbestimmt und intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG, weil das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen für die vorgenommene Leistungseinschränkung für den Verbraucher nicht überprüfbar sei.

Die **Beklagte** wendete - wiederum soweit für das vorliegende Berufungsverfahren noch relevant und zusammengefasst - ein, dass eine gröbliche Benachteiligung des Darlehensgebers nicht gegeben sei. Der österreichische Gesetzgeber habe das (qualifizierte) Nachrangdarlehen durch die Regelungen des AltFG explizit als zulässige Finanzierungsform anerkannt. Die Nachrangabrede sei Teil der Hauptleistungspflicht des Nachrangdarlehens und unterliege daher nicht der Inhaltskontrolle des § 879 Abs 3 ABGB.

Die Kritik des klagenden Vereins, wonach der potentielle Anleger keine Unternehmensbeteiligung erhalte, sei nicht nachvollziehbar; es sei den Anlegern zu keinem Zeitpunkt eine Unternehmensbeteiligung in Aussicht gestellt worden und es bestehe auch keine rechtliche Verpflichtung, einen Dritten an einem Unternehmen zu beteiligen. Nachrangige Darlehen seien gegenüber „vorrangigen“ Darlehen riskanter, es würden daher dementsprechend höhere Zinsen zugesagt. Dies entspreche einem adäquaten Risiko-Ertragsverhältnis.

Das **Erstgericht** gab dem auf Unterlassung der Verwendung bestimmter Werbeaussagen in Print- und Onlineinseraten sowie auf der Homepage der Beklagten gerichteten Klagebegehren statt. Darüber hinaus verpflichtete es die Beklagte, die Verwendung der Klauseln Punkt 8.2, 8.3, 8.4 und 8.5 oder sinngleicher Klauseln in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen und/oder in dabei verwendeten

Vertragsformblättern zu unterlassen. Ein Mehrbegehren, der Beklagten auch die Verwendung der Klauseln 3.4, 5.1 und 5.2 in den ihren Verträgen zugrunde gelegten Allgemeinen Geschäftsbedingungen und/oder in dabei verwendeten Vertragsformblättern zu untersagen, wurde abgewiesen. Dem Veröffentlichungsbegehren wurde hinsichtlich des klagsstattgebenden Teils des Urteilsspruchs stattgegeben.

Dieser Entscheidung legte das Erstgericht die in US 5 bis US 18 sowie US 22 bis US 23 getroffenen Feststellungen zugrunde, auf welche verwiesen wird (§ 500a ZPO) und die eingangs wiedergegeben wurden, soweit zum Verständnis der vorliegenden Berufungsentscheidung erforderlich.

Rechtlich führte das Erstgericht zu den im Berufungsverfahren noch relevanten Klauseln 3.4, 5.1 und 5.2, gestützt auf die Entscheidung 4 Ob110/17f des Obersten Gerichtshofs, aus, dass diese der Inhaltskontrolle des § 879 Abs 3 ABGB entzogen seien, weil eine Nachrangabrede nicht als Nebenabrede, sondern als Festlegung der Hauptleistungspflicht des Vertrags zu werten sei, das qualifizierte Nachrangdarlehen sei als eigener Vertragstypus zu werten, weshalb auch eine Prüfung nach § 6 Abs 2 Z 3 KSchG nicht stattzufinden habe und keine Intransparenz der Klauseln, welche im Übrigen sprachlich und begrifflich eindeutig und klar formulierte seien, vorliegen könne.

Während der klagsstattgebende Teil dieser Entscheidung in Teilrechtskraft erwachsen ist, erhob der **klagende Verein** gegen den klagsabweisenden Teil dieser Entscheidung eine **Berufung** und beantragte unter Ausführung einer Rechtsrüge die Abänderung der angefochtenen Entscheidung im Sinne einer vollinhaltlichen Klagsstattgebung, sohin auch hinsichtlich der in Punkt 3. des Urteils genannten Klauseln und des hierauf bezogenen Veröffentlichungsbegehrens.

Die Beklagte beantragte in ihrer fristgerecht erstatteten Berufungsbeantwortung, dem Rechtsmittel der Gegenseite den Erfolg zu versagen.

Die Berufung ist berechtigt:

Der klagende Verein wiederholt in seiner Rechtsrüge im Wesentlichen den bereits im Verfahren erster Instanz eingenommenen Rechtsstandpunkt, wonach eine Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB zulässig sei, weil sich die hier zu beurteilende Klausel - anders als in 4 Ob 110/17f - nicht auf die bloße Vereinbarung eines qualifizierten Nachrangs im Sinne des § 67 Abs 3 IO beschränke, sondern weit über die Fälle des § 67 Abs 3 IO hinausgehe; eine derart weitreichende Nachrangvereinbarung sei aber gerade keine für den Vertragstyp „qualifiziertes Nachrangdarlehen“ erforderliche Vereinbarung und sei daher hinsichtlich dieses überschießenden Teils auch einer Missbräuchlichkeitskontrolle unterworfen. Es könne nicht unterstellt werden, dass der Oberste Gerichtshof mit der Entscheidung 4 Ob 110/17f generell alle in AGB enthaltenen Regelungen ohne jede Einschränkung von einer Missbräuchlichkeitskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB ausnehmen habe wollen, die mit einem vereinbarten Nachrang eines Darlehens in Zusammenhang stünden. Solche AGB-Klauseln, die sich im Gefolge eines vereinbarten Nachrangs ergäben, wie zB

- ob und wann wegen des Nachrangs unterbliebene Zahlungen nachgeholt werden,
- ob und mit welchem Zinssatz unterbliebene Zahlungen verzinst werden müssten
oder
- welche Informations- und Vermögensrechte dem Darlehensgeber als Ausgleich für den Nachrang eingeräumt würden,

unterlägen einer Wirksamkeitskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB, was sich auch aus § 2 Z 2 letzter Halbsatz AltFG ergebe. Da die verfahrensgegenständlichen Nachrangklauseln zu diesen „Nebenpunkten“ keine Regelung enthielten, die eine faire Verteilung der mit einem Nachrang verbundenen Chancen und Risiken gewährleisten, verstießen die Klauseln gegen § 879 Abs 3 ABGB.

Darüber hinaus seien die Klauseln nicht ausreichend bestimmt und intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG. Mangels näherer Umschreibung oder Definition sei für den Verbraucher nicht erkennbar, welche Teile des Jahresüberschusses und welche Vermögenswerte zu den „frei verfügbaren“ gehörten; auch der Kreis der Forderungen vorrangiger Gläubiger sei nicht näher definiert. Unklar sei auch, ob der Darlehensgeber für den Fall, dass das Darlehen wegen des Nachrangs erst einige Zeit nach seiner Fälligkeit zurückbezahlt werde, die für die Darlehenslaufzeit vereinbarten Zinsen von 9,75 % erhalte. Darüber hinaus würden die verfahrensgegenständlichen Nachrangklauseln dem Verbraucher einseitig das mit einer Mitunternehmerschaft verbundene Risiko auferlegen, ohne ihn auch im Erfolgsfall wie einen Mitunternehmer zu behandeln, ihn also am Gewinn, den stillen Reserven und dem Firmenwert des Unternehmens zu beteiligen. Leistungseinschränkungsvorbehalte seien nach der Rechtsprechung zweiseitig auszugestalten.

Dazu wurde erwogen:

1. Im Verbandsprozess geht es nicht um die Anfechtung konkreter Rechtsgeschäfte, sondern darum, unzulässige AGB-Klauseln präventiv „aus dem Verkehr zu ziehen“ (vgl. 6 Ob 551/94 = *ecolex* 1995, 26). Es hat die Auslegung der Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen, es ist daher die für den Kunden ungünstigste mögliche Auslegung der beanstandeten Klausel zugrunde zu legen. Danach ist zu prüfen, ob ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten vorliegt (RIS-Justiz RS0016590; *Bollenberger* in *KBB*⁵ § 879 Rz 26).

2.1. Wegen der beim Vertragsabschluss unter Verwendung von AGB oder Vertragsformblättern für den Partner typischerweise bestehenden „verdünnten Willensfreiheit“ erklärt § 879 Abs 3 ABGB Nebenbestimmungen in AGB oder Vertragsformblättern, die nicht eine der beiden Hauptleistungen betreffen, schon dann für nichtig, wenn sie „gröblich benachteiligend“ sind. Bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit nach § 879 Abs 3 ABGB ist eine umfassende, die Umstände des Einzelfalls berücksichtigende

Interessenabwägung vorzunehmen und die Natur des Rechtsgeschäftes zu berücksichtigen; Nachteile können durch Vorteile der Klausel und durch andere vorteilhafte Bestimmungen ausgeglichen werden. Gröbliche Benachteiligung ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in auffallendem, sachlich nicht zu rechtfertigenden Missverhältnis zur vergleichbaren Position des anderen steht (*Bollenberger* in KBB⁵ § 879 Rz 23 mwN).

2.2. Für die Prüfung, ob die gegenständlichen Klauseln der Inhaltskontrolle des § 879 Abs 3 ABGB unterliegen, ist daher zunächst zu beurteilen, ob die betreffenden Bestimmungen sich auf eine der beiderseitigen Hauptleistungen beziehen:

Die Ausnahme von der im § 879 Abs 3 ABGB verankerten Inhaltskontrolle - die Festlegung der beiderseitigen Hauptleistungspflichten - ist möglichst eng zu verstehen und soll auf die individuelle, zahlenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistungen beschränkt bleiben. Nur Leistungsbeschreibungen, die Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung festlegen, sollen der Inhaltskontrolle entzogen sein, nicht jedoch Klauseln, die das eigentliche Leistungsversprechen einschränken, verändern oder aushöhlen (RIS-Justiz RS0016908 [insb T5, T8]).

Unter die Ausnahme des § 879 Abs 3 ABGB fallen nur die „Hauptpunkte“, also die essentialia negotii. Nicht jede Vertragsbestimmung, die die Leistung oder das Entgelt betrifft, ist auf Grund dieses Umstands von der Inhaltskontrolle ausgenommen, sondern lediglich die individuelle ziffernmäßige Umschreibung der Hauptleistung; kontrollfähig bleiben hingegen allgemeine Umschreibungen, die beispielsweise weitere Details der Preisberechnung betreffen (6 Ob 13/16d).

2.3. In 4 Ob 110/17f hat der Oberste Gerichtshof ausgesprochen, dass die im Darlehensvertrag enthaltene qualifizierte Nachrangklausel ein für den Vertragstypus konstitutives Merkmal bilde, welches der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB entzogen sei.

Die Hauptleistungen des qualifizierten Nachrangdarlehens seien einerseits die Zurverfügungstellung von Kapital, andererseits die Rückzahlung und Verzinsung. Der Befriedigungsrang der Forderung des Darlehensgebers lege dabei die Art und Güte der geschuldeten Leistung fest. Davon hänge nämlich ab, ob das Darlehen als Fremd- oder Mezzaninkapital (eine Mischform zwischen Eigen- und Fremdkapital) zu qualifizieren sei. Durch die qualifizierte Nachrangabrede werde der Kapitaltypus bzw. die Art des Geschäfts bestimmt, weshalb sie ein Teil der Hauptleistungspflicht sei. Für die Anerkennung des qualifizierten Nachrangdarlehens als eigener Vertragstypus spreche auch dessen explizite Nennung im AltFG.

2.4. Ebenso wie nicht jede Vertragsbestimmung, die das Entgelt betrifft, von der Inhaltskontrolle des § 879 Abs 3 ABGB ausgenommen ist, kann daher auch nicht jede Vertragsbestimmung, die eine qualifizierte Nachrangklausel enthält, automatisch der Inhaltskontrolle entzogen sein; maßgebend ist vielmehr, ob die Bestimmung die „essentialia negotii“ betrifft.

Es ist daher zunächst zu untersuchen, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um von einem „qualifizierten Nachrangdarlehen“ zu sprechen:

2.4.1. Ein Nachrangdarlehen ist eine der Form der Finanzierung von Unternehmen, bei der in der Regel keine Sicherheiten gegeben werden. Die Darlehensbedingungen sehen typischerweise vor, dass die Darlehensgeber für den hingegebenen Kapitalbetrag - nach Abzug eines Agios - fixe Zinsen, abhängig von der vereinbarten Laufzeit, sowie nach Ablauf der Laufzeit eine Rückzahlung ihres Kapitals erhalten (endfällig). Das Besondere dabei ist, dass diese Darlehen eine sogenannte „qualifizierte Nachrangklausel“ enthalten. Vereinbart wird in der Regel, dass der Darlehensgeber die Rückzahlung des Darlehens und die Zahlung von Zinsen solange und soweit nicht verlangen kann, wie sie beim Unternehmen einen Grund für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens herbeiführen würde. Die qualifizierte Nachrangabrede bezweckt, dass die betreffende Verbindlichkeit bei der Prüfung der

rechnerischen Überschuldung iSd § 67 Abs 3 IO nicht berücksichtigt werden muss. Mit dieser Klausel wird ein zur Abwendung einer Überschuldung im Sinne des § 67 Abs 3 IO ausreichender Rangrücktritt vereinbart. Wird tatsächlich ein Insolvenzverfahren über das Vermögen des Unternehmers eröffnet, erhält der Darlehensgeber gemäß üblicher Nachrangvereinbarungen nur dann Zahlungen, und zwar vom Kapitalbetrag und Zinsen, wenn alle anderen (nicht nachrangigen) Gläubiger des Unternehmers zuvor vollständig befriedigt wurden. Nach *Kriegner* liegt in der qualifizierten Nachrangklausel - soweit sie in der Krise eines Unternehmens eine Rückzahlungssperre gewährt - eine Parallele zu den Bestimmungen des EKEG, da sie ähnlich wie § 2 Abs 1 Z 3 iVm § 14 EKEG regelt, was gilt, wenn der Unternehmer in der Krise ist. (*Kriegner*, Qualifizierte Nachrangdarlehen und Inhaltskontrolle, VbR 2017, 116 f).

2.4.2. Gesetzlich erwähnt wird das Nachrangdarlehen erstmals in § 2 Z 2 AltFG, zur konkreten Ausgestaltung sind aber nähere Bestimmungen nicht enthalten. Inhaltlich ist im § 2 Z 2 AltFG lediglich festgehalten, dass Nachrangdarlehen *keinen unbedingten Rückzahlungsanspruch* gewähren dürfen. § 2 Z 3 AltFG definiert den unbedingten Rückzahlungsanspruch wie folgt: Anspruch auf Rückzahlung hingegebener Gelder, der ohne Bedingung, insbesondere ungeachtet der wirtschaftlichen Lage des Emittenten, geltend gemacht werden kann. Dadurch wird in Form einer negativen Definition das Wesenselement des qualifizierten Nachrangdarlehens gesetzlich determiniert; eine weitergehende gesetzliche Determinierung des Nachrangdarlehens ist nicht vorhanden.

Kriegner (in VbR 2017/78 [118]) leitet daraus im Umkehrschluss ab, dass *notwendige Voraussetzung* eines qualifizierten Nachrangdarlehens ist, dass der *Anspruch auf Rückzahlung hingegebener Gelder unter der Bedingung der wirtschaftlichen Lage des Emittenten* steht.

2.4.3. Der Entscheidung 4 Ob 110/17f lag ein Sachverhalt zugrunde, bei dem sich der Darlehensgeber verpflichtete, außerhalb der Insolvenz seine Forderung solange und

so weit nicht geltend zu machen, wie die teilweise oder vollständige Befriedigung zu einer zum Insolvenzantrag verpflichtenden Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit des Darlehensnehmers führen würde. Die Forderungen sollten außerhalb einer Insolvenz erst nachrangig, nach Befriedigung aller anderen nicht gleichrangigen Gläubiger und erst nach Beendigung einer allenfalls vorliegenden Krise befriedigt werden können. Der Begriff der Krise wurde insoweit definiert, als festgehalten wurde, dass sich der Darlehensnehmer in einer Krise befände, wenn die Eigenmittelquote (§ 23 URG) der Gesellschaft weniger als 8% und die fiktive Schuldtilgungsdauer (§ 24 URG) mehr als 15 Jahre betrage.

Die Klauseln im vorliegenden Fall beschränken demgegenüber die Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen und zur Rückzahlung des Darlehens einschließlich Zinsen auf „den *frei verfügbaren Jahresüberschuss* oder das *frei verfügbare Vermögen* der Darlehensnehmerin“ (Klausel 3.4 und 5.2) bzw. (bei ungünstigster Auslegung) auf die „*wirtschaftliche Leistungsfähigkeit* der Darlehensnehmerin“ (Klausel 5.1); auf den Fall einer drohenden Insolvenz wird nicht (Klausel 3.4 und 5.2) bzw. nicht ausschließlich (Klausel 5.1) abgestellt.

2.4.4. Im Sinne der voranstehenden Ausführungen ist Bedingung des Vertragstypus „qualifiziertes Nachrangdarlehen“, dass der Anspruch auf Rückzahlung hingegebener Gelder unter der Bedingung der wirtschaftlichen Lage des Emittenten steht; es würde daher zur Erfüllung der essentialia negotii ausreichen, dass eine Nachrangklausel einen Rückzahlungsanspruch für den Fall verneint, dass die Befriedigung der fälligen Forderungen des Darlehensgebers zu einer Überschuldung im Sinne des § 67 Abs 3 IO führen würde oder dazu, dass der Darlehensnehmer durch die Zahlung an den Darlehensgeber gegenüber seinen anderen Gläubigern zahlungsunfähig im Sinne des § 66 Abs 1 IO würde.

Ob Nachrangklauseln, die die Rückzahlungsverpflichtung des Darlehensnehmers nicht nur auf den Fall einer Krise im Sinne des EKEG oder der drohenden Insolvenz

des Darlehensnehmers beschränken, noch als Beschreibung einer Hauptleistungspflicht zu qualifizieren sind und daher in diesem (weitergehenden) Umfang einer Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB unterliegen, kann letztlich dahingestellt bleiben, wie die folgenden Ausführungen zeigen werden.

3. Klauseln in AGB oder Vertragsformblättern sind nicht nur einer Inhaltskontrolle im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB zugänglich, soweit es sich nicht um die Festlegung der Hauptleistungspflichten handelt; sie unterliegen darüber hinaus den Beschränkungen des § 6 KSchG. Mit dem Verbandsprozess nach § 28 KSchG soll nicht nur das Verbot von gesetzwidrigen Klauseln erreicht, sondern es sollen auch jene Klauseln beseitigt werden, die dem Verbraucher ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position vermitteln und ihn deshalb von der Durchsetzung seiner Rechte abhalten oder ihm unberechtigt Pflichten auferlegen (4 Ob 147/17x; RIS-Justiz RS0115219 [T14]).

3.1. Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder in Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Das in Umsetzung der EU-Richtlinie über rechtsmissbräuchliche Vertragsklauseln (93/13/EWG) in § 6 Abs 3 KSchG normierte Transparenzgebot soll es dem Verbraucher ermöglichen, sich aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsbestandteilen zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren (RIS-Justiz RS0037107 [T3]; 4 Ob 147/17x mwN). Dieses Transparenzgebot begnügt sich nicht mit formeller Textverständlichkeit, sondern verlangt, dass Inhalt und Tragweite vorgefasster Vertragsklauseln für den Verbraucher „durchschaubar“ sind (6 Ob 228/16x; RIS-Justiz RS0122169). Dies setzt die Verwendung von Begriffen voraus, deren Bedeutung dem typischen Verbraucher geläufig sind oder von ihm jedenfalls festgestellt werden können. Das können naturgemäß auch Fachbegriffe sein, nicht aber Begriffe, die so unbestimmt sind, dass sich ihr Inhalt ihrer eindeutigen Festlegung entzieht; der durch ihre Verwendung geschaffene weite Beurteilungsspielraum schließt es nämlich aus,

dass der Verbraucher Klarheit über seine Rechte und Pflichten gewinnen kann (4 ob 147/17x; RIS-Justiz RS0115217 [T3]). Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen „Durchschnittskunden“ (RIS-Justiz RS0115219 [T9, T12, T17, T36]).

3.2. Das Vertragsangebot der Beklagten, welches Investitionen ab EUR 250,-- ermöglicht, richtet sich insbesondere auch an Privatanleger, die lediglich Kleinstbeträge veranlagen möchten, sohin (auch) an Personen, die möglicherweise weder rechtliche noch wirtschaftliche Grundkenntnisse haben. Ihr Verständnis der gegenständlichen Klauseln ist daher als Maßstab für die Transparenz heranzuziehen.

3.3. Die Tatbestandsvoraussetzungen für die Beschränkung der Zahlungspflichten des Darlehensnehmers in den inkriminierten Klauseln sind völlig unbestimmt und lassen eine Beurteilung, unter welchen Voraussetzungen sich der Darlehensnehmer darauf berufen kann, (ganz oder vorübergehend) Zinsen nicht zahlen zu müssen und/oder das Kapital samt Zinsen nicht zurückzahlen zu müssen, nicht zu:

Nach Pkt 3.4. kann die Zahlung von Zinsen nur aus dem *frei verfügbaren Jahresüberschuss* oder aus dem *frei verfügbaren Vermögen der Emittentin* sowie nach Befriedigung sämtlicher vorrangiger Gläubiger erfolgen. Was unter dem frei verfügbaren Jahresüberschuss zu verstehen ist bzw. welche Teile des Jahresüberschusses als „frei verfügbar“ anzusehen ist, ist aus der Formulierung nicht erkennbar, ebenso nicht, welche Vermögenswerte zu den „frei verfügbaren“ zählen. Das Gleiche gilt für die Formulierung in Punkt 5.2., welche die Rückzahlung des Darlehens einschließlich Zinsen wiederum auf den *frei verfügbaren Jahresüberschuss* oder das *frei verfügbare Vermögen der Gesellschaft* beschränkt.

Auch die Klausel Pkt 5.1. muss - jedenfalls bei der vorzunehmenden kundenfreundlichsten Auslegung - als unzureichend bestimmt angesehen werden:

Darin wird zwar die Rückzahlung des Darlehens und/oder der Zinsen zunächst auf den Fall beschränkt, dass hiedurch ein Insolvenzgrund verwirklicht würde; im weiteren

Text ist aber festgehalten „... und ist daher die Rückzahlung des Darlehens und/oder der Zinsen von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Darlehensnehmerin abhängig“.

Ob mit dieser Formulierung eine - von einer drohenden Eröffnung eines Insolvenzverfahrens losgelöste - Beschränkung der Rückzahlungsverpflichtung in Abhängigkeit von einer nicht näher definierten *wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit* der Darlehensnehmerin gemeint ist, ist - insbesondere im Hinblick auf die in den Klauseln 3.4. und 5.2. enthaltenen Einschränkungen der Rückzahlungsverpflichtung - jedenfalls bei kundenfeindlichster Auslegung nicht erkennbar.

Damit verstoßen die Klauseln 3.4., 5.1., und 5.2. gegen das in § 6 Abs 3 KSchG normierte Transparenzgebot, sodass dem auf Unterlassung dieser Klauseln gerichteten Klagebegehren stattzugeben ist; darauf, ob die genannten Klauseln zusätzlich auch gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG verstoßen, weil die Leistungseinschränkungs vorbehalte nicht *zweiseitig* ausgestaltet sind, kommt es demzufolge nicht an.

Der Berufung war somit Folge zu geben und die angefochtene Entscheidung im Sinne einer vollinhaltlichen Klagsstattgebung abzuändern; hinsichtlich der Ermächtigung zur Veröffentlichung auch im Umfang der weiteren Klagsstattgebung kann auf die rechtlichen Ausführungen des Erstgerichts verwiesen werden (§ 500a ZPO), die uneingeschränkt auch für den weiteren klagsstattgebenden Teil der Entscheidung zutreffen.

Die Abänderung der Entscheidung in der Hauptsache bedingt eine neue Kostenentscheidung für das Verfahren erster Instanz:

Die Klägerin hat gemäß § 41 ZPO Anspruch auf vollen Kostenersatz. Da die Beklagte gegen das Kostenverzeichnis keine Einwendungen nach § 54 Abs 1a ZPO erstattete und offenkundige Unrichtigkeiten nicht vorliegen, war das Kostenverzeichnis der klagenden Partei der Kostenentscheidung zugrunde zu legen.

Im Berufungsverfahren basiert die Kostenentscheidung auf §§ 50, 41 ZPO.

Gegen die Bewertung des Berufungsinteresses mit lediglich einem Fünftel, ausgehend von der Kostenentscheidung des Erstgerichts, bestehen keine Bedenken; die Kosten der Berufung wurden, ausgehend von dieser Bemessungsgrundlage im Wesentlichen tarifgemäß verzeichnet, lediglich die ERV-Gebühr beträgt nach § 23a RATG EUR 2,10.

Bei der Bewertung des Entscheidungsgegenstandes war zu berücksichtigen, dass der klagende Verein sein gesamtes Unterlassungsbegehren mit einem Streitwert von EUR 30.500,-- bewertete, wobei dieses in Punkt 1. diverse Unterlassungsbegehren hinsichtlich der von der Beklagten verwendeten Werbeaussagen enthielt, in Punkt 2. das Begehren, die Verwendung diverser Klauseln in Verträgen und Vertragsformblättern zu unterlassen; eine Bewertung der einzelnen Unterlassungsbegehren erfolgte nicht. Ausgehend von der von der Klägerin selbst vorgenommenen Bewertung ihrer insgesamt erhobenen Unterlassungsbegehren und unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des den Gegenstand der Berufung bildenden Entscheidungsgegenstandes für die Beklagte war auszusprechen, dass der Wert eines jeden Unterlassungsbegehrens jeweils EUR 5.000,--, nicht aber EUR 30.000,-- übersteigt.

Die Revision wurde zugelassen, da sich der Oberste Gerichtshof bislang nicht damit zu befassen hatte, welche Anforderungen an die Bestimmtheit der in Vertragsform-

blättern enthaltenen qualifizierten Nachrangklauseln bei Darlehensverträgen zu stellen sind.

Oberlandesgericht Innsbruck, Abt 2
Innsbruck, am 8. März 2018
Dr. Ulrich Heller, Senatspräsident

Elektronische Ausfertigung

gemäß § 79 GOG