

Zeitschrift für

# VERBRAUCHER- RECHT

*Chefredakteurin* **Petra Leupold**  
*Redaktion* **Wilma Dehn, Alexander Klauser,**  
**Paul Oberhammer, Alexander Schopper**

März 2020

02

41 – 80

Beiträge

## *Rust-Hackner* und die Verjährung der Vergütungszinsen *Georg Graf* ➔ 52

AGB-Recht und Verbandsprozess: Judikatur-Überblick 2019  
*Stefan Langer* ➔ 44

Zur Zulässigkeit von Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen  
*Eveline Artmann und Alexander Zauner* ➔ 48

Neues Gewährleistungsrecht und Nachhaltigkeit (Teil II)  
*Wolfgang Faber* ➔ 57

Rechtsprechung

**Vignette: FAGG-Rücktritt** *Arthur Stadler und Jacqueline Bichler* ➔ 65

**Geschlossene Fonds: Vorteilsanrechnung und Mitverschulden**  
*Sebastian Schumacher* ➔ 69

**Spätrücktritt in der Lebensversicherung: Belehrungsfehler  
Schriftformerfordernis** ➔ 74

**EU-Mahnverfahren: Amtswegige Klauselkontrolle** ➔ 77

Forum

**Symposium Kryptowährungen und virtuelle Finanzierungsformen:  
Kundenbindungs- und Punkteprogramme** *Gregor Grundei* ➔ 78

# AGB-Recht und Verbandsprozess: Judikatur-Überblick 2019

VbR 2020/31

§ 6 Abs 1 Z 5,  
§§ 28 bis 30  
KSchG;  
§§ 864 a, 879  
Abs 3 ABGB;  
§ 80 Abs 2  
Eiwog

OGH 29. 8. 2019,  
3 Ob 139/19 s;  
OGH 25. 1. 2019,  
8 Ob 24/18 i;  
OGH 23. 5. 2019,  
3 Ob 46/19 i;  
OGH 13. 9. 2019,  
10 Ob 106/18 p;  
VfGH 12. 3. 2019,  
G 190/2018

Preisänderungen  
von EVU;  
Erklärungsfiktion;  
Zahlungsdienste;  
Zins-  
vereinbarungen;  
VfGH zur  
Verbandsklage

Im vergangenen Jahr war der OGH mit zahlreichen Rechtsfragen in Zusammenhang mit Unterlassungsansprüchen nach §§ 28, 28 a KSchG befasst. Der Beitrag stellt einige ausgewählte, praktisch wesentliche Urteile in Verbandsverfahren im Überblick dar.

Von Stefan Langer

## A. Vertragsänderungen

### 1. Preisänderungen im Energieversorgungssektor

Mit **B vom 29. 8. 2019, 3 Ob 139/19 s**<sup>1)</sup> wies der OGH die oRev des bekl Energieversorgungsunternehmens (EVU) gegen die Untersagung nachstehender Klausel zurück:

„Weiters behält sich [EVU] Preisänderungen im Wege einer Änderungskündigung vor. Die Preisänderungen werden dem Kunden durch ein individuell adressiertes Schreiben oder auf dessen Wunsch elektronisch mitgeteilt. Sofern der Kunde den Änderungen nicht innerhalb einer Frist von zwei Wochen ab Zugang der Preisänderungserklärung schriftlich widerspricht, werden nach Ablauf dieser Frist die Änderungen zu dem von [EVU] mitgeteilten Zeitpunkt, der nicht vor dem Zeitpunkt der Versendung der Preisänderungserklärung liegen darf, für die bestehenden Verträge wirksam. Widerspricht der Kunde den Änderungen binnen einer Frist von zwei Wochen ab Zugang der Preisänderungserklärung schriftlich, endet der Vertrag unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 3 Monaten, gerechnet ab Zugang der Preisänderungserklärung, zum Monatsletzten. Der Kunde ist auf die Bedeutung seines Verhaltens sowie die eintretenden Folgen im Rahmen der Preisänderungserklärung besonders hinzuweisen.“

Der OGH untersagte die Klausel unter Hinweis auf die seit seinem U vom 11. 4. 2013, 1 Ob 210/12 g<sup>2)</sup> bestehende stRsp,<sup>3)</sup> wonach auch formell den Anforderungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG genügende **Vereinbarungen über Vertragsänderungen im Wege der fingierten Zustimmung des Verbrauchers** jedenfalls dann gegen § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 3 KSchG verstoßen, wenn sie auch inhaltlich unbeschränkte Änderungen zulassen und damit auch den Eingriff in die *essentialia negotii* ermöglichen.

Die Bekl hatte sich zur Rechtfertigung der Klausel auf **§ 80 Abs 2 Eiwog 2010** bzw **§ 125 Abs 2 GWG 2011** berufen. Diese Normen halten aber übereinstimmend fest, dass Änderungen der (Allgemeinen) Geschäftsbedingungen und der vertraglich vereinbarten Entgelte nur nach Maßgabe des ABGB und des KSchG zulässig sind. Dass – wie von der Bekl im Verfahren behauptet – ein von den genannten Bestimmungen losgelöstes „**Sonderprivatrecht im Energieversorgungssektor**“ bestehe, das die Prüfung einer AGB-Klausel nach § 879 Abs 3 ABGB und/oder § 6 Abs 3 KSchG ausschliesse, trifft nach dem OGH daher **nicht zu**.<sup>4)</sup>

Der OGH begründet die Entscheidung auch mit der Rsp des EuGH:<sup>5)</sup> Dieser fordert für die Zulässigkeit eines einseitigen Entgeltsänderungsrechts über die eingeräumte Kündigungsmöglichkeit für den Kunden hinaus, dass schon in den AGB der Anlass für die Erhöhung des Entgelts und die Kriterien dafür klar und verständlich dargestellt sein müssen.

In diesem Verfahren stellte die Bekl auch einen Parteienantrag auf Normenkontrolle an den VfGH hinsichtlich der §§ 28 bis 30 KSchG, dazu unter D.

### 2. Vorlageantrag an den EuGH zu Vertragsänderungen durch Erklärungsfiktion im Anwendungsbereich der (2.) Zahlungsdienste-RL

Mit **B vom 25. 1. 2019, 8 Ob 24/18 i**,<sup>6)</sup> hat der OGH dem EuGH (ua) folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

*Sind Artikel 52 Nummer 6 Buchstabe a in Verbindung mit Artikel 54 Absatz 1 der RL 2015/2366/EU (Zahlungsdienste-RL), wonach die Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers zu einer vorgeschlagenen Änderung der Vertragsbedingungen als erteilt gilt, außer der Zahlungsdienstnutzer zeigt dem Zahlungsdienstleister seine Ablehnung vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Inkrafttretens der geänderten Bedingungen an, dahin auszulegen, dass eine Zustimmungsfiktion auch mit einem Verbraucher völlig uneingeschränkt für sämtliche denkbaren Vertragsbedingungen vereinbart werden kann?*

Hintergrund ist das seit Bestehen der in A.1. dargestellten Judikatur über die Unzulässigkeit unbeschränkter Änderungen von Verbraucherverträgen<sup>7)</sup> von einem Teil der L vorgebrachte Argument,<sup>8)</sup> Art 54

1) VbR 2019/134 = Zak 2019/646.

2) JBI 2013, 436 = VbR 2013/7 = ÖBA 2013, 906/1973 = RdW 2013/704.

3) RS0128865.

4) Vgl dagegen im Telekomsektor 4 Ob 113/18 y VbR 2018/108, wonach § 25 Abs 2 und 3 TKG dem Telekomanbieter ein einseitiges Änderungsrecht einräumt, das keiner vertraglichen Grundlage bedarf (in der L str, zB Thiele vs Lehofer, VbR 2015/44 f; Zib, VbR 2014/5; ders, ÖJZ 2017, 793; Spitzer, RdW 2018, 490; Docekal, VbR 2014/48).

5) EuGH 21. 3. 2013, C-92/11, *RWE/VE Nordrhein-Westfalen e.V.*

6) VbR 2019/64.

7) RS0128865.

8) *Bollenberger*, Änderung von Bankverträgen im Massengeschäft, ÖBA 2017, 741; *Schopper*, Judikatur zu Zustimmungsfiktionsklauseln in AGB, VbR 2017/51, 75; vgl auch *Spitzer*, VbR 2013/20; *Csoklich/Foglar-Deinhardstein*, JBI 2013, 629 (638); *Fidler in Leupold* (Hrsg), Forum Verbraucherrecht 2018 (2019) 57 (86).

Abs 1 der (zweiten) Zahlungsdienste-RL<sup>9)</sup> sähe ebenso wie Art 44 Abs 1 der (ersten) Zahlungsdienste-RL<sup>10)</sup> vor, dass im Anwendungsbereich der RL **Vertragsänderungen durch fingierte Zustimmung des Vertragspartners unbeschränkt zulässig sein müssten** und die oben in A.1. zit Rsp daher im Anwendungsbereich der RL unionsrechtswidrig wäre. Der OGH hat vor Inkrafttreten der RL 2015/2366/EU Anregungen, dem EuGH diese Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen, wiederholt verworfen<sup>11)</sup> und Vertragsbedingungen, die inhaltlich unbeschränkte (oder nicht ausreichend beschränkte) Vertragsänderungen im Wege der Erklärungsfiktion zuließen, auch dann untersagt, wenn die Verträge dem ZaDiG unterliegen.

Die nunmehrige Vorlage an den EuGH überraschte insofern etwas, als sich in der hier entscheidenden Frage die Unionsrechtslage nach Ansicht des Autors durch Inkrafttreten der Umsetzung der RL 2015/2366 nicht verändert hat. Zwar wurde Art 54 RL 2015/2366/EU im Vergleich zu Art 44 Abs 1 RL 2007/64/EG um einen Satz ergänzt („Der Zahlungsdienstnutzer kann den Änderungen vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt ihres Inkrafttretens entweder zustimmen oder sie ablehnen.“), aus diesem Satz lässt sich für die Frage inhaltlicher Anforderungen an Vereinbarungen über Vertragsänderungen durch Erklärungsfiktion aber nichts gewinnen.

**Art 3 ff RL 93/13/EWG<sup>12)</sup> beanspruchen eine Anwendung auf alle nicht im Einzelnen ausgehandelten Vertragsklauseln in Verbraucherverträgen;** Sachausnahmen für einzelne Wirtschaftszweige wie Zahlungsdienstleister oder Energieversorger (siehe oben A.1.) wären sachwidrig und bestehen nicht.

Der deutlichste Hinweis aus der Entstehung der RL 2015/2366/EU darauf, dass sich der Unionsgesetzgeber damit auseinandergesetzt hat, dass Vereinbarungen über fingierte Zustimmung auch im Anwendungsbereich der RL (EU) 2015/2366 inhaltlichen Beschränkungen unterliegen, findet sich in dem auch vom OGH in seinem Vorlagebeschluss zitierten **ErwGr 63** der RL 2015/2366/EU: Dieser sagt ausdrücklich, dass Mitgliedstaaten Beschränkungen und Verbote einseitiger Änderungen der Bedingungen eines Rahmenvertrages, also im Wege der fingierten Zustimmung des Vertragspartners, aufrechterhalten oder einführen können, beispielsweise wenn eine solche Änderung nicht gerechtfertigt ist. ErwGr 6 betont darüber hinaus das „hohe Maß an Verbraucherschutz“, das zu gewährleisten ist; ähnliche Überlegungen sprechen ErwGr 42 und 53 an. Es gibt auch keinen nachvollziehbaren Grund, gerade solche für Verbraucher in den möglichen Auswirkungen äußerst gefährliche<sup>13)</sup> Klauseln noch dazu ausgerechnet im Bereich von Verträgen über Zahlungsdienstleistungen zuzulassen und nicht den auf Art 3 ff RL 93/13/EWG basierenden Kontrollmechanismen und damit einer Geltungs- und Inhaltskontrolle zu unterwerfen. Die bisherige **Rsp des OGH ist mE daher auch im Anwendungsbereich der RL 2015/2366/EU unionsrechtskonform.**

Das Verfahren ist beim EuGH zu C-287/19 (*VKI/Denizbank*) anhängig; nach mündlicher Verhandlung am 13. 2. 2020 sind die Schlussanträge des Generalanwalts *Campos Sánchez-Bordona* für den 30. 4. 2020 vorgesehen. Mit einem Urteil des EuGH in dieser Sa-

che ist jedenfalls noch im Lauf des Jahres 2020 zu rechnen.

## B. Kreditzinsobergrenze iHv 16%

Im Judikaturrückblick des Vorjahrs<sup>14)</sup> wurde die Rsp des OGH zu sog „Negativzinsen“ ausführlich dargestellt. Neben den mE abschließend behandelten Fragen bei solchen Verträgen, die noch keine Regelung für den Fall vorsahen, dass ein vereinbarter Indikator für die Zinsberechnung einen negativen Wert annehmen würde, ging es um die Grenzen der Zulässigkeit von Vereinbarungen in solchen Kreditverträgen mit Verbrauchern, die das Thema bereits regelten. Für die Neugestaltung von Kreditverträgen noch nicht ausjudiziert war die Frage der Zulässigkeit von Klauseln, die eine **Zinsuntergrenze („floor“)** und eine **Zinsobergrenze („roof“, „cap“)** in Verbraucherverträgen vorsehen, wobei diese **Obergrenze aber sehr hoch ist.** Dazu liegt nunmehr Rsp des OGH vor:

Der OGH hat in der Vergangenheit bereits ausgesprochen, dass Kreditverträge mit Verbrauchern mit einer Zinsuntergrenze, aber ohne Zinsobergrenze gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG verstoßen.<sup>15)</sup> Die Frage war daher, wie eine Obergrenze beschaffen sein müsste, um den Anforderungen dieser Norm an die **Zweiseitigkeit von Entgeltänderungsvereinbarungen** zu entsprechen. Der OGH hat dazu seit jeher einen strengen Maßstab angewandt („Anpassungssymmetrie“).<sup>16)</sup> →

9) RL (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 11. 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der RL 2002/65/EG, 2009/110/EG und 2013/36/EU und der VO (EU) 2010/1093 sowie zur Aufhebung der RL 2007/64/EG.

10) RL 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. 11. 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der RL 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der RL 97/5/EG.

11) Beispielsweise in OGH 27. 5. 2015, 8 Ob 58/14h VbR 2015/112 (*Kaindl/Fischer*) = RdW 2016/17: „[...] Weder Art 42 Z 6 lit a noch Art 44 Abs 1 Zahlungsdienste-Richtlinie regeln das Zustandekommen der Vereinbarung über die Möglichkeit einer Vertragsänderung per Zustimmungsfiktion, sondern setzen das Bestehen einer solchen Vereinbarung voraus. Die einer Anwendung vorausgehende Beurteilung, ob eine Vereinbarung über die Zustimmungsfiktion nach den allgemeinen Regelungen des nationalen Rechts wirksam abgeschlossen wurde, ist nicht Gegenstand der Richtlinie. [...]“

12) Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. 4. 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

13) Der OGH folgt in seiner Rsp zur Rechtswidrigkeit von Vereinbarungen über inhaltlich unbeschränkte Vertragsänderungen durch fingierte Zustimmung des Vertragspartners der auf das **U des BGH vom 11. 10. 2007, III ZR 63/07** zurückgehenden **dt Rsp.** In dieser Entscheidung des BGH heißt es sehr anschaulich in Rz 32 (Hervorhebungen durch den Autor): „Erfahrungsgemäß setzt sich der größte Teil von Verbrauchern nicht mit Vertragsanpassungen auseinander, die ihnen in der in der Klausel vorgesehenen Weise angeordnet werden. Sie werden deshalb regelmäßig in der Annahme, die Änderung werde „schon ihre Ordnung haben“, schweigen. Die Klausel läuft deshalb in der Praxis weitgehend auf eine einseitige, inhaltlich nicht eingegrenzte Änderungsbezugnis der Beklagten hinaus. Eine solche Rechtsmacht wird für weniger gewichtige Anpassungen hinzunehmen sein, nicht jedoch für die nach dem Wortlaut der Klausel mögliche weitgehende Veränderung des Vertragsgefüges.“

14) *Langer*, AGB-Recht und Verbandsprozesse, Judikatur-Überblick 2017/18 (Teil I), VbR 2019/3, 4 (5).

15) OGH 13. 6. 2017, 4 Ob 107/17i VbR 2017/113 = ZFR 2017/191; OGH 3. 5. 2017, 4 Ob 60/17b VbR 2017/88 = RdW 2017/339. AA im B2B-Bereich 1 Ob 75/19i ÖBA 2020, 55 (*Riss*) = ZFR 2019, 246 (*C. Völkl*): Mindestverzinsung regelt iSd § 879 Abs 3 ABGB kontrollfreie Hauptleistung (anders noch 3 Ob 47/16g).

16) OGH 20. 11. 2002, 5 Ob 266/02g RdW 2003, 132 = ÖBA 2003,370 (*Iro*) = eolex 2003, 237 (*Leitner*).

In seinem **U v 23. 5. 2019, 3 Ob 46/19i**<sup>17)</sup> hatte der OGH eine Zinsgleitklausel in einem Verbrauchervertrag zu beurteilen, die neben der Bildung des Zinssatzes durch den 3-Monats-Euribor zuzüglich eines Aufschlags von **1,25% pa** einen **Mindestzinssatz** in Höhe dieses Aufschlags und einen **Höchstzinssatz von 16% pa** vorgesehen hatte.

Der OGH schließt sich der Ansicht<sup>18)</sup> an, dass ein Mindestzinssatz nur durch eine **wirtschaftlich gleichwertige Höchstgrenze** ausgeglichen werden kann, und billigt zu deren Ermittlung die im Schrifttum<sup>19)</sup> überwiegend herangezogene sogenannte „**Barwertmethode**“, die die unterschiedlichen Eintrittswahrscheinlichkeiten von Veränderungen des Referenzzinssatzes aufgrund der herrschenden Marktgegebenheiten berücksichtigt. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, dass der Höchstzinssatz von 16% pa im konkreten Fall **unangemessen hoch** wäre, beanstandete der OGH auch mit Hinweis auf die Verzugszinsenregelung in denselben AGB nicht.

Konkretere Aussagen, wie hoch Zinsobergrenzen in Verbraucherverträgen sein dürfen, um wirtschaftlich gleichwertig zur Zinsuntergrenze zu bleiben und damit nicht gegen das Gebot der Zweiseitigkeit von Entgeltänderungen nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG zu verstoßen, werden erst durch künftige Rsp des OGH zu erwarten sein.

### C. Gutscheilvermittlungsplattform/ Befristung von Gutscheinen

Mit **U v 13. 9. 2019, 10 Ob 106/18p**<sup>20)</sup> untersagte der OGH in Abänderung der Urteile beider Vorinstanzen folgende Klauseln in der AGB einer Gutscheilvermittlungsplattform:

1. *Sollte der Deal-Gutschein nicht innerhalb seines Gültigkeitszeitraums eingelöst werden, kann der Deal-Gutschein einmalig – gegen eine Bearbeitungsgebühr in Höhe von 25% seines Kaufpreises, jedoch maximal 15 EUR – bei [Beklagter] gegen einen Umtauschgutschein eingetauscht werden.*

2. *Diese Umtauschmöglichkeit besteht für einen Zeitraum von drei Jahren gerechnet ab dem Schluss des Jahres, in dem der Deal Gutschein ausgestellt wurde.*

3. *Einsetzbarkeit des Umtauschgutscheines: Der Umtauschgutschein kann zeitlich begrenzt, innerhalb eines Zeitraumes von sechs Monaten nach Ausstellung, für den Erwerb von Deals, die auf der [Beklagten]-Website angeboten werden, eingesetzt werden.*

4. *Die Einlösemöglichkeit für einen Umtauschgutschein, sowie alle aus diesem abgeleiteten Differenz-Gutscheine, besteht einheitlich für sechs Monate nach dem erfolgten Umtausch des Deal-Gutscheins.*

Die **Grenzen der Zulässigkeit der Befristung von Gutscheinen** war in den vergangenen Jahren wiederholt Gegenstand von Rsp des OGH. Nach dispositiver Rechtslage endet das Recht, mit einem Gutschein aus dem Warensortiment des Ausstellers Waren zu beziehen, innerhalb von 30 Jahren. Die Vereinbarung einer kürzeren als der gesetzlichen Verjährungsfrist wird zwar grundsätzlich für zulässig erachtet.<sup>21)</sup> Verfallsklauseln sind aber (jedenfalls im Verbrauchergeschäft, also nicht unter „gleich starken Vertragspartnern“) sittenwidrig, wenn sie die **Geltendmachung von Ansprüchen ohne sachlichen Grund übermäßig er-**

**schweren. Je kürzer die Verfallsfrist sein soll, desto triftiger muss der Rechtfertigungsgrund sein;**<sup>22)</sup> es ist eine umfassende Interessenabwägung erforderlich.<sup>23)</sup>

Unter diesem Gesichtspunkt hat der OGH bei **Reisegutscheinen** eine einjährige Gültigkeitsdauer, die bis zu drei Jahre nach deren Ablauf um ein weiteres Jahr verlängert werden kann, sodass insgesamt fünf Jahre für die Einlösung zur Verfügung stehen, als nicht gröblich benachteiligend beurteilt;<sup>24)</sup> hingegen wurde eine Gültigkeitsdauer von **(nicht rabattierten) Wertgutscheinen** auf zwei Jahre als gröblich benachteiligend angesehen.<sup>25)</sup> In einer anderen Entscheidung hat der OGH den Verfall von **Prämienmeilen im Flugverkehr** nach 20 Monaten als unzulässig beurteilt.<sup>26)</sup>

Die Bekl vertrieb einerseits Gutscheine für Leistungen, die nicht sie selbst, sondern Kooperationspartner der Bekl erbringen sollten („**Leistungsgutscheine**“), und andererseits Wertgutscheine, „bei denen ein bestimmter Wert auf den Kaufpreis für eine Ware oder den Bezug einer Dienstleistung beim Kooperationspartner angerechnet wird“. Die Bekl argumentierte die zT sehr kurzen Verfallsfristen mit einem durchschnittlichen Rabatt von 50% und dem Umstand, dass Kooperationspartner den Kunden einerseits weniger ausgelastete Zeiträume anböten und andererseits Werbung machen wollten.

Ein ins Treffen geführter Rechtfertigungsgrund für die Zulässigkeit der Klausel trotz kurzer Befristungen betraf somit das sog „**Preisargument**“: mit diesem wird versucht, eine inhaltlich nachteilige Gestaltung in Nebenpunkten des Vertrags mit dem (angeblich) günstigen Entgelt zu rechtfertigen. Grundsätzlich ist das Preisargument mE<sup>27)</sup> unbeachtlich; der OGH lässt aber aufgrund einer Gesamtbetrachtung<sup>28)</sup> Ausnahmen insb dort zu, wo dem Verbraucher zwei oder mehrere (in Nebenpunkten) unterschiedliche Vertragsmodelle zu unterschiedlichen Preisen zur Auswahl stehen, es also eine „**vertragliche Alternative**“ für den Vertragspartner gibt.<sup>29)</sup> Mangels vertraglicher Alternative, zB in Form eines Tarifwahlsystems, griff das Preisargument nach Ansicht des OGH zumindest hinsichtlich der vermittelten Wertgutscheine der Kooperationspartner für die

17) VbR 2019/111 = ÖBA 2019, 745/2606 (Fidler) = ZFR 2019/222 (Murko/Told; Harms).

18) Haghofner, Zur Wirksamkeit von Mindestverzinsungsklauseln, ecorex 2017, 291 (292); Told, Zinsgleitklauseln und Referenzzinssatz vor und nach Vorhersehbarkeit des negativen Referenzniveaus, ÖBA 2017, 828 (845) mwN.

19) Kronthaler, „Negativzinsen“ – Bestandsaufnahme und weitere offene Fragen, ALJ 2018, 26 (45) mwN.

20) VbR 2019/140 = immolex-LS 2019/74.

21) RS0034782; RS0034404.

22) OGH 12. 10. 2011, 7 Ob 75/11 x Zak 2011/788 = RdW 2012/17 = ecorex 2012/44.

23) OGH 28. 6. 2012, 7 Ob 22/12 d Zak 2012/558 = JBI 2012, 588 = RdW 2012/552 = immolex 2012/91.

24) OGH 12. 10. 2011, 7 Ob 75/11 x Zak 2011/788 = RdW 2012/17 = ecorex 2012/44.

25) OGH 28. 6. 2012, 7 Ob 22/12 d Zak 2012/558 = JBI 2012, 588 = RdW 2012/552 = immolex 2012/91.

26) OGH 27. 9. 2016, 6 Ob 139/16 h VbR 2016/127 = RdW 2017/24.

27) Siehe bereits die krit Auseinandersetzung mit dem „Preisargument“ durch Krejci, Handbuch zum KSchG (1981) 161.

28) OGH 7. 8. 2008, 6 Ob 253/07 k Zak 2008/684 = RdW 2008/727 = JBI 2009, 165 = ÖBA 2009, 306/1540 (Iro) = Graf, ecorex 2009, 16; Reichholf-Kogler/Reichholf, VbR 2016/92.

29) Dazu grundlegend OGH 11. 3. 2008, 4 Ob 5/08 a RdW 2008/346 = Zak 2012/169; s auch OGH 22. 12. 2015, 1 Ob 146/15 z VbR 2016, 35 = RdW 2016/240; vgl dazu Klotzinger, VbR 2017/32.

teilweise sehr kurzen Verfallsfristen nicht. Der OGH musste sich folglich nicht mehr damit auseinandersetzen, ob bei Leistungsgutscheinen das Preisargument zu beachten wäre, weil die beanstandete Klausel nicht zwischen Leistungs- und Wertgutscheinen differenzierte.

Dass die vermittelten Gutscheine entweder zu ganz bestimmten Tagen oder über mehrere Wochen/Monate eingelöst werden konnten, sah der OGH jedenfalls bei der im Verbandsprozess gebotenen generalisierenden Auslegung zumindest hinsichtlich der von der Bekl vermittelten Wertgutscheine als gröblich benachteiligend an. Im Zusammenspiel der einzelnen Klauseln wurden die Fristen jeweils als zu kurz und damit einer Überprüfung nach § 879 Abs 3 ABGB nicht standhaltend beurteilt.<sup>30)</sup>

#### D. Keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen Verbandsverfahren

Im Zuge des unter A.1. dargestellten Verfahrens hatte das bekl EVU auch einen Parteienantrag auf Normenkontrolle an den VfGH gerichtet, § 28 Abs 1 KSchG über den Unterlassungsanspruch der in § 29 KSchG genannten Verbände als verfassungswidrig aufzuheben, und dies mit der **Parallelität der Verbandsklage und des behördlichen Kontrollverfahrens** durch die gesetzliche Kompetenz der Regulierungsbehörde zur Untersagung gesetzswidriger AGB von EVU (E-Control) begründet.

Der VfGH hatte im **Erkenntnis vom 12. 3. 2019, G 190/2018**,<sup>31)</sup> **keine Bedenken gegen das Verbandsverfahren des § 28 Abs 1 KSchG im Hinblick auf Art 94 Abs 1 und Art 83 Abs 2 B-VG:**

Gem § 80 Abs 1 ElWOG 2010 haben Versorger für die Belieferung mit elektrischer Energie für Kunden, deren Verbrauch nicht über einen Lastprofilzähler gemessen wird, AGB zu erstellen (für Erdgashändler und Versorger für die Belieferung mit Erdgas enthält § 125 Abs 1 GWG 2011 eine vergleichbare Norm). Diese **AGB sowie deren Änderungen** sind der Regulierungsbehörde bereits vor ihrem Inkrafttreten in elektronischer Form **anzuzeigen** und in geeigneter Form zu **veröffentlichen**. **§ 12 Abs 1 Z 4 E-ControlG** ordnet ergänzend an, dass die **Regulierungsbehörde** – auf Grund der genannten öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen erstellte – **Klauseln zu untersagen** hat, soweit sie gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen.

Der VfGH **verneint** das Argument des EVU, dass im Verfahren über die Verbandsklage nach § 28 Abs 1 KSchG vor den ordentlichen Gerichten und im Verfah-

ren auf (Nicht-)Untersagung unzulässiger AGB durch die Regulierungsbehörde **über eine idente Rechtsache entschieden würde**: Die Verbandsklage des KSchG stelle bereits ihrem Wortlaut nach darauf ab, dass der Beklagte die inkriminierten Bedingungen im geschäftlichen Verkehr zugrunde legt, empfiehlt oder sich darauf beruft. Die inkriminierten **AGB oder Vertragsformblätter** müssen dementsprechend entweder **tatsächlich verwendet werden oder es muss ihre Verwendung zumindest unmittelbar bevorstehen**. Das Verfahren nach § 28 Abs 1 KSchG hat dementsprechend zwar nicht konkrete zivilrechtliche Ansprüche einzelner Verbraucher zum Inhalt, setzt jedoch die tatsächliche oder bevorstehende Verwendung der Bedingungen im rechtsgeschäftlichen Verkehr voraus. Sie antizipiert damit die individuellen Ansprüche der konkret betroffenen Verbraucher. Demgegenüber darf die Regulierungsbehörde nach § 12 Abs 1 Z 4 E-ControlG lediglich die Verwendung von gesetz- oder sittenwidrigen AGB untersagen; es ist ihr aber nicht möglich, einen Auftrag zur Verwendung bestimmter AGB zu erteilen, die in weiterer Folge von den ordentlichen Gerichten untersagt werden können. Daher könne die **bloße Genehmigungsfiktion** infolge der **Nichtuntersagung der angezeigten AGB** durch die Behörde **unter keinen Umständen die Entscheidung der ordentlichen Gerichte präjudizieren**.

Anzumerken ist, dass die Bestimmungen über die Verbandsklage von Verbraucherschutzinstitutionen gegen unzulässige Vertragsbedingungen in AGB oder Vertragsformblättern in Verbraucherverträgen durch **Art 7 Klausel-RL 93/13/EWG** auch unionsrechtlich geboten ist. Ein Verfahren wie jenes nach § 12 Abs 1 Z 4 E-ControlG, in dem kein Verbraucherverband Parteistellung hat, könnte die Verbandsklage in diesem Bereich schon allein aus diesem Grund nicht „ersetzen“. Beim vorliegenden Erkenntnis handelt es sich um den zweiten Parteienantrag auf Normenkontrolle gegen Normen der §§ 28 bis 30 KSchG; ein vor allem gegen die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung nach § 30 Abs 1 KSchG iVm § 25 Abs 3 bis 7 UWG gerichteter Antrag war 2017 vor dem VfGH erfolglos geblieben.<sup>32)</sup>

30) Siehe dazu auch die detaillierte Darstellung in VbR 2019/140 mit Praxistipps auch im Hinblick darauf, dass über die Bekl in zeitlicher Nähe zur Zustellung des Urteils des OGH ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde.

31) VbR 2019/55.

32) VfGH 14. 3. 2017, G 346/2016 ua VbR 2017/142.

#### → In Kürze

Der Beitrag stellt verschiedene thematisch interessante Entscheidungen von OGH und VfGH zu Verbandsverfahren nach §§ 28, 28a KSchG aus dem Jahr 2019 dar.

#### → Zum Thema

##### Über den Autor:

Dr. Stefan Langer ist Rechtsanwalt und Partner der Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien. Kontaktadresse: Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG, Ölzeltgasse 4, 1030 Wien. Tel: +43 (0)1 713 61 92, E-Mail: stefan.langer@kosesnik-langer.at, Internet: www.kosesnik-langer.at

#### Vom selben Autor erschienen:

Mitautor von *Kosesnik-Wehrle* (Hrsg), MKK KSchG<sup>4</sup> (2015), Kommentierung ua der §§ 6, 28–30 KSchG, §§ 864 a, 879 Abs 3 ABGB; Mitautor von *Bammer* (Hrsg), MKK PRG (2019), Kommentierung der §§ 8 und 9 PRG sowie §§ 1 bis 6 PRV; *Langer*, AGB-Recht und Verbandsprozesse, Judikatur-Überblick 2017/18, VbR 2019/3, 4 und 59; *Gabassi/Langer*, Die (elektronische) Kommunikation von Banken mit ihren Kunden nach dem BAWAG-Urteil des EuGH, VbR 2017/56; *Langer*; Keine Leistungsfrist für das „Sich Berufen“, VbR 2017/100; *Langer/Felling*, Einen trifft sie jedenfalls – die Informationspflicht bei der Stundungsvereinbarung – Inkassobüros als Kreditvermittler, VbR 2017/27; *Langer*, Abmahnverfahren und Wiederholungsgefahr bei der Verbandsklage nach dem KSchG, VbR 2013/27.

