

TE OGH 2023/5/31 9Ob112/22v

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 31.05.2023

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Senatspräsidentin des Obersten Gerichtshofs Dr. Fichtenau als Vorsitzende, die Hofrätinnen und Hofräte des Obersten Gerichtshofs Mag. Ziegelbauer, Dr. Hargassner, Mag. Korn und Dr. Annerl als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. W* L*, vertreten durch LIKAR Rechtsanwälte GmbH in Graz, gegen die beklagte Partei Mag. M* L*, als Insolvenzverwalter in der Insolvenz der G* GmbH, *, vertreten durch Mag. Michael Ludwig Lang, Rechtsanwalt in Wien, wegen 11.500 EUR sA, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichts Wiener Neustadt als Berufungsgericht vom 21. Juni 2022, GZ 58 R 48/22i-19, mit dem der Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Bezirksgerichts Mödling vom 11. Februar 2022, GZ 14 C 866/21m-13, nicht Folge gegeben wurde, den

Beschluss

gefasst:

Spruch

I. Die Bezeichnung der beklagten Partei wird wie aus dem Kopf dieser Entscheidung ersichtlich berichtigt-römisch eins. Die Bezeichnung der beklagten Partei wird wie aus dem Kopf dieser Entscheidung ersichtlich berichtigt.

II. Der Revision wird Folge gegeben.römisch zwei. Der Revision wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden aufgehoben und die Rechtssache zu neuerlicher Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens bilden weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

[1] I. Voranzustellen ist, dass mit Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 7. 7. 2022, AZ 28 C 84/22i, das Insolvenzverfahren über die Schuldnerin eröffnet und der nunmehrige Beklagte zum Insolvenzverwalter bestellt wurde. Mit Beschluss des Erstgerichts vom 4. 11. 2022 wurde das infolge Insolvenzeröffnung unterbrochene Verfahren gemäß § 166 Abs 2 ZPO mit dem Zeitpunkt der Zustellung dieses Beschlusses (7. 11. 2022) wieder aufgenommen. Eine Berichtigung der Bezeichnung der beklagten Partei von der Schuldnerin auf den Masseverwalter erfolgte bisher nicht. Dies war nachzuholen. [1] römisch eins. Voranzustellen ist, dass mit Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 7. 7. 2022, AZ 28 C 84/22i, das Insolvenzverfahren über die Schuldnerin eröffnet und der nunmehrige Beklagte zum Insolvenzverwalter bestellt wurde. Mit Beschluss des Erstgerichts vom 4. 11. 2022 wurde das infolge Insolvenzeröffnung unterbrochene Verfahren gemäß Paragraph 166, Absatz 2, ZPO mit dem Zeitpunkt der Zustellung dieses Beschlusses (7. 11. 2022) wieder aufgenommen. Eine Berichtigung der Bezeichnung der beklagten Partei von der Schuldnerin auf den Masseverwalter erfolgte bisher nicht. Dies war nachzuholen.

[2] II. Die nunmehrige Schuldnerin betrieb bis zur Insolvenzeröffnung das freie Gewerbe der Pfandleihe. Sie begann unter anderem zur Finanzierung der für die Kreditvergabe erforderlichen Mittel ab 2014, qualifizierte Nachrangdarlehen von Investoren aufzunehmen. Im Dezember 2015 gab sie einen Kapitalmarktprospekt gemäß den Bestimmungen des KMG 1991 heraus und übermittelte diesen der Österreichischen Kontrollbank als Meldestelle. In diesem Prospekt wurde unter anderem festgehalten: Bei der Veranlagung handelt es sich um die Gewährung eines qualifizierten Nachrangdarlehens durch den Anleger an die Emittentin. Die Forderungen des Anlegers sind unbesicherte nachrangige Forderungen, die mit allen anderen gegenwärtigen und zukünftigen unbesicherten nachrangigen Verbindlichkeiten der Emittentin im gleichen Rang stehen. Im Fall der Insolvenz tritt der Anleger daher mit seinen nachrangigen Forderungen im Rang hinter sämtliche nicht nachrangigen Forderungen gegenwärtiger und zukünftiger anderer Gläubiger zurück, mit Ausnahme jener Gläubiger, deren Forderungen ebenfalls nachrangig sind (qualifizierter Rangrücktritt). Der Anleger verpflichtet sich weiters, außerhalb der Insolvenz die Rückzahlung des Nachrangdarlehens sowie die Zahlung von Zinsen solange und soweit nicht zu verlangen, wie dies bei der Emittentin zu einer die Insolvenzantragspflicht auslösenden Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit führen würde. Die Rückzahlung der Darlehenssumme und die Zahlung von Zinsen an die Anleger ist soweit und solange ausgeschlossen, als diese einen Insolvenzeröffnungsgrund herbeiführen würde. Außerhalb einer Insolvenz können die Forderungen der Anleger also nur nachrangig – nach Befriedigung aller Gläubiger mit nicht nachrangigen Forderungen – und nach dem Überwinden einer allfälligen Unternehmenskrise bedient werden. Eine solche Krise liegt dann vor, wenn die Eigenmittelquote der Emittentin gemäß § 23 URG weniger als 8 % und die fiktive Schuldentilgungsdauer gemäß § 24 URG über 15 Jahre beträgt. Zum 31. Dezember 2014 weist die Bilanz der Emittentin ein positives Eigenkapital in Höhe von 60.488,60 EUR aus. Somit liegt aus derzeitiger Sicht kein die Insolvenzantragspflicht auslösender Sachverhalt vor. Es ist geplant, qualifizierte Nachrangdarlehen in Höhe von insgesamt bis zu 30 Millionen EUR bei Anlegern aufzunehmen. [2] römisch zwei. Die nunmehrige Schuldnerin betrieb bis zur Insolvenzeröffnung das freie Gewerbe der Pfandleihe. Sie begann unter anderem zur Finanzierung der für die Kreditvergabe erforderlichen Mittel ab 2014, qualifizierte Nachrangdarlehen von Investoren aufzunehmen. Im Dezember 2015 gab sie einen Kapitalmarktprospekt gemäß den Bestimmungen des KMG 1991 heraus und übermittelte diesen der Österreichischen Kontrollbank als Meldestelle. In diesem Prospekt wurde unter anderem festgehalten: Bei der Veranlagung handelt es sich um die Gewährung eines qualifizierten Nachrangdarlehens durch den Anleger an die Emittentin. Die Forderungen des Anlegers sind unbesicherte nachrangige Forderungen, die mit allen anderen gegenwärtigen und zukünftigen unbesicherten nachrangigen Verbindlichkeiten der Emittentin im gleichen Rang stehen. Im Fall der Insolvenz tritt der Anleger daher mit seinen nachrangigen Forderungen im Rang hinter sämtliche nicht nachrangigen Forderungen gegenwärtiger und zukünftiger anderer Gläubiger zurück, mit Ausnahme jener Gläubiger, deren Forderungen ebenfalls nachrangig sind (qualifizierter Rangrücktritt). Der Anleger verpflichtet sich weiters, außerhalb der Insolvenz die Rückzahlung des Nachrangdarlehens sowie die Zahlung von Zinsen solange und soweit nicht zu verlangen, wie dies bei der Emittentin zu einer die Insolvenzantragspflicht auslösenden Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit führen würde. Die Rückzahlung der Darlehenssumme und die Zahlung von Zinsen an die Anleger ist soweit und solange ausgeschlossen, als diese einen Insolvenzeröffnungsgrund herbeiführen würde. Außerhalb einer Insolvenz können die Forderungen der Anleger also nur nachrangig – nach Befriedigung aller Gläubiger mit nicht nachrangigen Forderungen – und nach dem Überwinden einer allfälligen Unternehmenskrise bedient werden. Eine solche Krise liegt dann vor, wenn die Eigenmittelquote der Emittentin gemäß Paragraph 23, URG weniger als 8 % und die fiktive Schuldentilgungsdauer gemäß Paragraph 24, URG über 15 Jahre beträgt. Zum 31. Dezember 2014 weist die Bilanz der Emittentin ein positives Eigenkapital in Höhe von 60.488,60 EUR aus. Somit liegt aus derzeitiger Sicht kein die Insolvenzantragspflicht auslösender Sachverhalt vor. Es ist geplant, qualifizierte Nachrangdarlehen in Höhe von insgesamt bis zu 30 Millionen EUR bei Anlegern aufzunehmen.

[3] Auf schriftlichen „Antrag“ des Klägers, unstrittig eines Verbrauchers, schloss sie mit diesem am 18. 10. 2018 einen Darlehensvertrag über ein sogenanntes qualifiziertes Nachrangdarlehen in Höhe von 10.000 EUR mit einer Verzinsung von 7,5 % linear pro Jahr und einer Laufzeit von 24 Monaten ab. Die Zahlung des Klägers ging am 5. 10. 2018 auf dem Konto der Schuldnerin ein. Im Darlehensvertrag ist festgehalten, dass der Darlehensgeber die Kenntnisnahme der in den Darlehensbedingungen abgedruckten Rücktrittsrechte sowie den Erhalt der – jeweils auch einzeln händisch angekreuzten – drei Unterlagen, nämlich „Kapitalmarktprospekt“, „Merkblatt zu den Risikohinweisen“ und „Darlehensbedingungen“ samt Ausführungen zu den Rücktrittsrechten, bestätigt. [3] Auf schriftlichen „Antrag“ des Klägers, unstrittig eines Verbrauchers, schloss sie mit

diesem am 18. 10. 2018 einen Darlehensvertrag über ein sogenanntes qualifiziertes Nachrangdarlehen in Höhe von 10.000 EUR mit einer Verzinsung von 7,5 % linear pro Jahr und einer Laufzeit von 24 Monaten ab. Die Zahlung des Klägers ging am 5. 10. 2018 auf dem Konto der Schuldnerin ein. Im Darlehensvertrag ist festgehalten, dass der Darlehensgeber die Kenntnisnahme der in den Darlehensbedingungen abgedruckten Rücktrittsrechte sowie den Erhalt der – jeweils auch einzeln händisch angekreuzten – drei Unterlagen, nämlich „Kapitalmarkt-, prospekt“, „Merkblatt zu den Risikohinweisen“ und „Darlehensbedingungen“ samt Ausführungen zu den Rücktrittsrechten, bestätigt.

[4] Die Darlehensbedingungen enthalten unter anderem folgende Bestimmung:

„§ 7 Nachrangigkeit

1. Die Forderungen des Darlehensgebers aus diesem Darlehensvertrag sind unbesicherte, nachrangige Forderungen, die mit allen anderen gegenwärtigen und zukünftigen unbesicherten, nachrangigen Verbindlichkeiten der Emittentin gleichrangig sind.

2. Die Rückzahlung des Nachrangdarlehens sowie die Zahlung von Zinsen kann solange und soweit nicht verlangt werden, wie dies bei der Emittentin einen Grund für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens herbeiführen würde. Im Fall der Liquidation oder der Insolvenz der Emittentin dürfen die Forderungen des Darlehensgebers aus diesem Darlehensvertrag erst nach den Forderungen der gegenwärtigen und künftigen nicht nachrangigen Gläubiger der Emittentin befriedigt werden, sodass Zahlungen an den Darlehensgeber so lange nicht geleistet werden, bis die Ansprüche der nicht nachrangigen Gläubiger der Emittentin vollständig befriedigt sind.“

[5] Im Jahr 2020 kam es zu einem Einbruch der Geschäftstätigkeit der Schuldnerin, unter anderem aufgrund einer von der Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft (WKStA) am 19. 2. 2020 angeordneten Sperre ihres Bankkontos und der Beschlagnahme ihrer Vermögenswerte mit Beschluss des Landesgerichts für Strafsachen Wien vom 4. 3. 2020. Am 25. 1. 2021 ordnete die WKStA die Aufhebung der Beschlagnahme sämtlicher Vermögenswerte von insgesamt 3.398.085,20 EUR an. An diesem Tag beliefen sich die Forderungen gegen die Schuldnerin bzw deren Verbindlichkeiten aus den seit Beginn der Kontosperre ausgelaufenen qualifizierten Nachrangdarlehen auf 8.397.377,35 EUR. Das unter anderem gegen den Geschäftsführer der Schuldnerin wegen des Verdachts des versuchten schweren Betrugs (§§ 146, 147 Abs 3 und § 15 StGB) und gegen die Schuldnerin selbst wegen § 3 VbVG geführte Ermittlungsverfahren wurde am 1. 2. 2021 (teil-)eingestellt. [5] Im Jahr 2020 kam es zu einem Einbruch der Geschäftstätigkeit der Schuldnerin, unter anderem aufgrund einer von der Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft (WKStA) am 19. 2. 2020 angeordneten Sperre ihres Bankkontos und der Beschlagnahme ihrer Vermögenswerte mit Beschluss des Landesgerichts für Strafsachen Wien vom 4. 3. 2020. Am 25. 1. 2021 ordnete die WKStA die Aufhebung der Beschlagnahme sämtlicher Vermögenswerte von insgesamt 3.398.085,20 EUR an. An diesem Tag beliefen sich die Forderungen gegen die Schuldnerin bzw deren Verbindlichkeiten aus den seit Beginn der Kontosperre ausgelaufenen qualifizierten Nachrangdarlehen auf 8.397.377,35 EUR. Das unter anderem gegen den Geschäftsführer der Schuldnerin wegen des Verdachts des versuchten schweren Betrugs (Paragraphen 146, 147, Absatz 3 und Paragraph 15, StGB) und gegen die Schuldnerin selbst wegen Paragraph 3, VbVG geführte Ermittlungsverfahren wurde am 1. 2. 2021 (teil-)eingestellt.

[6] Am 5. 10. 2020, dem Zeitpunkt des Auslaufens des Darlehensvertrags, betrugen die Forderungen aus den zu diesem Zeitpunkt ausgelaufenen Darlehensverträgen samt vertraglicher Zinsen 5.507.858,59 EUR.

[7] Zum Stichtag 13. 1. 2022 (Schluss der Verhandlung erster Instanz) verfügte die Schuldnerin über Vermögen von insgesamt 1.057.963,67 EUR. Mit diesem Stichtag bestanden Verbindlichkeiten der Schuldnerin gegenüber Darlehensgebern aus insgesamt 649 vereinnahmten qualifizierten Nachrangdarlehen mit abgelaufener Laufzeit in der Höhe von gesamt 10.189.761,57 EUR an Darlehensbeträgen, vertraglichen Zinsen und Verzugszinsen, wovon zumindest 3.484.179,44 EUR von den Kreditgebern bereits eingefordert wurden. Aus noch nicht abgelaufenen Nachrangdarlehen bestanden Zinsforderungen gegen die Schuldnerin im Ausmaß von 1.228.924,12 EUR.

[8] Zum 31. 12. 2019 hatte die Schuldnerin Forderungen gegen Dritte in Höhe von 8.059.481,07 EUR. Hinsichtlich eines Betrags von rund 5.500.000 EUR wurden bereits Rechtsanwälte mit der Abwicklung bzw gerichtlichen Geltendmachung beauftragt.

[9] Die Schuldnerin zahlte dem Kläger nach Ablauf der Darlehenslaufzeit weder das Kapital noch die vereinbarten Zinsen aus dem Kapital.

[10] Mit seiner Klage vom 5. 10. 2021 begehrte der Kläger von der Schuldnerin die Rückzahlung seines Darlehens samt kapitalisierter Zinsen in Höhe von 11.500 EUR sA. Das Darlehen sei seit 18. 10. 2020 zur Rückzahlung fällig. Die Schuldnerin berufe sich zu Unrecht auf die mangelnde Fälligkeit der Darlehen aufgrund der Nachrangklausel. Darüber hinaus ergebe sich aus § 7 Abs 2 der Darlehensbedingungen, dass die Fälligkeit der Nachrangdarlehen nur dann nicht eintrete, wenn die Rückzahlung des konkreten Darlehens – und nicht aller anderen Nachrangdarlehen – zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens führen würde. Das gesamte Geschäftsmodell der Schuldnerin sei sittenwidrig. Nach unzutreffender Ansicht der Schuldnerin könne sie ihr noch vorhandenes Vermögen verschleudern, ohne dass irgendwelche Einnahmen generiert würden und sie müsste insofern niemals das Nachrangdarlehen zurückzahlen. Die Schuldnerin vermeine offenbar, umso weniger zurückzahlen zu müssen, je mehr Nachrangdarlehen sie aufnehme, weil sie sich immer auf § 7 Abs 2 der Vertragsbedingungen berufen könne. Das Nachrangdarlehen unterliege zudem der Inhaltskontrolle gemäß § 879 ABGB. Der Ausschluss des unbedingten Rückforderungsausspruchs im Nachrangdarlehen sei keine Hauptleistungspflicht, eine Inhaltskontrolle daher zulässig. Dies führe zur Unzulässigkeit des § 7 Abs 2 der Vertragsbedingungen. Zudem sei der Kläger von der Schuldnerin arglistig getäuscht worden. Er sei zu keinem Zeitpunkt über das Risiko des Nachrangdarlehens und insbesondere die Möglichkeit eines Totalverlusts aufgeklärt worden. Hätte er gewusst, dass die Schuldnerin neben ihrem Darlehen noch weitere rund 14 Millionen EUR an Fremdmitteln aufgenommen habe, hätte er das Darlehen niemals gewährt. Zuletzt stützt der Kläger das Klagebegehren auch auf Rücktrittsrechte nach § 3 KSchG, § 11 FAGG, § 8 FernFinG, § 83 WAG 2007, § 4 AltFg sowie § 5 KMG (aF). [10] Mit seiner Klage vom 5. 10. 2021 begehrte der Kläger von der Schuldnerin die Rückzahlung seines Darlehens samt kapitalisierter Zinsen in Höhe von 11.500 EUR sA. Das Darlehen sei seit 18. 10. 2020 zur Rückzahlung fällig. Die Schuldnerin berufe sich zu Unrecht auf die mangelnde Fälligkeit der Darlehen aufgrund der Nachrangklausel. Darüber hinaus ergebe sich aus Paragraph 7, Absatz 2, der Darlehensbedingungen, dass die Fälligkeit der Nachrangdarlehen nur dann nicht eintrete, wenn die Rückzahlung des konkreten Darlehens – und nicht aller anderen Nachrangdarlehen – zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens führen würde. Das gesamte Geschäftsmodell der Schuldnerin sei sittenwidrig. Nach unzutreffender Ansicht der Schuldnerin könne sie ihr noch vorhandenes Vermögen verschleudern, ohne dass irgendwelche Einnahmen generiert würden und sie müsste insofern niemals das Nachrangdarlehen zurückzahlen. Die Schuldnerin vermeine offenbar, umso weniger zurückzahlen zu müssen, je mehr Nachrangdarlehen sie aufnehme, weil sie sich immer auf Paragraph 7, Absatz 2, der Vertragsbedingungen berufen könne. Das Nachrangdarlehen unterliege zudem der Inhaltskontrolle gemäß Paragraph 879, ABGB. Der Ausschluss des unbedingten Rückforderungsausspruchs im Nachrangdarlehen sei keine Hauptleistungspflicht, eine Inhaltskontrolle daher zulässig. Dies führe zur Unzulässigkeit des Paragraph 7, Absatz 2, der Vertragsbedingungen. Zudem sei der Kläger von der Schuldnerin arglistig getäuscht worden. Er sei zu keinem Zeitpunkt über das Risiko des Nachrangdarlehens und insbesondere die Möglichkeit eines Totalverlusts aufgeklärt worden. Hätte er gewusst, dass die Schuldnerin neben ihrem Darlehen noch weitere rund 14 Millionen EUR an Fremdmitteln aufgenommen habe, hätte er das Darlehen niemals gewährt. Zuletzt stützt der Kläger das Klagebegehren auch auf Rücktrittsrechte nach Paragraph 3, KSchG, Paragraph 11, FAGG, Paragraph 8, FernFinG, Paragraph 83, WAG 2007, Paragraph 4, AltFg sowie Paragraph 5, KMG (aF).

[11] Sei von einem wirksamen Abschluss des Vertrags auszugehen, sei dieser jedenfalls zu Lasten des Klägers gröblich benachteiligend und daher unwirksam. Die Schuldnerin könne immer argumentieren, dass die Rückzahlung zur Insolvenzeröffnung führen würde und hätte es damit in der Hand, wann das Darlehen zurückgeführt werde. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen seien von der Schuldnerin erstellt, missverständlich und intransparent formuliert. § 7 Abs 2 der Darlehensbedingungen sei intransparent, weil nicht klar sei, welche Parameter zur Beurteilung der Fälligkeit heranzuziehen seien. Gröblich benachteiligend seien auch die Bedingungen zur Bindung des Klägers und zu den Kündigungsmöglichkeiten. Insgesamt seien die Bedingungen unklar und unverständlich abgefasst, die Schrift viel zu klein und unleserlich. Die Schuldnerin verfüge auch über keine Bankkonzession, sodass der Vertrieb von Nachrangdarlehen überhaupt unzulässig sei. Vorsichtshalber erkläre sie den allenfalls rechtswirksam zustande gekommenen Darlehensvertrag aus wichtigem Grund aufzulösen, weil die Schuldnerin grob fahrlässig die ihr drohende Insolvenz verschuldet habe. [11] Sei von einem wirksamen Abschluss des Vertrags auszugehen, sei dieser jedenfalls zu Lasten des Klägers gröblich benachteiligend und daher unwirksam. Die Schuldnerin könne immer argumentieren, dass die Rückzahlung zur Insolvenzeröffnung führen würde und hätte es damit in der Hand, wann das Darlehen

zurückgeführt werde. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen seien von der Schuldnerin erstellt, missverständlich und intransparent formuliert. Paragraph 7, Absatz 2, der Darlehensbedingungen sei intransparent, weil nicht klar sei, welche Parameter zur Beurteilung der Fälligkeit heranzuziehen seien. Gröblich benachteiligend seien auch die Bedingungen zur Bindung des Klägers und zu den Kündigungsmöglichkeiten. Insgesamt seien die Bedingungen unklar und unverständlich abgefasst, die Schrift viel zu klein und unleserlich. Die Schuldnerin verfüge auch über keine Bankkonzession, sodass der Vertrieb von Nachrangdarlehen überhaupt unzulässig sei. Vorsichtshalber erkläre sie den allenfalls rechtswirksam zustande gekommenen Darlehensvertrag aus wichtigem Grund aufzulösen, weil die Schuldnerin grob fahrlässig die ihr drohende Insolvenz verschuldet habe.

[12] Die Schuldnerin bestritt und wandte ein, dass der Rückzahlungsanspruch nicht fällig sei. Nach den Darlehensbedingungen sei dieser nach Ablauf der Laufzeit „vorbehaltlich der Bestimmung des § 7 Abs 2“ zurückzuzahlen. Demnach könne die Rückzahlung solange und soweit nicht verlangt werden, wie dies bei der Schuldnerin einen Grund für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens herbeiführen würde. Auf dieses Risiko sei auch in einem gesonderten Merkblatt hingewiesen worden. Der Kläger sei auch darüber aufgeklärt worden, dass im Fall der Liquidation oder Insolvenz seine Forderungen aus dem Nachrangdarlehen erst nach den Forderungen gegenwärtiger und künftiger nicht nachrangiger Gläubiger der Schuldnerin befriedigt würden. Die Darlehensbedingungen seien ihm bei Abschluss des Darlehensvertrags bekannt gewesen. Die Schuldnerin sei nicht zahlungsunfähig, weil die Nachrangabreden mit den Darlehensgebern dazu führen würden, dass deren Forderung nicht durchsetzbar seien. Hätte die Schuldnerin sämtliche Forderungen aus den ausgelaufenen Nachrangdarlehen (gleichzeitig) zu begleichen, sei sie zahlungsunfähig. Eine Begleichung nach dem Prinzip „first come, first serve“ sei nicht erlaubt. Außerdem würde dies eine allenfalls anfechtbare Gläubigerbegünstigung darstellen. Die Anleger (Darlehensgeber) bildeten aufgrund der nachrangigen Ausgestaltung ihrer Rechte eine Risikogemeinschaft mit der Emittentin. Eine Grundlage für eine Prospekthaftung bestehe nicht. Eine arglistige Täuschung liege nicht vor. Dem Kläger sei aufgrund des Kapitalmarktprospekts bewusst gewesen, dass neben ihrem eigenen noch Millionen Euro weiterer Nachrangdarlehen aufgenommen werden könnten. Eine vereinbarungswidrige Verwendung der Gelder werde bestritten. Eine Sittenwidrigkeit und gröbliche Benachteiligung liege nicht vor. Die Vereinbarung eines qualifizierten Nachrangdarlehens stelle kein der Konzessionspflicht unterliegendes Bankgeschäft dar. Selbst bei einer Auflösung des Vertrags aus wichtigen Gründen könne eine Rückzahlung nur nach Maßgabe von § 7 Abs 2 der Darlehensbedingungen erfolgen. [12] Die Schuldnerin bestritt und wandte ein, dass der Rückzahlungsanspruch nicht fällig sei. Nach den Darlehensbedingungen sei dieser nach Ablauf der Laufzeit „vorbehaltlich der Bestimmung des Paragraph 7, Absatz 2, zurückzuzahlen. Demnach könne die Rückzahlung solange und soweit nicht verlangt werden, wie dies bei der Schuldnerin einen Grund für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens herbeiführen würde. Auf dieses Risiko sei auch in einem gesonderten Merkblatt hingewiesen worden. Der Kläger sei auch darüber aufgeklärt worden, dass im Fall der Liquidation oder Insolvenz seine Forderungen aus dem Nachrangdarlehen erst nach den Forderungen gegenwärtiger und künftiger nicht nachrangiger Gläubiger der Schuldnerin befriedigt würden. Die Darlehensbedingungen seien ihm bei Abschluss des Darlehensvertrags bekannt gewesen. Die Schuldnerin sei nicht zahlungsunfähig, weil die Nachrangabreden mit den Darlehensgebern dazu führen würden, dass deren Forderung nicht durchsetzbar seien. Hätte die Schuldnerin sämtliche Forderungen aus den ausgelaufenen Nachrangdarlehen (gleichzeitig) zu begleichen, sei sie zahlungsunfähig. Eine Begleichung nach dem Prinzip „first come, first serve“ sei nicht erlaubt. Außerdem würde dies eine allenfalls anfechtbare Gläubigerbegünstigung darstellen. Die Anleger (Darlehensgeber) bildeten aufgrund der nachrangigen Ausgestaltung ihrer Rechte eine Risikogemeinschaft mit der Emittentin. Eine Grundlage für eine Prospekthaftung bestehe nicht. Eine arglistige Täuschung liege nicht vor. Dem Kläger sei aufgrund des Kapitalmarktprospekts bewusst gewesen, dass neben ihrem eigenen noch Millionen Euro weiterer Nachrangdarlehen aufgenommen werden könnten. Eine vereinbarungswidrige Verwendung der Gelder werde bestritten. Eine Sittenwidrigkeit und gröbliche Benachteiligung liege nicht vor. Die Vereinbarung eines qualifizierten Nachrangdarlehens stelle kein der Konzessionspflicht unterliegendes Bankgeschäft dar. Selbst bei einer Auflösung des Vertrags aus wichtigen Gründen könne eine Rückzahlung nur nach Maßgabe von Paragraph 7, Absatz 2, der Darlehensbedingungen erfolgen.

[13] Das Erstgericht gab dem Klagebegehren (mit Ausnahme eines Zinsenmehrbegehrens) statt. Es ging davon aus, dass kein Hinweis auf eine Überschuldung oder drohende Insolvenz vorliege. Die vorhandenen Barmittel erlaubten die Rückzahlung des Darlehens des Klägers ohne Insolvenzgefahr. Dass andere Gläubiger mit bereits fälligen Forderungen andrängten, sei nicht relevant.

[14] Das Berufungsgericht gab der gegen dieses Urteil gerichteten Berufung der Schuldnerin nicht Folge. Die Klausel 7 Abs 2 der Darlehensbedingungen sei intransparent. Ein Verbraucher könne sich als außerhalb der Gesellschaft stehender Gläubiger keinen Überblick über die wirtschaftliche und finanzielle Situation der Schuldnerin verschaffen. Die Klausel schaffe keine Klarheit darüber, ob und wann Gründe für die Insolvenz der Emittentin vorlägen, die einer Rückzahlung entgegenstünden, in welchem Verhältnis der Darlehensgeber zu anderen Nachrangdarlehensgebern stehe und wann die Unternehmenskrise wieder überwunden sei. Dass Gründe für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens aus dem Gesetz ableitbar seien, ändere daran nichts, da die Klausel keinen klaren Hinweis auf die heranzuziehenden gesetzlichen Bestimmungen enthalte. Die Klausel enthalte auch keinen Querverweis auf im Kapitalmarktprospekt und den Risikohinweisen enthaltene Bestimmungen. Es widerspräche dem Transparenzgebot, wenn der Verbraucher gezwungen sei, sich die notwendigen Informationen „zusammenzusuchen“. Eine geltungserhaltende Reduktion einer solchen Klausel komme auch in einem Individualprozess nicht in Betracht. Die Beklagte könne sich daher auf diese Klausel nicht berufen, weshalb dem Klagebegehren im Ergebnis zutreffend stattgegeben worden sei. [14] Das Berufungsgericht gab der gegen dieses Urteil gerichteten Berufung der Schuldnerin nicht Folge. Die Klausel 7 Absatz 2, der Darlehensbedingungen sei intransparent. Ein Verbraucher könne sich als außerhalb der Gesellschaft stehender Gläubiger keinen Überblick über die wirtschaftliche und finanzielle Situation der Schuldnerin verschaffen. Die Klausel schaffe keine Klarheit darüber, ob und wann Gründe für die Insolvenz der Emittentin vorlägen, die einer Rückzahlung entgegenstünden, in welchem Verhältnis der Darlehensgeber zu anderen Nachrangdarlehensgebern stehe und wann die Unternehmenskrise wieder überwunden sei. Dass Gründe für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens aus dem Gesetz ableitbar seien, ändere daran nichts, da die Klausel keinen klaren Hinweis auf die heranzuziehenden gesetzlichen Bestimmungen enthalte. Die Klausel enthalte auch keinen Querverweis auf im Kapitalmarktprospekt und den Risikohinweisen enthaltene Bestimmungen. Es widerspräche dem Transparenzgebot, wenn der Verbraucher gezwungen sei, sich die notwendigen Informationen „zusammenzusuchen“. Eine geltungserhaltende Reduktion einer solchen Klausel komme auch in einem Individualprozess nicht in Betracht. Die Beklagte könne sich daher auf diese Klausel nicht berufen, weshalb dem Klagebegehren im Ergebnis zutreffend stattgegeben worden sei.

[15] Die Revision wurde vom Berufungsgericht zugelassen, weil die Frage der Zulässigkeit einer Nachrangklausel in Darlehensverträgen mit Verbrauchern bisher noch nicht vom Obersten Gerichtshof beurteilt worden sei.

[16] Gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts richtet sich die Revision des Beklagten mit dem Antrag, die Entscheidung der Vorinstanzen dahingehend abzuändern, dass das Klagebegehren abgewiesen wird. In eventu wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

[17] Der Kläger beantragt in seiner Revisionsbeantwortung, die Revision des Beklagten zurückzuweisen, in eventu ihr nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

[18] Die Revision ist zur Wahrung der Rechtssicherheit zulässig und im Sinn des Aufhebungsantrags auch berechtigt.

[19] 1. Gemäß § 113 IO gelten die Bestimmungen der §§ 110 und 112 IO auch für die Fortsetzung und Entscheidung der gegen den Schuldner vor der Insolvenzeröffnung anhängig gewesenen und unterbrochenen Rechtsstreitigkeiten. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Schuldners kann gegen diesen während des Insolvenzverfahrens kein Leistungsurteil erwirkt werden (8 ObA 65/19w Pkt II). Durch die Aufnahme des zunächst infolge Insolvenzeröffnung unterbrochenen Verfahrens wird der bisherige gegen den Schuldner geführte Leistungsprozess von Gesetzes wegen zu einem Prüfungsprozess nach § 110 IO. Das Leistungsbegehren ist über Antrag oder von Amts wegen in jeder Lage des Verfahrens auf ein Feststellungsbegehren über Richtigkeit und Rangordnung der angemeldeten Forderung zu ändern (vgl RS0041103 [T3, T7, T8]). Diese Änderung ist deshalb geboten, weil dem Insolvenzgläubiger kein klagbarer Leistungsanspruch gegen die Insolvenzmasse zusteht (Fink in Fasching/Konecny3 § 159 ZPO Rz 111). [19] 1. Gemäß Paragraph 113, IO gelten die Bestimmungen der Paragraphen 110 und 112 IO auch für die Fortsetzung und Entscheidung der gegen den Schuldner vor der Insolvenzeröffnung anhängig gewesenen und unterbrochenen Rechtsstreitigkeiten. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Schuldners kann gegen diesen während des Insolvenzverfahrens kein Leistungsurteil erwirkt werden (8 ObA 65/19w Pkt römisch zwei). Durch die Aufnahme des zunächst infolge Insolvenzeröffnung unterbrochenen Verfahrens wird der bisherige gegen den Schuldner geführte Leistungsprozess von Gesetzes wegen zu einem

Prüfungsprozess nach Paragraph 110, IO. Das Leistungsbegehren ist über Antrag oder von Amts wegen in jeder Lage des Verfahrens auf ein Feststellungsbegehren über Richtigkeit und Rangordnung der angemeldeten Forderung zu ändern vergleiche RS0041103 [T3, T7, T8]). Diese Änderung ist deshalb geboten, weil dem Insolvenzgläubiger kein klagbarer Leistungsanspruch gegen die Insolvenzmasse zusteht (Fink in Fasching/Konecny3 Paragraph 159, ZPO Rz 111).

[20] 2. Die Umstellung ist in jeder Lage des Verfahrens, also auch im Rechtsmittelverfahren zulässig RS0041103 [T3, T8]). Grundsätzlich sind die Parteien dabei an den bei der Unterbrechung bestehenden Stand des Verfahrens gebunden (vgl Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht IV4 [2006] § 113 KO Rz 36 mwN). Inwieweit dessen ungeachtet neue Einreden bestreitender Gläubiger oder des Insolvenzverwalters, die in erster Instanz nicht erhoben wurden, im Rechtsmittelverfahren in Ausnahmefällen doch vorgebracht werden können (vgl etwa 17 Ob 9/21d; Lovrek, Zwischen den Welten, Insolvenzeröffnung nach Schluss der Verhandlung erster Instanz und Prüfungsprozess, in FS Konecny [2022] 311), muss hier nicht weiter geprüft werden, da sich aus der Insolvenzeröffnung ergebende Änderungen der Sach- oder Rechtslage im Revisionsverfahren nicht geltend gemacht wurden. [20] 2. Die Umstellung ist in jeder Lage des Verfahrens, also auch im Rechtsmittelverfahren zulässig (RS0041103 [T3, T8]). Grundsätzlich sind die Parteien dabei an den bei der Unterbrechung bestehenden Stand des Verfahrens gebunden vergleiche Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht IV4 [2006] Paragraph 113, KO Rz 36 mwN). Inwieweit dessen ungeachtet neue Einreden bestreitender Gläubiger oder des Insolvenzverwalters, die in erster Instanz nicht erhoben wurden, im Rechtsmittelverfahren in Ausnahmefällen doch vorgebracht werden können vergleiche etwa 17 Ob 9/21d; Lovrek, Zwischen den Welten, Insolvenzeröffnung nach Schluss der Verhandlung erster Instanz und Prüfungsprozess, in FS Konecny [2022] 311), muss hier nicht weiter geprüft werden, da sich aus der Insolvenzeröffnung ergebende Änderungen der Sach- oder Rechtslage im Revisionsverfahren nicht geltend gemacht wurden.

[21] 3.1. In der zum Zeitpunkt des Abschlusses des vorliegenden Vertrags geltenden Fassung des § 2 Z 2 und 3 Alternativfinanzierungsgesetz – AltFG (idF vor der Novelle BGBl I 2018/48: vgl § 8a AltFG idF BGBl I 2018/48) wird das Nachrangdarlehen als alternatives Finanzinstrument definiert, das keinen unbedingten Rückzahlungsanspruch, also keinen Anspruch auf Rückzahlung hingegebener Gelder, der ohne Bedingung, insbesondere ungeachtet der wirtschaftlichen Lage des Emittenten, geltend gemacht werden kann, gewähren darf. Nach den Materialien (ErläutRV 628 BlgNR 25. GP 4) kann die Geltendmachung der Forderungen des Darlehensgebers aus dem Darlehensvertrag sowohl für den Fall einer Insolvenz oder Liquidation des Darlehensnehmers als auch außerhalb einer Insolvenz vertraglich eingeschränkt werden („qualifizierte Nachrangklausel“). [21] 3.1. In der zum Zeitpunkt des Abschlusses des vorliegenden Vertrags geltenden Fassung des Paragraph 2, Ziffer 2 und 3 Alternativfinanzierungsgesetz – AltFG in der Fassung vor der Novelle BGBl I 2018/48: vergleiche Paragraph 8 a, AltFG in der Fassung BGBl I 2018/48) wird das Nachrangdarlehen als alternatives Finanzinstrument definiert, das keinen unbedingten Rückzahlungsanspruch, also keinen Anspruch auf Rückzahlung hingegebener Gelder, der ohne Bedingung, insbesondere ungeachtet der wirtschaftlichen Lage des Emittenten, geltend gemacht werden kann, gewähren darf. Nach den Materialien (ErläutRV 628 BlgNR 25. Gesetzgebungsperiode 4,) kann die Geltendmachung der Forderungen des Darlehensgebers aus dem Darlehensvertrag sowohl für den Fall einer Insolvenz oder Liquidation des Darlehensnehmers als auch außerhalb einer Insolvenz vertraglich eingeschränkt werden („qualifizierte Nachrangklausel“).

[22] 3.2. Eine Nachrangabrede ist daher ein Rechtsgeschäft, bei dem der Gläubiger seine Forderung in der Liquidation oder im Insolvenzfall erst geltend machen kann, wenn alle nicht nachrangigen Gläubiger voll befriedigt wurden („einfache Nachrangabrede“). Ein qualifiziertes Nachrangdarlehen (vgl dazu Pateter/Pirker, Zur Rechtsnatur der Nachrangabrede, ZIK 2015/275, 217 [219]) ist dadurch gekennzeichnet, dass der Anleger nicht nur im Fall der Insolvenz nachrangig befriedigt wird, sondern auch dann keine Rückzahlung erhält, wenn sich die Gesellschaft in der Krise befindet. Sie bezweckt, dass die betreffende Verbindlichkeit bei der Prüfung der rechnerischen Überschuldung nicht berücksichtigt werden muss (Kriegner, Qualifizierte Nachrangdarlehen und Inhaltskontrolle, VbR 2017/78, 116 [119, FN 3]). [22] 3.2. Eine Nachrangabrede ist daher ein Rechtsgeschäft, bei dem der Gläubiger seine Forderung in der Liquidation oder im Insolvenzfall erst geltend machen kann, wenn alle nicht nachrangigen Gläubiger voll befriedigt wurden („einfache Nachrangabrede“). Ein qualifiziertes Nachrangdarlehen vergleiche dazu Pateter/Pirker, Zur Rechtsnatur der Nachrangabrede, ZIK 2015/275, 217 [219]) ist dadurch gekennzeichnet, dass der Anleger nicht nur im Fall der Insolvenz nachrangig befriedigt wird, sondern auch dann keine Rückzahlung erhält, wenn sich die Gesellschaft

in der Krise befindet. Sie bezweckt, dass die betreffende Verbindlichkeit bei der Prüfung der rechnerischen Überschuldung nicht berücksichtigt werden muss (Kriegner, Qualifizierte Nachrangdarlehen und Inhaltskontrolle, VbR 2017/78, 116 [119, FN 3]).

[23] 4.1. Zwischen den Parteien wurde eine als „qualifiziertes Nachrangdarlehen“ bezeichnete Vereinbarung getroffen. In den dieser Vereinbarung zugrunde liegenden AGB findet sich die nähere Regelung dazu in § 7 „Nachrangigkeit“. [23] 4.1. Zwischen den Parteien wurde eine als „qualifiziertes Nachrangdarlehen“ bezeichnete Vereinbarung getroffen. In den dieser Vereinbarung zugrunde liegenden AGB findet sich die nähere Regelung dazu in Paragraph 7, „Nachrangigkeit“.

[24] 4.2. Nach § 864a ABGB werden Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet hat, nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Teil nachteilig sind und er mit ihnen auch nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauchte, es sei denn, der eine Vertragsteil hat den anderen besonders darauf hingewiesen. Als objektiv ungewöhnlich wird eine Klausel beurteilt, wenn sie von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, sodass er mit ihr nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen brauchte. Bei der Beurteilung der Ungewöhnlichkeit eines Inhalts iSd § 864a ABGB ist ein objektiver Maßstab anzulegen (RS0014627 [T6]). Der Inhalt der Klausel, auf den es dabei alleine nicht ankommt, spielt vor allem im Zusammenhang mit der Stellung im Gesamtgefüge des Vertragstextes eine Rolle, denn das Ungewöhnliche einer Vertragsbestimmung ergibt sich insbesondere aus der Art ihrer Einordnung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (RS0014659 [T2]). § 864a ABGB erfasst alle dem Kunden nachteilige Klauseln, eine grobe Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB wird nicht vorausgesetzt (RS0123234). [24] 4.2. Nach Paragraph 864 a, ABGB werden Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet hat, nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Teil nachteilig sind und er mit ihnen auch nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauchte, es sei denn, der eine Vertragsteil hat den anderen besonders darauf hingewiesen. Als objektiv ungewöhnlich wird eine Klausel beurteilt, wenn sie von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, sodass er mit ihr nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen brauchte. Bei der Beurteilung der Ungewöhnlichkeit eines Inhalts iSd Paragraph 864 a, ABGB ist ein objektiver Maßstab anzulegen (RS0014627 [T6]). Der Inhalt der Klausel, auf den es dabei alleine nicht ankommt, spielt vor allem im Zusammenhang mit der Stellung im Gesamtgefüge des Vertragstextes eine Rolle, denn das Ungewöhnliche einer Vertragsbestimmung ergibt sich insbesondere aus der Art ihrer Einordnung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (RS0014659 [T2]). Paragraph 864 a, ABGB erfasst alle dem Kunden nachteilige Klauseln, eine grobe Benachteiligung iSd Paragraph 879, Absatz 3, ABGB wird nicht vorausgesetzt (RS0123234).

[25] 4.3. Wenn der Kläger geltend macht, dass „die verwendete Schrift zu klein und unleserlich ist und damit die entsprechende Transparenz bzw Klarheit nicht gegeben ist“, zielt er offenbar nicht auf mangelnde Transparenz ab, sondern auf eine Geltungskontrolle der Klausel nach § 864a ABGB. Dieses Argument ist aber schon deshalb nicht überzeugend, weil der Kläger ausdrücklich ein als solches bezeichnetes Nachrangdarlehen abgeschlossen hat. Im Fall eines Nachrangdarlehens muss jedem potentiellen Darlehensgeber bewusst sein, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen Regelungen beinhalten, nach welchen seine Forderung in einer in den AGB näher präzisierten Weise hinter den Forderungen anderer Gläubiger zurücktritt, weil es sich dabei um das Hauptcharakteristikum der vom Darlehensgeber zu erbringenden Leistung handelt (vgl Graf, Zur Inhaltskontrolle von Nachrangdarlehen-AGB samt Überlegungen zu § 879 Abs 3 ABGB, VbR 2018/25, 48 [52], „quasi die Quintessenz des Nachrangdarlehens“; vgl auch Pirker, Qualifizierte Nachrangdarlehen als Finanzierungsinstrument, RdW 2016, 807 [809]). Weder musste der Kläger daher nicht mit einer solchen Regelung rechnen, noch ist diese aufgrund des Schriftbildes in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen besonders „verborgen“. Vielmehr findet sie sich in einem gesonderten Abschnitt, der die Überschrift „Nachrangigkeit“ trägt, ist also dort zu finden, wo sie nach dem Regelwerk zu vermuten war (vgl RS0014646 [T14]; RS0105643 [T2]; RS0014659 [T2, T3]). Darüber hinaus hat der Kläger die Risikohinweise, die nochmals auf die qualifizierte Nachrangigkeit hinweisen, gesondert unterfertigt. [25] 4.3. Wenn der Kläger geltend macht, dass „die verwendete Schrift zu klein und unleserlich ist und damit die entsprechende Transparenz bzw Klarheit nicht gegeben ist“, zielt er offenbar nicht auf mangelnde Transparenz ab, sondern auf eine Geltungskontrolle der Klausel nach Paragraph 864 a, ABGB. Dieses Argument ist aber schon deshalb nicht überzeugend, weil der Kläger ausdrücklich ein als solches bezeichnetes Nachrangdarlehen abgeschlossen hat. Im Fall eines Nachrangdarlehens muss jedem

potentiellen Darlehensgeber bewusst sein, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen Regelungen beinhalten, nach welchen seine Forderung in einer in den AGB näher präzisierten Weise hinter den Forderungen anderer Gläubiger zurücktritt, weil es sich dabei um das Hauptcharakteristikum der vom Darlehensgeber zu erbringenden Leistung handelt vergleiche Graf, Zur Inhaltskontrolle von Nachrangdarlehen-AGB samt Überlegungen zu Paragraph 879, Absatz 3, ABGB, VbR 2018/25, 48 [52], „quasi die Quintessenz des Nachrangdarlehens“; vergleiche auch Pirker, Qualifizierte Nachrangdarlehen als Finanzierungsinstrument, RdW 2016, 807 [809]). Weder musste der Kläger daher nicht mit einer solchen Regelung rechnen, noch ist diese aufgrund des Schriftbildes in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen besonders „verborgen“. Vielmehr findet sie sich in einem gesonderten Abschnitt, der die Überschrift „Nachrangigkeit“ trägt, ist also dort zu finden, wo sie nach dem Regelwerk zu vermuten war vergleiche RS0014646 [T14]; RS0105643 [T2]; RS0014659 [T2, T3]). Darüber hinaus hat der Kläger die Risikohinweise, die nochmals auf die qualifizierte Nachrangigkeit hinweisen, gesondert unterfertigt.

[26] 5. Der weiteren Prüfung ist voranzustellen, dass es sich vorliegend um keinen Verbands-, sondern einen Individualprozess handelt. Im Individualprozess ist die Auslegung nicht „im kundenfeindlichsten Sinn“ vorzunehmen. Vielmehr hat sie zunächst nach den Grundsätzen der §§ 914, 915 ABGB zu erfolgen (9 Ob 19/20i; 9 Ob 21/19g; RS0016590 [T32]) und zwar so, wie sie sich einem durchschnittlichen Angehörigen aus dem angesprochenen Adressatenkreis erschließen (RS0008901 [T15]). Die Klauseln sind, wenn sie nicht Gegenstand und Ergebnis von Vertragsverhandlungen waren, objektiv unter Beschränkung auf den Wortlaut auszulegen; dabei ist der einem objektiven Betrachter erkennbare Zweck einer Bestimmung zu berücksichtigen (RS0008901 [T7, T87]). Unklarheiten gehen zu Lasten des Verwenders, das heißt im Regelfall zu Lasten des Unternehmers (RS0050063 [T3]). [26] 5. Der weiteren Prüfung ist voranzustellen, dass es sich vorliegend um keinen Verbands-, sondern einen Individualprozess handelt. Im Individualprozess ist die Auslegung nicht „im kundenfeindlichsten Sinn“ vorzunehmen. Vielmehr hat sie zunächst nach den Grundsätzen der Paragraphen 914, 915, ABGB zu erfolgen (9 Ob 19/20i; 9 Ob 21/19g; RS0016590 [T32]) und zwar so, wie sie sich einem durchschnittlichen Angehörigen aus dem angesprochenen Adressatenkreis erschließen (RS0008901 [T15]). Die Klauseln sind, wenn sie nicht Gegenstand und Ergebnis von Vertragsverhandlungen waren, objektiv unter Beschränkung auf den Wortlaut auszulegen; dabei ist der einem objektiven Betrachter erkennbare Zweck einer Bestimmung zu berücksichtigen (RS0008901 [T7, T87]). Unklarheiten gehen zu Lasten des Verwenders, das heißt im Regelfall zu Lasten des Unternehmers (RS0050063 [T3]).

[27] 6. Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist (Transparenzgebot). Dabei kommt es grundsätzlich nicht auf die Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenleistung an (2 Ob 59/12h Pkt 7.). Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen müssen so gestaltet sein, dass der Verbraucher durch ihre Lektüre klare und verlässliche Auskunft über seine Rechtsposition erhält (RS0115217 [T14]). Das Transparenzgebot begnügt sich dabei nicht mit formeller Textverständlichkeit, sondern verlangt, dass Inhalt und Tragweite vorgefasster Vertragsklauseln für den Verbraucher „durchschaubar“ sind (RS0122169 [T2, T6]). Es sollen daher auch jene Klauseln beseitigt werden, die dem Verbraucher ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position vermitteln. Es soll verhindert werden, dass er dadurch von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird oder ihm unberechtigte Pflichten auferlegt werden. Das 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 jeder eindeutigen Festlegung entzieht (RS0115217 [T3]). Daraus kann sich konkret eine Pflicht zur Vollständigkeit ergeben, wenn die Auswirkung einer Klausel sonst unklar bleibt (RS0115219). [27] 6. Nach Paragraph 6, Absatz 3, KSchG ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist (Transparenzgebot). Dabei kommt es grundsätzlich nicht auf die Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenleistung an (2 Ob 59/12h Pkt 7.). Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen müssen so gestaltet sein, dass der Verbraucher durch ihre Lektüre klare und verlässliche Auskunft über seine Rechtsposition erhält (RS0115217 [T14]). Das Transparenzgebot begnügt sich dabei nicht mit formeller Textverständlichkeit, sondern verlangt, dass Inhalt und Tragweite vorgefasster Vertragsklauseln für den Verbraucher „durchschaubar“ sind (RS0122169 [T2, T6]). Es sollen daher auch jene Klauseln beseitigt werden, die dem Verbraucher ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position vermitteln. Es soll verhindert werden, dass er dadurch von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird oder ihm unberechtigte Pflichten auferlegt werden. Das 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 jeder eindeutigen Festlegung entzieht (RS0115217 [T3]). Daraus kann sich konkret eine Pflicht zur Vollständigkeit ergeben, wenn die Auswirkung einer Klausel sonst unklar bleibt (RS0115219).

[28] 7.1. § 7 Abs 2 1. Satz der Allgemeinen Geschäftsbedingungen lautet: „Die Rückzahlung des Nachrangdarlehens sowie die Zahlung von Zinsen kann solange und soweit nicht verlangt werden, wie dies bei der Emittentin einen Grund für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens herbeiführen würde.“ [28] 7.1. Paragraph 7, Absatz 2, 1. Satz der Allgemeinen Geschäftsbedingungen lautet: „Die Rückzahlung des Nachrangdarlehens sowie die Zahlung von Zinsen kann solange und soweit nicht verlangt werden, wie dies bei der Emittentin einen Grund für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens herbeiführen würde.“

[29] 7.2. Die Klausel legt – insoweit völlig unmissverständlich – fest, dass der Darlehensgeber trotz Fälligkeit des Darlehens unter bestimmten Umständen keine Zahlung erhält. Zu prüfen bleibt aber, ob diese Umstände mit „Grund für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens“ ausreichend umschrieben sind.

[30] 7.2.1. Die Allgemeinen Vertragsbedingungen selbst definieren diese Wortfolge nicht näher und enthalten auch keinen Querverweis auf gesetzliche Bestimmungen über die Insolvenzeröffnung oder Vertragsbestimmungen. Wie bereits unter Punkt 6 dargelegt, führt die Verwendung von, auch juristischen, Fachbegriffen nicht notwendigerweise zur Intransparenz einer Vertragsbestimmung. Rechtsbegriffe haben in der Rechtssprache nämlich eine bestimmte Bedeutung und sind daher in diesem Sinn auszulegen. Dieser Grundsatz kann allerdings nur dann zur Anwendung kommen, wenn den zu beurteilenden Rechtsinstituten nach herrschender Ansicht ein unstrittiger Inhalt beigemessen wird und sie deshalb in der Rechtssprache eine einvernehmliche Bedeutung haben. Dementsprechendes hat auch für die in den Allgemeinen Vertragsbedingungen verwendeten Rechtsbegriffe zu gelten (vgl RS0123773). [30] 7.2.1. Die Allgemeinen Vertragsbedingungen selbst definieren diese Wortfolge nicht näher und enthalten auch keinen Querverweis auf gesetzliche Bestimmungen über die Insolvenzeröffnung oder Vertragsbestimmungen. Wie bereits unter Punkt 6 dargelegt, führt die Verwendung von, auch juristischen, Fachbegriffen nicht notwendigerweise zur Intransparenz einer Vertragsbestimmung. Rechtsbegriffe haben in der Rechtssprache nämlich eine bestimmte Bedeutung und sind daher in diesem Sinn auszulegen. Dieser Grundsatz kann allerdings nur dann zur Anwendung kommen, wenn den zu beurteilenden Rechtsinstituten nach herrschender Ansicht ein unstrittiger Inhalt beigemessen wird und sie deshalb in der Rechtssprache eine einvernehmliche Bedeutung haben. Dementsprechendes hat auch für die in den Allgemeinen Vertragsbedingungen verwendeten Rechtsbegriffe zu gelten vergleiche RS0123773).

[31] 7.2.2. Die Voraussetzungen für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens finden sich in §§ 66 f IO. Auch wenn die Klausel nicht auf diese Bestimmungen Bezug nimmt, sind die „Gründe für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens“ im Gesetz definiert, wobei auch der durchschnittliche Verbraucher mit einer Insolvenzeröffnung Überschuldung bzw Zahlungsunfähigkeit verbinden wird, mögen ihm auch die konkreten rechtlichen Details nicht näher bekannt sein. Der vom Berufungsgericht geforderte Hinweis auf konkrete Bestimmungen der Insolvenzordnung, in denen die Voraussetzungen für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens geregelt werden bzw die Auflistung detaillierte Angaben in der Klausel über die Fälle, in denen die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens droht, lassen damit keine zusätzliche Klarheit für den Vertragspartner erwarten. Es liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Parteien in der verfahrensgegenständlichen Darlehensabrede dem Begriff einen anderen als den gesetzlichen Inhalt beilegen wollten. [31] 7.2.2. Die Voraussetzungen für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens finden sich in Paragraphen 66, f IO. Auch wenn die Klausel nicht auf diese Bestimmungen Bezug nimmt, sind die „Gründe für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens“ im Gesetz definiert, wobei auch der durchschnittliche Verbraucher mit einer Insolvenzeröffnung Überschuldung bzw Zahlungsunfähigkeit verbinden wird, mögen ihm auch die konkreten rechtlichen Details nicht näher bekannt sein. Der vom Berufungsgericht geforderte Hinweis auf konkrete Bestimmungen der Insolvenzordnung, in denen die Voraussetzungen für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens geregelt werden bzw die Auflistung detaillierte Angaben in der Klausel über die Fälle, in denen die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens droht, lassen damit keine zusätzliche Klarheit für den Vertragspartner erwarten. Es liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Parteien in der verfahrensgegenständlichen Darlehensabrede dem Begriff einen anderen als den gesetzlichen Inhalt beilegen wollten.

[32] 7.2.3. Kann aber eine Rückzahlung dann nicht verlangt werden, wenn und soweit eine solche Zahlung dazu führen würde, dass die nunmehrige Schuldnerin nach dem Gesetz zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gezwungen wäre, kann die Klausel von einem durchschnittlich verständigen Vertragspartner auch nicht dahin verstanden werden,

dass es bei der Beurteilung der drohenden Insolvenz nur auf die Höhe seiner eigenen Forderung ankommt, sondern es muss dabei notwendigerweise die wirtschaftliche Situation des gesamten Unternehmens im Zeitpunkt der Fälligkeit des jeweiligen Darlehens berücksichtigt werden. Dabei kann die Vertragsbestimmung objektiv nur so verstanden werden, dass auch die Verbindlichkeiten aus anderen Nachrangdarlehen, soweit sie zu diesem Zeitpunkt bereits fällig sind, heranzuziehen sind. Dieses Auslegungsergebnis wird auch dem Zweck eines qualifizierten Nachrangdarlehens gerecht, der ja gerade darin liegt, dass der Rückzahlungsanspruch nicht unbedingt zusteht, sondern der Darlehensgeber aufschiebend bedingt mit Eintritt eines negativen Eigenkapitals (bzw des Fehlens eines Bilanzgewinns oder Liquidationsüberschusses) – hier mit Überschuldung bzw Zahlungsunfähigkeit (Insolvenz) – auf die Durchsetzbarkeit des Anspruchs verzichtet; dies wiederum unter der auflösenden Bedingung des Wegfalls des negativen Eigenkapitals bzw des Vorliegens eines Bilanzgewinns oder Liquidationsüberschusses (Pirker, Qualifizierte Nachrangdarlehen als Finanzierungsinstrument, RdW 2016, 807 [809]; siehe auch Pkt 4.).

[33] Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist damit nicht von einer Intransparenz der konkreten Klausel auszugehen.

[34] 8. Daran ändert auch nichts, dass für den Darlehensgeber die wirtschaftliche Entwicklung und Lage des Darlehensnehmers möglicherweise nicht (leicht) erkennbar ist. Das Wissen um die eigene vertragliche Position (hier als Darlehensgeber eines hochriskanten qualifizierten Nachrangdarlehens) und die Verpflichtungen des Vertragspartners dürfen nicht verwechselt werden mit der Möglichkeit, zu überprüfen, ob diese Pflichten vom Darlehensnehmer auch eingehalten werden. Dass, wie der Kläger argumentiert, der Verbraucher sich als außerhalb der Gesellschaft stehender Gläubiger keinen Überblick über die wirtschaftliche und finanzielle Situation der Schuldnerin verschaffen kann, sagt nichts darüber aus, ob ihm als Darlehensgeber zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bewusst war, dass er im Fall einer drohenden Zahlungsunfähigkeit keine Rückzahlung erhalten wird, ihm daher bei Vertragsabschluss die Bedeutung der qualifizierten Nachrangigkeit ausreichend deutlich dargestellt wurde. Dass der durchschnittliche Verbraucher das Risiko des Finanzinstruments mangels Überblick über die finanzielle Situation des Darlehensnehmers nicht abschätzen habe können – so die Revisionsbeantwortung –, ist daher allenfalls für die Frage der ordnungsgemäßen Aufklärung bei Vertragsabschluss von Bedeutung. Im Übrigen regelt die Klausel auch nicht allfällige Kontrollrechte des Darlehensgebers, sondern definiert nur, was zwischen den Parteien als Nachrangigkeit verstanden wird.

[35] 9.1. Der Oberste Gerichtshof hat im Rahmen eines Verbandsverfahrens bereits dazu Stellung genommen, inwieweit die Vertragsbestimmungen, die die qualifizierte Nachrangigkeit einer Darlehensvereinbarung konkretisieren, die Hauptleistungspflicht betreffen und daher einer inhaltlichen Kontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB entzogen sind (4 Ob 110/17f = VbR 2018/25 [Georg Graf] = ecolex 2018/4 [Sommerauer] = VbR 2019/132 [Mock]). In dieser Entscheidung kam der Oberste Gerichtshof zusammengefasst zu dem Ergebnis, dass zwar nicht schon jede die Hauptleistung betreffende Vertragsbestimmung der Kontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB entzogen ist (RS0016931). Als Hauptleistungspflicht werden nur jene Vertragsbestandteile aufgefasst, die die individuelle zahlenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistungen festlegen; es sind dies jene Bestandteile eines Vertrags, die die Parteien vereinbaren müssen, damit ein hinreichend bestimmter Vertrag zustande kommt (4 Ob 112/04f). Bei der zu beurteilenden qualifizierten Nachrangklausel handelt es sich um ein für den Vertragstypus konstitutives Merkmal, das daher der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB entzogen ist. Das Zurverfügungstellen von Kapital ist die Hauptleistung des Verbrauchers, während die Beklagte Rückzahlung und Verzinsung schuldet. Der Befriedigungsrang der entsprechenden Forderung des Darlehensgebers ist als Faktor anzusehen, der die Art und Güte der geschuldeten Leistung festlegt, weil davon abhängt, ob das Darlehen als Fremd- oder Mezzaninkapital (eine Mischform zwischen Eigen- und Fremdkapital) anzusehen ist (4 Ob 110/17f Pkt 4.). [35] 9.1. Der Oberste Gerichtshof hat im Rahmen eines Verbandsverfahrens bereits dazu Stellung genommen, inwieweit die Vertragsbestimmungen, die die qualifizierte Nachrangigkeit einer Darlehensvereinbarung konkretisieren, die Hauptleistungspflicht betreffen und daher einer inhaltlichen Kontrolle nach Paragraph 879, Absatz 3, ABGB entzogen sind (4 Ob 110/17f = VbR 2018/25 [Georg Graf] = ecolex 2018/4 [Sommerauer] = VbR 2019/132 [Mock]). In dieser Entscheidung kam der Oberste Gerichtshof zusammengefasst zu dem Ergebnis, dass zwar nicht schon jede die Hauptleistung betreffende Vertragsbestimmung der Kontrolle nach Paragraph 879, Absatz 3, ABGB entzogen ist (RS0016931). Als Hauptleistungspflicht werden nur jene Vertragsbestandteile aufgefasst, die die individuelle zahlenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistungen festlegen; es sind dies jene Bestandteile eines Vertrags, die die Parteien vereinbaren müssen, damit ein hinreichend

bestimmter Vertrag zustande kommt (4 Ob 112/04f). Bei der zu beurteilenden qualifizierten Nachrangklausel handelt es sich um ein für den Vertragstypus konstitutives Merkmal, das daher der Inhaltskontrolle nach Paragraph 879, Absatz 3, ABGB entzogen ist. Das Zurverfügungstellen von Kapital ist die Hauptleistung des Verbrauchers, während die Beklagte Rückzahlung und Verzinsung schuldet. Der Befriedigungsrang der entsprechenden Forderung des Darlehensgebers ist als Faktor anzusehen, der die Art und Güte der geschuldeten Leistung festlegt, weil davon abhängt, ob das Darlehen als Fremd- oder Mezzaninkapital (eine Mischform zwischen Eigen- und Fremdkapital) anzusehen ist (4 Ob 110/17f Pkt 4.).

[36] 9.2. Auch der erkennende Senat geht davon aus, dass die inkriminierte Klausel (Vertragsbestimmung § 7 Abs 2) die Hauptleistungspflichten der Parteien regelt und daher einer Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB entzogen ist. [36] 9.2. Auch der erkennende Senat geht davon aus, dass die inkriminierte Klausel (Vertragsbestimmung Paragraph 7, Absatz 2,) die Hauptleistungspflichten der Parteien regelt und daher einer Inhaltskontrolle nach Paragraph 879, Absatz 3, ABGB entzogen ist.

[37] 10. In der Entscheidung 4 Ob 110/17f Pkt 4. mwN (zust Pirker, Qualifizierte Nachrangdarlehen als Finanzierungsinstrument, RdW 2016, 807 [810]) wurde auch bereits ausgesprochen, dass die Entgegennahme von Kapital in Form von Nachrangdarlehen nicht als konzessionspflichtiges Einlagengeschäft gilt (vgl auch Völkel/Marek in König/Mitterecker, Praxishandbuch Sportrecht Kap 30 I.A.3.b)aa); Reich-Rohrwig, Crowdfunding und andere Formen der Unternehmensfinanzierung, ecolex 2020, 4; Majcen, Die neue EU-Crowdfunding Verordnung, ÖBA 2020, 868 [872]). [37] 10. In der Entscheidung 4 Ob 110/17f Pkt 4. mwN (zust Pirker, Qualifizierte Nachrangdarlehen als Finanzierungsinstrument, RdW 2016, 807 [810]) wurde auch bereits ausgesprochen, dass die Entgegennahme von Kapital in Form von Nachrangdarlehen nicht als konzessionspflichtiges Einlagengeschäft gilt vergleiche auch Völkel/Marek in König/Mitterecker, Praxishandbuch Sportrecht Kap 30 römisch eins.A.3.b)aa); Reich-Rohrwig, Crowdfunding und andere Formen der Unternehmensfinanzierung, ecolex 2020, 4; Majcen, Die neue EU-Crowdfunding Verordnung, ÖBA 2020, 868 [872]).

[38] 11. Zusammenfassend ist daher allein aufgrund des Vertragstextes nicht von einer Unwirksamkeit der Vereinbarung über ein qualifiziertes Nachrangdarlehen auszugehen. Allerdings haben die Vorinstanzen aufgrund ihrer – vom erkennenden Senat nicht geteilten – Rechtsauffassung hinsichtlich der Wirksamkeit der Vereinbarung noch keine Beweise zu den übrigen Einwendungen des Klägers gegen die Wirksamkeit der getroffenen Vereinbarung (insb Sittenwidrigkeit des Geschäftsmodells; arglistige Täuschung; mangelhafte Aufklärung, wobei noch kein Vorbringen zur Zurechenbarkeit des Vermittlers [„G*-Berater“] an die Schuldnerin erstattet wurde; hilfsweise Aufhebung des Vertrags aus wichtigem Grund) aufgenommen.

[39] Sollte danach von einem wirksam vereinbarten Nachrang auszugehen sein, liegt die Beweislast für den Eintritt des Nachrangfalls bei der Schuldnerin bzw beim Beklagten. Dabei werden im fortgesetzten Verfahren allerdings auch allfällige, durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bedingte Änderungen der Sachlage zu berücksichtigen sein.

[40] Die Entscheidungen der Vorinstanzen waren daher aufzuheben und dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufzutragen.

[41] 12. Der Kostenvorbehalt gründet auf § 52 ZPO. [41] 12. Der Kostenvorbehalt gründet auf Paragraph 52, ZPO.

Textnummer

E138642

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2023:0090OB00112.22V.0531.000

Im RIS seit

12.07.2023

Zuletzt aktualisiert am

13.08.2025

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at