jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2020/8/25 8Ob37/20d

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 25.08.2020

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Kuras als Vorsitzenden sowie die Hofrätinnen Dr. Tarmann-Prentner und Mag. Korn, den Hofrat Dr. Stefula und die Hofrätin Mag. Wessely-Kristöfel als weitere Richter 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 E***** AG, *****, vertreten durch DSC Doralt Seist Csoklich Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 24. Jänner 2020, GZ 5 R 129/19f-54, mit dem das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 17. Juli 2019, GZ 54 Cg 90/16p-47, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass sie einschließlich der bereits in Rechtskraft erwachsenen Teile insgesamt zu lauten haben:

„1. Das Klagebegehren, die beklagte Partei sei schuldig, es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern bei der Abwicklung ihrer Fremdwährungskreditverträge, für welche die Klauseln

'Die Gutschrift am Verrechnungskonto erfolgt, unter allfälliger Konvertierung zum Ankaufskurs laut „E***** Devisenfixing“ (gemäß Aushang) am Auftragstag und unter Verrechnung der Provisionen und Spesen gemäß Aushang, 2 bis 3 Geschäftstage nach Auftragserteilung.'

und

'Sollte das Verrechnungskonto in einer anderen als der Währung dieser Finanzierung geführt werden, werden diese Fremdwährungszahlungen in die Währung des Verrechnungskontos konvertiert. Diese Konvertierung erfolgt zu dem zwei Geschäftstage vor Fälligkeit gültigen Verkaufskurs laut „E***** Devisenfixing“ (gemäß Aushang); [...]'

und/oder sinngleiche Klauseln vereinbart worden sind,

zu unterlassen

1.1 der Konvertierung von Zins- und Kreditrückzahlungen der Fremdwährungskreditnehmer einen niedrigeren Devisenkurs als den zum Zahlungstag veröffentlichten Devisenkurs der Wiener Börse, insbesondere durch die Verrechnung von Abschlägen, zugrundezulegen,

1.2 der Konvertierung von Auszahlungen der Kreditvaluta einen höheren Devisenkurs als den zum Zahlungstag veröffentlichten Devisenkurs der Wiener Börse, insbesondere durch die Verrechnung von Aufschlägen, zugrundezulegen,

dies sowohl im Hinblick auf erst vorzunehmende Konvertierungen als auch im Hinblick auf die Korrektur bereits vorgenommener Konvertierungen, obwohl mit den Verbrauchern neben den genannten keine anderen vertraglichen Vereinbarungen zur Bildung der bei Fremdwährungskonvertierungen zur Anwendung gelangenden An- bzw Verkaufskurse getroffen wurden, oder sinngleiche Praktiken anzuwenden, wird abgewiesen.

2. Die Eventualbegehren, die beklagte Partei sei schuldig, es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern bei der Abwicklung ihrer Fremdwährungskreditverträge, für welche die Klauseln

'Die Gutschrift am Verrechnungskonto erfolgt, unter allfälliger Konvertierung zum Ankaufskurs laut „E***** Devisenfixing“ (gemäß Aushang) am Auftragstag und unter Verrechnung der Provisionen und Spesen gemäß Aushang, 2 bis 3 Geschäftstage nach Auftragserteilung.'

und

'Sollte das Verrechnungskonto in einer anderen als der Währung dieser Finanzierung geführt werden, werden diese Fremdwährungszahlungen in die Währung des Verrechnungskontos konvertiert. Diese Konvertierung erfolgt zu dem zwei Geschäftstage vor Fälligkeit gültigen Verkaufskurs laut „E***** Devisenfixing“ (gemäß Aushang); [...]'

und/oder sinngleiche Klauseln vereinbart worden sind,

zu unterlassen

A.

2.1 der Konvertierung von Zins- und Kreditrückzahlungen der Fremdwährungskreditnehmer einen niedrigeren Devisenkurs als den Eröffnungskurs des Zahlungstages veröffentlichten Devisenkurs der Wiener Börse, insbesondere durch die Verrechnung von Abschlägen, zugrundezulegen,

2.2 der Konvertierung von Auszahlungen der Kreditvaluta einen höheren Devisenkurs als den Eröffnungskurs des Zahlungstages veröffentlichten Devisenkurs der Wiener Börse, insbesondere durch die Verrechnung von Aufschlägen, zugrundezulegen,

C. in eventu

2.5 der Konvertierung von Zins- und Kreditrückzahlungen der Fremdwährungskreditnehmer einen niedrigeren Devisenkurs als den zum Zahlungstag veröffentlichten Devisenkurs der Europäischen Zentralbank, insbesondere durch die Verrechnung von Abschlägen, zugrundezulegen,

2.6 der Konvertierung von Auszahlungen der Kreditvaluta einen höheren Devisenkurs als den zum Zahlungstag veröffentlichten Devisenkurs der Europäischen Zentralbank, insbesondere durch die Verrechnung von Aufschlägen, zugrundezulegen,

C. in eventu

2.7 der Konvertierung von Zins- und Kreditrückzahlungen der Fremdwährungskreditnehmer und der Konvertierung von Auszahlungen der Kreditvaluta Devisenkurse zugrundezulegen, die nicht auf objektiven und vom Willen der Beklagten unabhängigen Parameter beruhen, insbesondere solche, welche von der Beklagten selbst berechnet werden,

D. in eventu

2.8 der Konvertierung von Zins- und Kreditrückzahlungen der Fremdwährungskreditnehmer einen durch die Verrechnung von Abschlägen verringerten Devisenkurs zugrundezulegen,

2.9 der Konvertierung von Auszahlungen der Kreditvaluta einen durch die Verrechnung von Aufschlägen erhöhten Devisenkurs zugrundezulegen,

E. in eventu

2.10 bei der Konvertierung von Zins- und Kreditrückzahlungen der Fremdwährungskreditnehmer und der Konvertierung von Auszahlungen der Kreditvaluta unterschiedliche, insbesondere durch die Verrechnung von Abschlägen verringerte bzw durch die Verrechnung von Aufschlägen erhöhte, Devisenkurse zugrundezulegen,

dies sowohl im Hinblick auf erst vorzunehmende Konvertierungen als auch im Hinblick auf die Korrektur bereits

vorgenommener Konvertierungen, obwohl mit den Verbrauchern neben den genannten keine anderen vertraglichen Vereinbarungen zur Bildung der bei Fremdwährungskonvertierungen zur Anwendung gelangenden An- bzw Verkaufskurse getroffen wurden, oder sinngleiche Praktiken anzuwenden, werden abgewiesen.

3. Das Eventualbegehren die beklagte Partei sei schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klausel

'Wir erachten das „E***** Devisenfixing“ nur als eine Methode, die dementsprechend den täglichen, auch für Wien relevanten Kurswert ermittelt. Die auf dem „E***** Devisenfixing“ basierenden Auf- bzw Abschläge lagen ein wenig über dem Wiener Marktdurchschnitt. Deswegen korrigieren wir diese nun für die Vergangenheit, d.h. die Krediteinräumung sowie die bisherigen Zins- und Ratenzahlungen, von <bisheriger Ab- bzw Aufschlag pro Währung> auf <neuer Ab- bzw Aufschlag pro Währung> und werden die so ermittelten Kurswerte auch bei der Umrechnung Ihrer künftigen Zahlungen anwenden. [...]

Die Details, wie die Kurswerte ermittelt werden, haben wir für Sie auf der Rückseite zusammengefasst. [...]

Die Umrechnungsmethode im Detail: [...]

Der Kurswert des Zahlungsortes im Sinne des § 907b ABGB setzt sich nach unserer Rechtsauffassung aus dem Mittelkurs und Auf- bzw Abschlägen zusammen. Den Mittelkurs berechnen die ExpertInnen unserer Handelsabteilung täglich zwischen 12.30 und 13.00 Uhr anhand einer Durchschnittsbildung aus den in diesem Zeitraum an den internationalen Devisenmärkten tatsächlich gehandelten Kursen, die auch in Wien relevant sind. Dazu kommt ein Aufschlag beim Devisenankauf bzw ein Abschlag beim Devisenverkauf.'

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie sei ferner schuldig es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannte Klausel oder sinngleiche Klauseln zu berufen, wird abgewiesen.

4. Das Begehren der klagenden Partei, die klagende Partei zu ermächtigen, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruchs im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teils der 'Kronen-Zeitung', bundesweit erscheinende Ausgabe, auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen, wird abgewiesen.

5. Das Begehren der beklagten Partei, die beklagte Partei zu ermächtigen, binnen sechs Monaten ab Rechtskraft des Urteils den klageabweisenden Spruch bzw den klageabweisenden Teil des Spruchs samt Ermächtigung zu seiner Veröffentlichung im redaktionellen Teil einer Samstagsausgabe der 'Kronen Zeitung', bundesweite Ausgabe, einmal in fetter Umrandung und in Normallettern, aber mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien auf Kosten der klagenden Partei zu veröffentlichen; hilfsweise das Urteil in angemessenem Umfang zu veröffentlichen, wird abgewiesen.

6. Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 18.414 EUR (darin 2.067,50 EUR USt und 6.019,50 EUR Barauslagen) bestimmten Verfahrenskosten erster Instanz binnen 14 Tagen zu ersetzen.

7. Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 3.051,12 EUR (darin 508,52 EUR USt) bestimmten Verfahrenskosten zweiter Instanz binnen 14 Tagen zu ersetzen.“

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 5.058,80 EUR (darin 366,30 EUR USt und 2.861 EUR Barauslagen) bestimmten Verfahrenskosten dritter Instanz binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Die beklagte Bank bietet ihre Leistungen im gesamten österreichischen Bundesgebiet an. Sie tritt im Rahmen ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit diesen Verträge.

Die Beklagte wurde in dem gegen sie von dem auch hier von seiner Klagebefugnis gemäß§ 29 KSchG Gebrauch machenden Verein angestrengten Verbandsprozess 11 Cg 50/15p des Erstgerichts mit in Rechtskraft erwachsenem erstinstanzlichen Urteil vom 5. 11. 2015 zur Unterlassung der Verwendung folgender Klauseln verpflichtet, wobei das Gericht von einer Intransparenz der Klauseln iSd § 6 Abs 3 KSchG ausging:

„A. Die Gutschrift am Verrechnungskonto erfolgt, unter allfälliger Konvertierung zum Ankaufskurs laut 'E***** Devisenfixing' (gemäß Aushang) am Auftragstag und unter Verrechnung der Provisionen und Spesen gemäß Aushang, 2 bis 3 Geschäftstage nach Auftragserteilung.

B. Sollte das Verrechnungskonto in einer anderen als der Währung dieser Finanzierung geführt werden, werden diese Fremdwährungszahlungen in die Währung des Verrechnungskontos konvertiert. Diese Konvertierung erfolgt zu dem zwei Geschäftstage vor Fälligkeit gültigen Verkaufskurs laut 'E*****Devisenfixing' (gemäß Aushang); ...“

In der Folge versendete die Beklagte folgenden Massenbrief an ihre Fremdwährungskreditnehmer:

„Sehr geehrte/r Herr/Frau Musterfrau,

Ihr Fremdwährungskredit-Vertrag enthält Umrechnungsklauseln für den Wechselkurs der Kreditauszahlung sowie der laufenden Zinszahlungen und Tilgungen.

Diese Klauseln wurden vom Handelsgericht Wien als intransparent und damit unwirksam beurteilt, weil der Kreditvertrag die Methode der Errechnung des 'E***** Devisenfixing' nicht erläutert. Daher ist nach unserer Rechtsauffassung nun die gesetzliche Regelung des § 907b Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) anzuwenden: Umrechnungen erfolgen danach zu dem zum jeweiligen Zahlungszeitpunkt am Zahlungsort maßgeblichen Kurswert. Wir erachten das 'E***** Devisenfixing' nur als eine Methode, die dementsprechend den täglichen, auch für Wien relevanten Kurswert ermittelt.

Die auf dem 'E***** Devisenfixing' basierenden Auf- bzw Abschläge lagen ein wenig über dem Wiener Marktdurchschnitt. Deswegen korrigieren wir diese nun für die Vergangenheit, dh die Krediteinräumung sowie die bisherigen Zins- und Ratenzahlungen, von <bisheriger Ab- bzw Aufschlag pro Währung> auf <neuer Ab- bzw Aufschlag pro Währung> und werden die so ermittelten Kurswerte auch bei der Umrechnung Ihrer künftigen Zahlungen anwenden.

Das bedeutet für Sie: Es ergibt sich für die Vergangenheit eine verhältnismäßig kleine Gutschrift, die wir bei der nächsten Quartalsabrechnung mit 30. 6. 2016 auf ihr Kreditverrechnungskonto buchen.

Die Details, wie die Kurswerte ermittelt werden, haben wir für Sie auf der Rückseite zusammengefasst.

[...]

Die Umrechnungsmethode im Detail:

Ihr Fremdwährungskredit wurde damals wie vereinbart in Euro ausgenützt. Dazu kauften wir von Ihnen die Fremdwährung zum Devisenankaufskurs und Sie erhielten den Euro-Betrag auf Ihrem Euro-Verrechnungskonto gutgeschrieben. Zins- und Rückzahlungen werden von Ihrem Euro-Verrechnungskonto abgebucht. Da die Zahlungen in Fremdwährung erfolgen müssen, wechseln wir dabei den erforderlichen Fremdwährungsbetrag zum Devisenverkaufskurs.

Wir hatten in den nun vom Handelsgericht Wien beanstandeten Klauseln vorgesehen, dass die Umrechnung für die Kreditauszahlung nach dem Devisenankaufskurs des 'E***** Devisenfixing' und Ihre Zinszahlungen sowie Tilgungen nach dem Devisenverkaufskurs erfolgen.

Eine behördliche Festsetzung von Devisenkursen gibt es nicht. Der Kurswert des Zahlungsortes im Sinne des§ 907b ABGB setzt sich nach unserer Rechtsauffassung aus dem Mittelkurs und Auf- bzw Abschlägen zusammen. Den Mittelkurs berechnen die ExpertInnen unserer Handelsabteilung täglich zwischen 12.30 und 13.00 Uhr anhand einer Durchschnittsbildung aus den in diesem Zeitraum an den internationalen Devisenmärkten tatsächlich gehandelten Kursen, die auch in Wien relevant sind. Dazu kommt ein Aufschlag beim Devisenankauf bzw ein Abschlag beim Devisenverkauf.

Die jeweiligen täglichen An- und Verkaufskurse werden dann sofort auf unserer Webseite unter www.e*****.com/devisenkurse veröffentlicht.

Dazu zwei fiktive Beispiele in EUR/CHF:

Mittelkurs Abschlag NEU Verkaufskurs

1,0886 0,0066 1,082

Das heißt, zum Verkaufskurs erhält die Kreditnehmerin bei den Zins- und Tilgungszahlungen für 1 Euro 1,082 Schweizer Franken.

Mittelkurs Aufschlag NEU Ankaufskurs

1,5014 0,0066 1,508

Das heißt, zum Ankaufskurs bezahlte die Kreditnehmerin bei der damaligen Einräumung des Fremdwährungskredits für 1 Euro 1,508 Schweizer Franken.

Beachten Sie bitte, dies sind fiktive Beispiele. Die konkreten Kurse hängen vom jeweiligen Zahlungstag ab."

Der Kläger stellte mit seiner – mehrfach geänderten – Klage letztlich die aus den Punkten 1 bis 4 des Spruchs ersichtlichen Begehren. Er brachte im Wesentlichen vor, dass für die Umrechnung von Fremdwährungsschulden iSd § 907b Abs 2 ABGB der Devisenkurs der Wiener Börse, sollte es einen solchen nicht mehr geben, der Referenzkurs der Europäischen Zentralbank, maßgeblich sei. Bei beiden handle es sich jeweils um einen aus den Brief- und Geldkursen ermittelten und sohin um Ab- bzw Aufschläge bereinigten Mittelkurs. Dafür, dass die Beklagte den Umrechnungskurs selbst berechne, sei keine Rechtsgrundlage vorhanden, ebensowenig dafür, dass sie auf den von ihr ermittelten (Mittel-)Kurs einen Aufschlag beim Devisenankauf oder Abschlag beim Devisenverkauf vornehme. Die Umwechslung sei als unentgeltliche Nebenleistung zu qualifizieren, dies auch angesichts dessen, dass die Beklagte ohnehin eine Kontoführungsgebühr und eine Konvertierungsgebühr verrechne. Die Beklagte verstoße mit ihrer angekündigten und auch bereits gelebten Vorgangsweise gegen ihre Pflicht zur Vertragstreue sowie gegen § 879 Abs 3 ABGB, §§ 6 Abs 1 Z 5 und Abs 3 KSchG und § 29 Abs 3 ZaDiG. Es liege eine unzulässige Geschäftspraxis im Sinne der Rechtsprechung zu § 28a KSchG vor. Die Beklagte berufe sich im Sinne der Judikatur auf eine „untaugliche Gesetzesbestimmung", nämlich zu Unrecht auf das dispositive Recht. Wegen Wiederholungsgefahr bestehe der Unterlassungsanspruch zu Recht. Die Voraussetzungen für eine Veröffentlichung in der Kronen-Zeitung seien gegeben.

Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage und stellte das aus dem Punkt 5. des Spruchs ersichtliche Urteilsveröffentlichungsbegehren. Sie brachte vor, sich auf keine Klausel zu berufen, sondern seit dem Urteil im Vorprozess nur mehr das dispositive Recht zur Anwendung zu bringen und dabei die Konsumenten bloß über ihre Rechtsanschauung in Kenntnis zu setzen. Darin liege keine Geschäftspraxis iSd § 28a KSchG, jedenfalls keine rechtswidrige. Mangels anderslautender Vereinbarung sei für die Zahlungspflichten der Kreditnehmer die Umrechnungsvorschrift des § 907b Abs 2 Satz 1 ABGB unmittelbar maßgeblich. Für die Umrechnung der Auszahlung der Kreditvaluta durch die Beklagte seien die Wertungen dieser Vorschrift entsprechend anzuwenden. Nach § 907b Abs 2 Satz 1 ABGB sei bei richtiger Auslegung zur Umrechnung der Zahlungen der Kunden der Briefkurs bzw – im Wege der entsprechenden Anwendung bei der Zahlungspflicht der Bank – der Geldkurs maßgeblich. Beide Kurse enthielten jeweils von ihrer Natur her einen Auf- bzw Abschlag. Diese würden von der Beklagten mangels eines amtlich verlautbarten Brief- bzw Geldkurses selbst und damit der Brief- bzw Geldkurs ermittelt. Insgesamt seien Auf- und Abschläge im Devisenhandel weltweit üblich. Eine Bank kaufe Fremdwährung immer zu einem niedrigeren Kurs als sie die Fremdwährung verkaufe. Der Referenzkurs der EZB stelle einen Mittelkurs zwischen An- und Verkaufskurs dar und sei daher irrelevant; zu ihm finde gerade kein Devisenhandel statt. Auch erlaube § 354 Abs 1 UGB der Beklagten, für das vom Konsumenten gewünschte Umwechseln ein angemessenes Entgelt zu verlangen, mit anderen Worten, dass sie bei der Hereinnahme von Devisen einen niedrigeren Kurs bezahle als wenn sie einen Devisenverkauf tätige. Dies entspreche zudem dem Handelsbrauch und der Verkehrssitte.

Das Erstgericht wies sämtliche Begehren beider Parteien ab. Es ging zusätzlich zum eingangs wiedergegebenen im Wesentlichen von folgendem Sachverhalt aus:

Die Beklagte setzte die in ihrem Massenschreiben angekündigte Vorgehensweise bei den mit Konvertierungen verbundenen Devisentransaktionen tatsächlich um.

An der Wiener Börse und von der Österreichischen Nationalbank wird kein Devisenhandel mehr getätigt. Es existieren keine behördlichen oder amtlichen Devisenkurse.

Die Europäische Zentralbank (EZB) veröffentlicht auf ihrer Website täglich Euro-Referenzkurse. Sie rät davon ab, die von ihr publizierten Kurse als Basis für Transaktionen zu verwenden. Kunden haben keinen direkten Zugang zum Devisenmarkt oder zur EZB und können auch nicht zu von der EZB veröffentlichten Kursen konvertieren.

In Österreich erstellen und veröffentlichen alle Großbanken und Bankengruppen seit der Euro-Einführung ihr eigenes

Devisenfixing. Es besteht diesbezüglich ein Handelsbrauch, der sich zu einer allgemeinen Verkehrssitte verdichtet hat.

Das Devisenfixing der Beklagten erfolgt so, dass ihre Handelsabteilung täglich zwischen 12:30 und 13:00 Uhr anhand einer Durchschnittsbildung aus den in diesem Zeitraum an den internationalen Devisenmärkten tatsächlich gehandelten Kursen einen Mittelkurs für den jeweiligen An- und Verkaufskurs einer Währung ermittelt. Dabei wird automatisch ein fixer Auf- bzw Abschlag von jeweils 0,0066 je 1 EUR dem von der Handelsabteilung ermittelten Kurs hinzugerechnet bzw von ihm abgezogen. Bei Devisenan- und -verkäufen wird den Kunden der im Rahmen des hausinternen Devisenfixings ermittelte An- und Verkaufskurs inklusive des Zu- und Abschlags von 0,0066 verrechnet. Der von der Beklagten ihren Kunden angebotene Fremdwährungshandel verursacht Kosten, weil insbesondere eine Handelsabteilung, ein eigenes Computersystem, zertifizierte Glasfaserleitungen und Compliance-Richtlinien, deren Einhaltung überprüft werden muss, erforderlich sind. Die Spanne (Spread) zwischen Mittelkurs und Geld- bzw Briefkurs liegt in Österreich zwischen 0,0064 und 0,008. Der Mittelwert liegt bei 0,0067, der Median bei 0,0065. Die von der Beklagten verrechnete Spanne von 0,0066 je 1 EUR beim An- und Verkauf von Devisen ist von dem in Österreich bestehenden Handelsbrauch sowie der vorliegenden Verkehrssitte gedeckt.

Im Rahmen eines Fremdwährungskredits ist bei der Beklagten ein Fremdwährungskreditkonto zu führen. Zahlungen auf das Kreditkonto können von einem bei der Beklagten geführten Verrechnungskonto oder auch von einer anderen Bank aus direkt in der Fremdwährung vorgenommen werden. Zum Fremdwährungskreditkonto enthalten die AGB der Beklagten (Fassung vom Juli 2015) Folgendes:

„Z 36 Abs 1: Führt das Kreditinstitut für den Kunden ein Fremdwährungskonto, so sind Überweisungen in der betreffenden ausländischen Währung diesem Konto gutzuschreiben, sofern nicht ein anders lautender Überweisungsauftrag vorliegt. Besteht kein Fremdwährungskonto, so darf das Kreditinstitut Geldbeträge in ausländischer Währung mangels ausdrücklicher gegenteiliger Weisung des Kunden in inländischer Währung gutschreiben. Die Abrechnung erfolgt zum Kurs des Tages, an dem der Geldbetrag in ausländischer Währung zur Verfügung des Kreditinstitutes steht und von diesem verwertet werden kann."

Bei der von der Beklagten den Kunden verrechneten Konvertierungsgebühr handelt es sich um eine völlig andere Komponente im Bereich der Nebenkosten eines Fremdwährungskredits als bei den Kosten, die aufgrund des Devisenfixings erwachsen. Die Konvertierungsgebühr fällt nur an, wenn der Kunde von der Möglichkeit Gebrauch macht, das aushaftende Volumen seines Fremdwährungskredits in eine andere Fremdwährung oder in Euro zu konvertieren. Es kann nicht festgestellt werden, dass die von der Beklagten im Rahmen eines Fremdwährungskredits verrechneten Nebengebühren, insbesondere die Konvertierungsgebühr, in einem Zusammenhang mit expliziten Devisentransaktionen zum An- oder Verkauf von Fremdwährungen stehen. Diese Gebühren entstehen im Zusammenhang mit der Bearbeitung von Kreditanträgen und der Verwaltung und Abwicklung von Kreditbeziehungen.

Rechtlich bejahte das Erstgericht die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 28a KSchG und damit die Aktivlegitimation des Klägers. Die Vorgehensweise der Beklagten stehe aber mit der gesetzlichen Regelung des § 907b Abs 2 ABGB im Einklang. Maßgeblich sei nämlich der Briefkurs, der Auf- und Abschläge vorsehe. Ausgehend vom festgestellten Sachverhalt bestehe eine allgemeine Verkehrssitte, wonach österreichische Banken ein hausinternes Devisenfixing sowie Zu- und Abschläge zu den im Rahmen des Fixings täglich ermittelten An- und Verkaufskursen bei Devisentransaktionen mit ihren Kunden vornehmen. Die von der Beklagten angewendete Kursberechnungsmethode inklusive der Spanne von 0,0066 beim An- und Verkauf von Devisen sei von der allgemeinen Verkehrssitte gedeckt, sodass trotz Wegfalls der bezughabenden Vertragsklauseln keine unzulässige Geschäftspraxis der Beklagten vorliege. Die Bezugnahme des Klägers auf § 879 ABGB und § 6 KSchG verfange mangels einer vertraglichen Regelung nicht.

Das Berufungsgericht gab der vom Kläger aus dem Rechtsmittelgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung erhobenen Berufung dahin Folge, dass es dem zweiten Eventualbegehren (= Urteilspunkte 2.5. und 2.6.) unter Setzung einer dreimonatigen Leistungsfrist stattgab und die Beklagte zur – näher geregelten – Urteilsveröffentlichung verurteilte. Rechtlich vertrat das Berufungsgericht zu § 907b Abs 2 ABGB die Ansicht, dass bei Fehlen eines amtlich festgestellten Kurses zwar ein legaler, auf gesetzmäßige Weise gebildeter Kurs genüge, die von der Beklagten gewählte Vorgehensweise dem Erfordernis aber nicht genüge. Zum einen lege sie einen von ihrer eignen Handelsabteilung gebildeten Mittelkurs zugrunde, was dem § 907b ABGB zugrundeliegenden Gedanken einer objektiven – und für den von der Umrechnung Betroffenen zumindest theoretisch auch nachprüfbaren – Kursermittlung widerspreche. Im Hinblick auf einen solchen Mittelwert stünden aber dem Gesetz entsprechende objektive Veröffentlichungen zur

Verfügung. Zum anderen gebe es für den von der Beklagten ihren Kunden bekannt gegebenen Auf- bzw Abschlag keine denkbare objektive Veröffentlichung, sondern nur die – vom im Verfahren beigezogenen Sachverständigen im Wesentlichen bestätigte – Behauptung der Beklagten, dass dieser Spread dem Marktdurchschnitt entspreche. Diese Behauptung sei allerdings für den einzelnen Verbraucher nicht überprüfbar; ob der Spread tatsächlich dem „Wiener Marktdurchschnitt" entspreche, könne nur durch ein Sachverständigengutachten kosten- und zeitaufwändig geklärt werden. Auch die fixe Festlegung des Auf- bzw Abschlags ohne Bedachtnahme auf eine mögliche Änderung des Werts bei geänderten Marktverhältnissen entspreche nicht dem Gesetz. Der von der Europäischen Zentralbank veröffentlichte Referenzkurs wäre hingegen als hinreichend objektiv und von einer neutralen Stelle erhoben anzusehen. Dass die EZB davon abrate, zu diesem Referenzkurs zu handeln, hindere die Anwendung des Kurses nicht, weil sich dieses Abraten erkennbar bloß auf den Umstand beziehe, dass es sich um einen Mittelwert handle und zu einem solchen am Markt de facto nicht gehandelt werde. Wollte man die Rechtsprechung des EuGH zu den missbräuchlichen Klauseln auch auf intransparente Klauseln umlegen, spräche schließlich auch der Abschreckungseffekt und die Verbraucherfreundlichkeit für die Heranziehung des EZB-Referenzkurses. Auf die von der Beklagten im Prozess ins Treffen geführte Rechtsgrundlage des § 354 UGB müsse nicht näher eingegangen werden, weil diese Bestimmung im beanstandeten Massenschreiben keine Erwähnung finde.

Das Berufungsgericht ließ die ordentliche Revision mit der Begründung zu, die vorliegende Entscheidung betreffe eine Vielzahl an Verbrauchern und es fehle eine jüngere Stellungnahme des Obersten Gerichtshofs zur Auslegung des § 907b Abs 2 Satz 1 ABGB.

Gegen das Berufungsurteil richtet sich die aus dem Grund des § 503 Abs 1 Z 4 ZPO erhobene Revision der Beklagten mit einem auf gänzliche Klagsabweisung gerichteten Abänderungs-, hilfsweise mit einem Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag.

Der Kläger beantragt in seiner Revisionsbeantwortung die Zurück-, in eventu die Abweisung der Revision.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist – wie von der Beklagten in ihrer Revisioneingehend dargelegt – zulässig, weil das Berufungsgericht entgegen der höchstgerichtlichen Rechtsprechung zu § 907b Abs 2 Satz 1 ABGB nicht davon ausgegangen ist, dass es sich bei dem in dieser Vorschrift genannten Kurs um den Briefkurs handelt.

Die Revision ist auch berechtigt.

I.1. Vorauszuschicken ist, dass die Abweisung des Klagehauptbegehrens und des 1. Eventualbegehrens (welche jeweils an den Devisenkurs der Wiener Börse anknüpften) sowie des Urteilsveröffentlichungsbegehrens der Beklagten unbekämpft in Rechtskraft erwachsen ist. Verfahrensgegenständlich sind hier folglich nur mehr die nachfolgenden Eventualbegehren sowie das Urteilsveröffentlichungsbegehren der Klägerin.

I.2. Gemäß § 28a Abs 1 KSchG kann – soweit hier von Bedeutung – unbeschadet des § 28 Abs 1 KSchG auf Unterlassung geklagt werden, wer im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern im Zusammenhang mit Verbraucherkreditverhältnissen gegen ein gesetzliches Gebot oder Verbot verstößt und dadurch jeweils die allgemeinen Interessen der Verbraucher beeinträchtigt. § 28a KSchG erweitert den Anwendungsbereich der Verbandsklagen auf gesetzwidrige Geschäftspraktiken von Unternehmern im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern, beschränkt auf die in § 28a Abs 1 KSchG angegebenen Vertragsverhältnisse und außervertraglichen Rechtsverhältnisse (7 Ob 168/17g [Pkt 4.2]).

Dass der hier klagende Verein gemäß § 29 Abs 1 KSchG zur Erhebung einer Klage nach § 28a KSchG legitimiert ist, wird von der Beklagten mit Grund nicht bestritten.

I.3. Der Kläger stützt sich im Verfahren zur Darlegung einer unzulässigen Geschäftspraxis iSd § 28a KSchG zum einen darauf, dass die Beklagte durch ihr Verhalten seiner Ansicht nach gegen ihre Pflicht zur Vertragstreue verstoße. Der Kläger nimmt zum anderen eine unzulässige Geschäftspraxis iSd § 28a KSchG mit der Begründung an, die Beklagte versuche, nachdem ihr im Vorprozess die Verwendung zweier Klauseln über ihr eigenes „Devisen-Fixing" verboten worden sei, im Ergebnis dasselbe zu erreichen bzw sie lebe dies auch durch die Vornahme tatsächlicher Umrechnungen, wobei sie gegenüber ihren Kunden behaupte, dass sich Entsprechendes aus dem dispositiven Recht ergäbe, obgleich dieses bei richtiger Gesetzesauslegung die von der Beklagtenangenommenen, für sie günstigen Umrechnungskurse gerade nicht trage.

Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs liegt eine über Unterlassungsklage nach § 28a KSchG zu verbietende Geschäftspraxis vor, wenn Verbraucher durch Vorschiebung nicht tauglicher Rechtsgründe zur Zahlung jener Beträge veranlasst werden, die in einer rechtskräftig als unzulässig nach dem KSchG erkannten Klausel ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen festgelegt waren (RS0129713; 6 Ob 228/16x [Klausel 1]). Diese – vom Kläger seiner Annahme, eine unzulässige Geschäftspraxis iSd § 28a KSchG liege hier vor, zugrunde gelegte – Rechtsprechung hat aber mehrere Voraussetzungen: Erstens darf bei objektiver Beurteilung das anzuwendende Recht das vom Unternehmer gewünschte Ergebnis nicht tragen („Untauglichkeit des Rechtsgrundes"). Zweitens muss der Unternehmer die objektiv untaugliche Rechtsgrundlage aktiv gegenüber den Verbrauchern vertreten, und diesen gegenüber somit den objektiv falschen Eindruck erwecken, sein Verhalten entspreche der Rechtsvorschrift (vgl Vonkilch, Versicherungsrechtliche Dauerrabattrückforderung qua ergänzende Vertragsauslegung? – Anmerkungen zu 7 Ob 11/14i [...], Zak 2015, 64; Fidler, Einseitige Vertragsergänzung als gesetzwidrige Geschäftspraxis, JBl 2018, 741 [743 mwH]). Darüber hinaus wird auch vertreten, dass die Berufung einer Vertragspartei auf die ihrer Ansicht nach „richtige Auslegung" per se noch nichts Verpöntes darstelle, nur weil die Auslegung unrichtig ist, vielmehr der kommunizierte und objektiv untaugliche Rechtsgrund „vorgeschoben", somit unvertretbar sein müsse (vgl Kietaibl, Glosse zu 7 Ob 11/14i in ÖBA 2014, 685 [686]; Palma, Ist die außergerichtliche Geltendmachung von zweifelhaften Ansprüchen eine gesetzwidrige Praxis? – Eine kritische Analyse von OGH 7 Ob 11/14i, ZFR 2015/79 [164]).

Jedenfalls ist die Berufung auf eine untaugliche Rechtsgrundlage gegenüber den Verbrauchern insoweit zwingend Bestandteil einer vom Kläger angenommenen unzulässigen Geschäftspraxis. Damit muss die Berufung auf die untaugliche Rechtsgrundlage aber auch vom Unterlassungsbegehren mitumfasst sein. Mit Ausnahme des letzten lassen alle Eventualbegehren solches aber vermissen. Sie stellen damit von Vornherein keine geeignetenBegehren auf Unterlassung der inkriminierten Geschäftspraxis dar.

I.4. Die Beklagte wurde mit in Rechtskraft erwachsenem Urteil des Erstgerichtsvom 5. 11. 2015 zur Unterlassung zweier Klauseln betreffend ihr Devisenfixing verurteilt. Sie beruft sich gegenüber den Verbrauchern in einem Schreiben darauf, es ergäbe sich aus dem dispositiven Recht die Maßgeblichkeit eines bestimmten Umrechnungskurses, und nimmt ebensolche Umrechnungen auch tatsächlich vor. Zur Beurteilung der Berechtigung des letzten Eventualbegehrens ist daher zu klären, ob das von der Beklagten als Rechtsgrundlage ihres Verhaltens gegenüber den Verbrauchern angegebene dispositive Recht einen „tauglichen Rechtsgrund" im Sinn der Rechtsprechung darstellt, es somit das Verhalten der Beklagten deckt. Es ist folglich das dispositive Recht für Umrechnungen der in Rede stehenden Zahlungen – seitens der Kreditnehmer sind dies die Zahlungen zur Zinstilgung und Kreditrückzahlung, seitens der beklagten Kreditgeberin ist dies die Zuzählung der Kreditvaluta – zu ermitteln.

I.5. Gibt es überhaupt ein dispositives Recht, so gibt es insoweit nur ein einziges. Folglich kann – entgegen der Ansicht des Klägers, der sich pauschal auf einen von ihm aus der Klauselrichtlinie bzw der diesbezüglichen Rechtsprechung des EuGH abgeleiteten Präventionsgedanken beruft – bei seiner Ermittlung bzw Anwendung keine Rolle spielen, aus welchem Grund es heranzuziehen ist, konkret weil – ihm an sich vorrangige – Vertragsklauseln wegen Intransparenz wegfielen. Das dispositive Recht ist mit anderen Worten hier kein anderes, nur weil im Vorprozess Klauseln als intransparent erkannt wurden.

I.6. Die Schließung einer durch Wegfall einer Vertragsklausel entstandenen Lücke durch das dispositive Recht ist unionsrechtlich jedenfalls dann unproblematisch, wenn sich die ersatzlose Streichung der missbräuchlichen Klausel nachteilig auf die Rechtssituation des Verbrauchers auswirken würde (9 Ob 85/17s [Pkt 5] mwN; 8 Ob 1/18g [Pkt 1]). Ein Fremdwährungskreditvertrag wäre ohne eine wirksame Vorschrift über die Umrechnung der Fremdwährung in Euro nur dann umsetzbar, wenn die Aus-, Rück- und Zinszahlung allein in der Fremdwährung erfolgen würde. Hierdurch wäre aber dem Kreditnehmer das Recht zur Zahlung seiner Verbindlichkeiten in Euro nach § 907b ABGB genommen. Die subsidiäre Heranziehung dieser dispositiven Gesetzesvorschrift ist daher unionsrechtlich jedenfalls möglich.

Zu den Zahlungen der Kreditnehmer (Zinstilgung, Kreditrückzahlung):

II.1. Grundsätzlich sind Geldschulden verschiedener Währung nicht identisch und weder für den Schuldner noch den Gläubiger durch eine andere Währung substituierbar. Eine Befugnis, eine Geldschuld in irgendeiner Währung seiner Wahl zu bezahlen, besteht daher nicht (5 Ob 152/15m [Pkt 3.2]; 3 Ob 76/16x [Pkt 3.1] mwH; vgl RS0061064).

II.2. Ist die in ausländischer Währung ausgedrückte Geldschuld im Inland zu zahlen, so kann aber gemäß § 907b Abs 1 ABGB die Zahlung in inländischer Währung erfolgen, es sei denn, dass die Zahlung in ausländischer Währung

ausdrücklich bedungen worden ist. Nach § 907b Abs 2 Satz 1 ABGB erfolgt die Umrechnung „nach dem zur Zeit der Zahlung am Zahlungsort maßgeblichen Kurswert".

II.3. Vergibt die beklagte österreichische Bank einen Fremdwährungskredit, so muss der Kreditnehmer seine Zahlungsverpflichtungen aus dem Vertrag – handle es sich um die Begleichung von Zinsen, handle es sich um die Rückzahlung des Kredits – grundsätzlich in der fremden Währung tätigen (vgl 7 Ob 48/17k [Pkt 1 und 2.3] = ÖBA 2018/2469 [Foglar-Deinhardstein]). Davon gehen auch die Parteien im Verfahren aus. Auf diese Zahlungsverpflichtungen der Kreditnehmer ist daher § 907b ABGB unmittelbar anzuwenden.

II.4. § 907b Abs 1 und Abs 2 Satz 1 ABGB gehen inhaltlich – beinahe wörtlich – auf § 244 Abs 1 und 2 BGB zurück. Nach dem Anschluss wurde die BGB-Regelung zunächst als Art 8 Nr 8 4. EVHGB (dRGBl 1938 I 1999) übernommen. Mit Art 2 Z 6 HaRÄG (BGBl I 2005/120) wurde die Bestimmung – aufgrund ihres genuin zivilrechtlichen Charakters (ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 71) – als § 905a in das ABGB übernommen, wobei sie ihre heutige Textfassung erhielt, und Abs 2 um einen – hier nicht relevanten – zweiten Satz ergänzt wurde. Mit Art 1 Z 2 ZVG (BGBl I 2013/50) wurde lediglich die Paragraphenbezeichnung auf § 907b geändert. Bereits vor dem Jahr 1938 enthielt im Übrigen das österreichische Recht eine vergleichbare Bestimmung in Gestalt des Art 336 Abs 2 AHGB (RGBl 1863/1).

II.5. Beim Recht des Schuldners auf Zahlung in inländischer Währung – dies ist heute der Euro – nach § 907b Abs 1 ABGB handelt es sich um eine Ersetzungsbefugnis (4 Ob 598/89; 1 Ob 32/91; 1 Ob 77/01g; Schauer in Krejci, Reform-Kommentar [2007] § 905a ABGB Rz 1 mwH). Sie beruht historisch auf der Überlegung, dass die Verschaffung von Auslandswährung prinzipiell schwierig ist. Heute ist als Grundlage der Ersetzungsbefugnis weniger diese Überlegung als der institutionelle Primat der Inlandswährung anzusehen (1 Ob 77/01g; Dullinger in Rummel/Lukas, ABGB4 § 907b Rz 1 mwN; krit zum zweitgenannten Telos wegen Einführung des Euro Aichberger-Beig/Stabentheiner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang3 [ErgBd] § 907b Rz 24).

II.6. Dadurch, dass der Schuldner von seiner Ersetzungsbefugnis Gebrauch macht und statt wie vereinbart in der Fremdwährung, in der Inlandswährung zahlt, darf der Gläubiger wertmäßig nicht schlechter gestellt werden (Grundmann in MünchKommBGB8 § 244 Rz 92 mwN). Die Schuld lautet auf Zahlung in der Fremdwährung; in der inländischen Währung zu zahlen ist ja bloß eine Ersetzungsbefugnis des Schuldners. Die Ausübung der Ersetzungsbefugnis durch den Schuldner gestaltet das bestehende Schuldverhältnis nicht inhaltlich um. Insbesondere wird aus der Fremdwährungsschuld keine Forderung, die auf Euro lautet (Schefold in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch5 II [2017] Kap 115 Rz 163 mwN).

Damit der Gläubiger in die Lage versetzt wird, sich den geschuldeten Betrag in der Fremdwährung zu verschaffen, ist – mangels einer besonderen vertraglichen Vereinbarung (Ertl in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang3 § 985 ABGB Rz 51; Omlor in Staudinger, BGB [2016] § 244 Rz 119) – für die Umrechnung der sogenannte Briefkurs (Devisenankaufkurs) maßgeblich. Dies wurde vom Obersten Gerichtshof – wenngleich ohne das Wort „Briefkurs" zu verwenden – bereits zu Art 336 AHGB ausgesprochen (1 Ob 567/32 = Rspr 1933/21; 3 Ob 521/32 = SZ 15/39), entspricht aber auch der jetzigen herrschenden österreichischen Lehre, die zumeist ausdrücklich vom „Briefkurs" spricht (Bollenberger/P. Bydlinski in KBB6 § 907b Rz 5; Ertl aaO Rz 51; Aichberger-Beig/Stabentheiner aaO Rz 30; Binder/Kolmasch in Schwimann/Kodek, ABGB4 § 907b Rz 9), sowie der herrschenden Auffassung in Deutschland (BGH X ZR 119/90 = WM 1993, 2011 [2012]; Grothe in Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BGB4 § 244 Rz 49; Omlor aaO Rz 119; Schaub in Erman, BGB15 § 244 Rz 20 f). Der Senat schließt sich dieser Auffassung an. Die vom Berufungsgericht erwähnte Entscheidung 4 Ob 619/88 (= ÖBA 1989/162 [W. Schuhmacher]), die für Art 8 Nr 8 4. EVHGB den „am Zahlungstag von der Wiener Börse verlautbarten Devisenmittelkurs" ohne weitere Erörterung zur Anwendung brachte, blieb vereinzelt und lässt auch nicht den Willen erkennen, es sollte damit von der allgemeinen Ansicht, wonach auf den Briefkurs abzustellen ist, abgegangen werden. In jenem Fall war die Frage, zu welchem Kurs die Umrechnung erfolgen soll, zudem überhaupt nicht strittig.

Wenn im Massenschreiben die Begriffe Ankaufs- und Verkaufskurs mit umgekehrter Bedeutung verwendet werden, liegt dies darin begründet, dass die beklagte Bank von ihrem Selbsteintrittsrecht Gebrauch macht (vgl Grothe, Fremdwährungsverbindlichkeiten [1999] 62 f).

II.7. Der von der Europäischen Zentralbank (EZB) bekannt gegebene Referenzkurs ist ein Mittelkurs zwischen Geld und Briefkurs (vgl Schefold aaO Rz 123; Deutsche Bundesbank [Hrsg], Devisenkurzstatistik Januar 2020 [Statistisches Beiheft 5 zum Monatsbericht] 51; Gabler Wirtschaftslexikon17 526) und daher nicht heranzuziehen (zutr Aichberger-

Beig/Stabentheiner aaO Rz 30; unklar – unter Hinweis auf die zB ausRS0042455 [T4] ersichtliche Rechtsprechung, wonach, wenn der Entscheidungsgegenstand der zweiten Instanz ein Geldbetrag in fremder Währung war, für die Wertgrenzen-Zulässigkeit der Revision bzw des Revisionsrekurses der Devisenmittelkurs dieser Währung am Tag der Entscheidung der zweiten Instanz maßgebend ist – Binder/Kolmasch aaO Rz 9 [und diesen folgend Schauer in Klete?ka/Schauer, ABGB-ON1.01 § 907b Rz 7]: „Will man auf einen amtlichen Kurs abstellen, kommen nur die von der EZB für die wichtigsten Fremdwährungen berechneten Referenzkurse in Betracht, bei denen es sich allerdings um Durchschnittswerte zwischen An- und Verkaufskursen handelt.“). Würde zu einem Mittelkurs umgerechnet, bekäme der Gläubiger gerade nicht den Eurobetrag, der ihm ermöglichen würde, den Fremdwährungsbetrag, auf den er nach dem Vertrag aber Anspruch hat, anzukaufen. Dass es nicht angeht, dass zu einem Kurs umgerechnet wird, der nicht hinreicht, dass sich der Gläubiger den Fremdwährungsbetrag verschaffen kann, geht auch aus einem zu Art 336 Abs 2 AHGB ergangenen Plenissimarbeschluss des Obersten Gerichtshofs vom 30. 4. 1918, Präs 314/18 (AmtlSlgNF XIX/1825 = JB 254) hervor („Der Gläubiger der Geldsorten, insbesondere wenn er Kaufmann ist und zum Beispiel Waren aus Deutschland nach Österreich geliefert hat und die Waren vereinbarungsgemäß auf Mark fakturierte, würde nach jenem Kurse nicht so viele Kronen erhalten, dass er sich dafür die geschuldete Mark einlösen (§ 1412 ABGB) [...] könnte.“).

II.8. Läge ein amtlich festgestellter (verlautbarter) Devisenankaufskurs vor, so wäre dieser heranzuziehen (vglGrothe, Fremdwährungsverbindlichkeiten 523). Solange ein verlautbarter Briefkurs der österreichischen Börse vorhanden war, wurde daher zur Umrechnung nach Art 8 Nr 8 4. EVHGB (nunmehr § 907b ABGB) vom Obersten Gerichtshof auf diesen abgestellt (zB 2 Ob 560/59 = EvBl 1960/70; 3 Ob 41/89). Einen von der Börse amtlich verlautbarten Briefkurs gibt es – wie auch vom Erstgericht festgestellt – heute nicht mehr. Ein solches nationales „Fixing“ eines Devisenkurses wäre auch europarechtlich nicht mehr zulässig (Schefold aaO Rz 121). Die Judikatur des Obersten Gerichtshofs, die für die Umrechnung auf den amtlich verlautbarten Briefkurs der Wiener Böse abstellte, ist somit überholt.

II.9. Der Oberste Gerichtshof war vor dem Hintergrund der mit Beginn des ersten Weltkriegs eingestellten Fremdwährungshandels an der Wiener Börse bereits mit der Rechtsfrage befasst, wie die Umrechnung einer Fremdwährungsschuld im Sinn des damaligen Art 353 AHGB bei Fehlen eines amtlichen Börsenkurses vorzunehmen ist. Er sprach in dem bereits genannten Plenissimarbeschluss AmtlSlgNF XIX/1825 = JB 254 aus, dass es keinesfalls angeht, diesfalls den letzten amtlich verlautbarten Börsekurs in Ansatz zu bringen, weil dieser gerade nicht mehr das aktuelle Wertverhältnis zwischen den beiden Währungen ausdrückt, sondern dass der Kurs „auf eine andere Weise“ ermittelt werden muss. Dem entspricht, wenn gesagt wird, dass gegebenenfalls ein Sachverständiger hinzuzuziehen ist (3 Ob 521/32 = SZ 15/39; 3 Ob 171/56 = EvBl 1956/345; Dullinger aaO Rz 12; Schauer in Klete?ka/Schauer, ABGB-ON1.01 § 907b Rz 7; Aichberger-Beig/Stabentheiner aaO Rz 30). Der der Entscheidung des Berufungsgerichts zugrundeliegende Schluss, weil es keinen amtlich ermittelten Briefkurs mehr gibt, müsse auf den vorhandenen amtlich ermittelten Referenzkurs (Mittelkurs) abgestellt werden, nämlich jenen der EZB, ist mit der höchstgerichtlichen Rechtsprechung und Lehre, die bei Fehlen eines amtlich ermittelten Briefkurses dessen Ermittlung auf andere Weise, letztlich durch einen Sachverständigen fordern, nicht vereinbar.

II.10. Die Beiziehung eines Sachverständigen ist aber nur die ultima ratio für den Fall, dass der Gläubiger meint, er habe zu wenig an Euro vom Schuldner bekommen, oder der Schuldner meint, er habe seiner Fremdwährungszahlungspflicht durch Zahlung eines bestimmten Eurobetrages bereits entsprochen, und der eine oder andere deshalb klagsweise das Gericht anruft.

Bevor dies geschieht, steht es wie auch sonst – etwa bei der Ausmittlung einer Preisminderung oder von Schmerzengeld – jeder Partei frei, zunächst selbst entsprechende Berechnungen vorzunehmen, und auch, den anderen von der eigenen Berechnung oder Berechnungsmethode in Kenntnis zu setzen. In einer solchen Vorgangsweise liegt grundsätzlich keine gesetzwidrige Geschäftspraxis iSd § 28a KSchG.

Hier ist die Beklagte vor dem Hintergrund, dass es derzeit keinen amtlich verlautbarten Briefkurs gibt, gezwungen, diesen selbst zu ermitteln, also ein sogenanntes Fixing (welches vormals amtlich durchgeführt wurde) vorzunehmen. Dass die einzelnen österreichischen Banken (bzw -gruppen) ein solches Fixing durchführen, stellt nach den Feststellungen nicht nur einen Handelsbrauch, sondern sogar eine allgemeine Verkehrssitte dar. Dafür, dass sie – wie vom Berufungsgericht auch angedacht – den Referenzkurs der EZB gleichsam als Baustein heranziehen müsse und erst danach ihre Spanne berücksichtigen dürfe, ist keine Rechtsgrundlage ersichtlich. Es besteht kein Verbot, dass Banken selbst den Markt beobachten und anhand dessen letztlich versuchen, objektiv den gerade aktuellen Briefkurs

einzuschätzen. Die Referenzkurse der EZB über das Verhältnis des Euro zu anderen Währungen sind unverbindliche Richtkurse (Koziol in Iro/Koziol, Allgemeine Bedingungen für Bankgeschäfte – Kommentar2 Z 73 Rz 2).

Dass die Berechnungsmethode der Beklagten unsachlich wäre, hat das Verfahren nicht ergeben. Ob der von ihr jeweils ermittelte Briefkurs am betreffenden Tag tatsächlich der objektiv richtige ist (also der Kurs, der der Beklagten ermöglicht hätte, mit dem vom Kreditnehmer bezahlten Eurobetrag am freien Markt jenen Fremdwährungsbetrag zu erhalten, den der Kreditnehmer ihr zahlen hätte müssen, hätte er nicht von seiner Ersetzungsbefugnis Gebrauch gemacht), kann nur im Einzelfall in einem Gerichtsverfahren durch Hinzuziehung eines Sachverständigen geklärt werden. Das Fixing der Beklagten ist für ihre Kunden insoweit gerade nicht bindend.

Zusammengefasst ist es nicht zu beanstanden, wenn die Beklagte angesichts des Umstands, dass heute der Briefkurs nicht mehr amtlich veröffentlicht (fixiert, festgestellt) wird, versucht, diesen selbst abzuschätzen. Nichts anderes stellt nämlich dar, wenn sie durch Marktbeobachtung einen Mittelkurs abschätzt und hierauf einen – nach den Feststellungen unverdächtigen – Spread in Ansatz bringt. Das Fehlen eines amtlichen Fixings ist nicht ihr anzulasten.

II.11. Soweit sich der Kläger auf das außer Kraft getretene ZaDiG (BGBl I 2009/66) oder das an seine Stelle getretene ZaDiG 2018 (BGBl I 2018/17) beruft, ist auszuführen, dass keine Zahlungsdienstleistung im Sinne dieser Gesetze bzw der ihnen zugrundeliegenden Richtlinien ersichtlich ist. Der Begriff des Zahlungsdienstes verlangt im Kern, dass eine privatrechtliche Dienstleistung eines an einem gegebenen Grundgeschäft nicht beteiligten Dritten (eines Zahlungsdienstleisters) vorliegt, die die Ausführung einer Zahlung zwischen zwei Parteien, dem Zahler und dem Zahlungsempfänger, unterstützt (Casper in MünchKommBGB8 § 675c Rz 2; Omlor in Staudinger, BGB [2020] § 675c Rz 11). Die Zahlungsdienstleistung muss mit anderen Worten eine eigenständige Dienstleistung sein (Leixner, Zahlungsdienstegesetz2 [2010] § 1 Rz 2). Da der Inhaber des Kreditkontos, der gleichzeitig Zahlungsempfänger ist, das Kreditinstitut ist, stellt ein Kreditkonto, das vom Kreditgeber in Verbindung mit einem Kredit eingerichtet wurde und auf das der Kreditgeber Einzahlungen tätigen muss, insoweit – zumindest grundsätzlich – auch kein Zahlungskonto iSd § 3 Z 13 ZaDiG bzw nunmehr § 4 Z 12 ZaDiG 2018 dar (ErläutRV 207 BlgNR 24. GP 15). Ebenso entspricht es der höchstgerichtlichen Rechtsprechung, ein Online-Sparkonto, auf das bzw von dem Einzahlungen und Abhebungen nur über ein Girokonto vorgenommen werden können, nicht als Zahlungskonto nach § 3 Z 13 ZaDiG bzw nunmehr § 4 Z 12 ZaDiG 2018 zu qualifizieren (RS0131341 [T1]). Dass das Fremdwährungskonto bei der Beklagten für Zahlungen zwischen dem Kreditnehmer und einer anderen Person genützt werden kann, ist aus den Feststellungen nicht ersichtlich und wurde auch im Verfahren nicht behauptet. Mangels einer Zahlungsdienstleistung bzw eines Zahlungskontos überzeugt daher die Bezugnahme des Klägers auf das ZaDiG bzw ZaDiG 2018 nicht.

II.12. Wenn sich der Kläger auf § 6 Abs 1 Z 5, Abs 3 KSchG und §

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