

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Oberlandesgericht Innsbruck als Berufungsgericht hat durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichtes Dr. Wolfgang Salzmann als Vorsitzenden sowie den Richter des Oberlandesgerichtes Dr. Ulrich Heller und die Richterin des Oberlandesgerichtes Dr. Birgit Berchtold als weitere Mitglieder des Senates in der Rechtsache der klagenden Partei **VEREIN FÜR KONSUMENTENINFORMATION**, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG, Rechtsanwalts-gesellschaft in 1030 Wien, gegen die beklagte Partei **BANK FÜR TIROL UND VORARLBERG AG**, 6020 Innsbruck, Stadforum 1, vertreten durch die Doralt Seist Csoklich Rechtsanwalts-Partnerschaft in 1090 Wien, wegen Unterlassung (Streitinteresse EUR 30.500,--) und Urteilsveröffentlichung (Streitinteresse EUR 5.500,--) über die Berufungen der klagenden Partei (Berufungsinteresse EUR 5.000,-- s.A.) und der beklagten Partei (Berufungsinteresse EUR 36.000,-- s.A.) gegen das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck vom 9.7.2015, 41 Cg 20/15g-8, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

- I. Der Berufung der beklagten Partei wird **k e i n e** Folge gegeben.

Der Berufung der klagenden Partei wird **t e i l w e i s e** Folge gegeben und die angefochtenen Entscheidung in ihrem Punkt 1 dahin **a b g e ä n d e r t**, dass sie zu lauten hat:

*„Die beklagte Partei ist schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt und/oder in hierbei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln*

*1.1. Konsumkredit:*

*Bearbeitungsentgelt 2,50 %*

*1.2. Hypothekarisch besicherte Verbraucherkredite:*

*Bearbeitungsentgelt 1,00 %*

*oder die Verwendung sinngleicher Klauseln binnen 3 Monaten zu unterlassen und es weiters binnen 3 Monaten zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln oder auf sinngleiche Klauseln zu berufen.“*

- II. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei zu Händen ihrer Vertreter binnen 14 Tagen die mit EUR 2.452,06 bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.
- III. Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 30.000,--.
- IV. Die (ordentliche) Revision ist **z u l ä s s i g** .

## **ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:**

Die Beklagte ist zu FN 32942w im Firmenbuch beim Landesgericht Innsbruck eingetragen. Sie betreibt das Bankgeschäft und bietet ihre Leistungen im ganzen Bundesgebiet mit Schwerpunkt in den Bundesländern Tirol und Vorarlberg an. 90 % der Verbraucherkreditverträge fallen auf die Bundesländer Tirol und Vorarlberg, lediglich 10 % der Verträge entfallen auf andere Bundesländer. Außerhalb von Tirol und Vorarlberg führt die Beklagte nur eine Filiale, die in Wien situiert ist.

Im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern verwendet die Beklagte in Vertragsformblättern sowie in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt, nachstehende Klauseln:

*1. Konsumkredit:*

*Bearbeitungsentgelt* 2,50 %

*2. hypothekarisch besicherte Verbraucherkredite:*

*Bearbeitungsentgelt* 1,00 %

Die Beklagte stellt - genauso wie andere in den Bundesländern Tirol und Vorarlberg am Markt vertretene Kreditinstitute - seit vielen Jahren für die Gewährung von Verbraucherkrediten und Verbraucherhypothekarkrediten eine Bearbeitungsgebühr in Rechnung.

Die **klagende Partei**, ein gemäß § 29 Abs 1 KSchG klagebefugter Verband, nimmt die Beklagte auf Unterlassung der Verwendung der oben in Kursivdruck wiedergegebenen Klauseln über die Bearbeitungsgebühr bei Privatkreditverträgen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder dabei verwendeten Vertragsformblättern in Anspruch und begehrt, der Beklagten die Unterlassung der Verwendung sinngleicher Klauseln aufzutragen und ihr zu verbieten, sich auf die vorstehend genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen; darüber hinaus wird ein Veröffentlichungsbegehren gestellt.

Anspruchsbegründend brachte sie im Wesentlichen vor, dass das Bearbeitungsentgelt für Kredite eine Gebühr für Tätigkeiten sei, die die Beklagte im eigenen Interesse erbringe und auf Grund bestehender, ihr obliegender Rechtspflichten zu erbringen habe und deren Kosten daher ungerechtfertigt bei Konsumkrediten auf den Kunden überwältzt würden. Das Entgelt für die Nutzung der Kreditvaluta seien die laufzeitabhängigen Zinsen, mit diesen würden die Kosten der Bank für die

Kreditbearbeitung und -auszahlung gedeckt. Zu den Grundsätzen des Verbraucherrechts gehöre es, dass das Entgelt für die vertragstypische Leistung mit dem Verbraucher klar vereinbart und nicht durch „Nebengebühren“, „Bearbeitungsentgelte“, etc. wirtschaftlich erhöht werde. Die Beklagte habe ihre gesetzlichen Pflichten als Kreditgeberin zu erfüllen, ohne dass sie hierfür ein gesondertes Entgelt verlangen dürfe. Weder aus § 988 ABGB noch aus den Bestimmungen des VKrG ergebe sich eine Grundlage für eine Berechtigung der Bank, beim Verbraucherkredit zuzüglich zu den Zinsen solche „Gebühren“ zu verlangen.

Mit dem laufzeitunabhängigen Bearbeitungsentgelt in Verbraucherkreditverträgen seien nicht bloß unerhebliche Nachteile für die Kunden verbunden:

Es werde durch die Zahlung der Kreditbearbeitungsgebühr zu Beginn der Vertragsdauer die Bestimmung des § 16 Abs 1 VKrG umgangen, da bei einer vorzeitigen Kreditrückzahlung die Bank die bezahlte „Bearbeitungsgebühr“ nicht aliquot zurückzahle. Das Bearbeitungsentgelt falle bei Gewährung des Kredits in voller Höhe an, dies unabhängig von der vereinbarten Laufzeit und insbesondere auch unabhängig davon, ob der Kreditvertrag möglicherweise vorzeitig beendet werde. Auch die Höhe sei gröblich benachteiligend, da sie unabhängig vom tatsächlichen Bearbeitungsaufwand gleich bleibe. Die Verrechnung eines Bearbeitungsentgeltes erschwere die Vergleichbarkeit der Angebote und verstoße gegen das Gebot der Transparenz und Vergleichbarkeit der Angebote, wie dies in der RL 2008/48/EG (RL über Verbraucherkreditverträge) gefordert werde.

Schließlich sei auch nicht klar, wofür genau die Beklagte die zusätzliche Bearbeitungsgebühr verlange, sodass auch ein Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG vorliege.

Entgegen dem Rechtsstandpunkt der Beklagten sei die Klausel über die Bearbeitungsgebühr keineswegs kontrollfrei nach § 879 Abs 3 ABGB; Bearbeitungs- und Abrechnungsgebühren seien keine Zinsen im Sinne des § 988 ABGB, weil sie für eine bestimmte (vermeintliche) Dienstleistung berechnet würden und ihre Höhe nicht

von der Laufzeit abhängen; Nebenentgelte wie die hier strittige Bearbeitungsgebühr fielen nicht unter den Begriff der Hauptleistung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Die Höhe der Bearbeitungsgebühr sei nach den im Verbandsprozess anzuwendenden Prüfungsmaßstab schon deshalb unangemessen, weil sie fix in einem Prozentsatz der Kreditsumme ausgedrückt werde. Der Bearbeitungsaufwand steige nicht linear mit der Kreditsumme.

Sofern im konkreten Fall überhaupt eine Leistungsfrist zu setzen sei, seien hierfür zwei Monate mehr als ausreichend. Ein Anpassungsbedarf für die AGB, der Voraussetzung für eine Leistungsfrist wäre, sei hier nicht gegeben, da die Beklagte ein klagsstattgebendes Urteil erfüllen könne, indem sie die (textlich sehr kurzen) Bestimmungen aus ihren AGB ersatzlos eliminiere.

Das Veröffentlichungsbegehren sei gerechtfertigt; der Zweck der Urteilsveröffentlichung sei, über die Rechtsverletzung aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein.

Umgekehrt bestehe für den Fall der Klagsabweisung kein schutzwürdiges Interesse der Beklagten daran, dass die Allgemeinheit darüber informiert werde, dass ihre AGB nicht gesetz- bzw. sittenwidrig seien.

Die **Beklagte** wendete ein, dass die von ihr verwendeten Klauseln über die Bearbeitungsgebühr bei Privatkreditverträgen zulässig seien.

Nach österreichischem Recht seien die „Hauptleistungen“ eines Rechtsgeschäftes von der AGB-Inhaltskontrolle gemäß § 879 Abs 3 ABGB ausgenommen. Nach nunmehr herrschender Ansicht im deutschen Recht sei eine Hauptleistung dann anzunehmen, wenn der darin geregelte Umstand bei objektiver Betrachtung in einen Entscheidungsprozess eines durchschnittlichen Marktteilnehmers einfließe und

geeignet sei, das Ergebnis dieses Prozesses zu beeinflussen. Nach der österreichischen Rechtsprechung zu § 879 Abs 3 ABGB fielen unter den Begriff der Hauptleistung die in § 885 ABGB genannten „Hauptpunkte“ eines Vertrages. Entgelt im Sinne des § 988 ABGB sei alles, was der Kreditnehmer über die kongruente Rückgabe der Valuta hinaus für den Erhalt der Leistung des Kreditgebers zu geben habe; eine Verknüpfung des Entgelts aus Zinsen und Einmalbeträgen sei entgegen der Rechtsansicht der klagenden Partei nicht unzulässig. Unter den Entgeltbegriff des § 988 ABGB falle auch die Kreditbearbeitungsgebühr, die daher kontrollfreie Hauptleistung des Vertrages sei. Die Leistung der Bearbeitungsgebühr sei *conditio sine qua non* für die Erfüllung der Hauptleistungspflicht der Gegenseite und damit Teil des Entgelts für die Kapitalüberlassung; sie stelle ein typisches Entscheidungskriterium für die Marktteilnehmer dar.

Jedenfalls aber seien die Klauseln nicht gröblich benachteiligend:

Es sei nicht generell verboten, Entgelte für die Erfüllung gesetzlicher und/oder nebenvertraglicher Pflichten einzuheben, so werde auch eine Kontoführungsgebühr in der österreichischen Rechtsprechung als zulässig angesehen. Maßgebend für eine gröbliche Benachteiligung sei, ob eine schwerwiegende Benachteiligung gegeben sei. Weder im Verbraucherkreditgesetz noch in der Verbraucherkreditrichtlinie fänden sich ausdrückliche Bestimmungen, die die Verrechnung einer einmaligen Bearbeitungsgebühr verbieten würden.

Es werde auch das Recht zur vorzeitigen Kreditrückzahlung gemäß § 16 Abs 1 VKrG nicht umgangen, die genannte Bestimmung gelte ausdrücklich nur für Zinsen und andere laufzeitabhängige Kosten. Die Auferlegung einer Bearbeitungsgebühr diene einer erhöhten Preistransparenz, die Bank könnte dem Kunden an deren Stelle ebenso einen marginal erhöhten Zinssatz verrechnen. Durch die gesonderte Ausweisung der Bearbeitungsgebühr werde dem Kunden das Entgelt für die einmaligen Arbeitsschritte bei Vertragsabschluss besonders plakativ und damit

vollständig transparent vor Augen geführt. Es dienen die im österreichischen Recht verankerten Pflichten der Bank zur anfänglichen Bonitätsprüfung gerade auch dem Schutz des einzelnen Kreditnehmers, weshalb es sachgerecht sei, diesen Aufwand mittels eines Einmalbetrags abzugelten; dies entspreche auch dem Verursacherprinzip.

Es sei gerechtfertigt, die Kreditbearbeitungsgebühr von der Kredithöhe abhängig zu machen, da bei größeren Krediten der Arbeitsaufwand erhöht sei, ebenso das Haftungsrisiko bei Fehlern bei der Bonitätsprüfung. Im privaten Wirtschaftsleben würden prozentuelle Gebührengestaltungen regelmäßig zur Anwendung kommen; allein aus der Höhe einer Gebühr könne sich keine gröbliche Benachteiligung des Kunden ergeben. Erachte man die Höhe der Gebühr für maßgebend, müsste ein Marktvergleich angestellt werden, und müssten die Marktkonditionen herangezogen werden, wie dies bei der Beurteilung, ob eine Gebühr wucherisch sei oder den Kunden über die Hälfte verkürze, zu erfolgen habe. Einer solchen Äquivalenzkontrolle hielten die Gebührenbestimmungen der Beklagten stand; bei den unterschiedlichen Kreditvertragstypen würden regelmäßig Gebühren von 0,5 % bis 3,00 % berechnet. Sie stünden in einem angemessenen Verhältnis zu dem bei der Beklagten entstehenden Sach- und Personalaufwand für die Bearbeitung eines Kreditantrags.

Ungeachtet dessen sei das Klagebegehren in Bezug auf Altverträge überschießend, da die in § 28 Abs 1 Satz 2 zweiter Halbsatz KSchG normierte Einschränkung „*soweit sie (gemeint: die Klausel) unzulässigerweise vereinbart worden ist*“ fehle.

Nach ständiger Rechtsprechung sei die Verpflichtung des verurteilten AGB-Verwenders, ein Klauselurteil zu erfüllen, keine reine Unterlassung, weshalb anders als bei reinen Unterlassungsansprüchen eine angemessene Frist zur Erfüllung der Leistung zu setzen sei. Im Hinblick auf das umfangreiche Änderungsverfahren, um neue Arbeitsabläufe auszuarbeiten und das Klauselwerk zu überarbeiten, sei im konkreten Fall eine Leistungsfrist von 6 Monaten angemessen.

Das Veröffentlichungsbegehren sei nicht berechtigt, weil die klagende Partei ohnedies laufend über ihre Website eingehend über Verbandsprozesse informiere; eine zusätzliche Urteilsveröffentlichung sei zur Information der Öffentlichkeit nicht erforderlich, sie wäre eine reine Sanktion. Hinzu komme, dass nur Verbraucher in Tirol und Vorarlberg Interesse an der Veröffentlichung haben könnten, da die Beklagte außerhalb dieser Bundesländer keine relevante Geschäftstätigkeit entfalte.

Die Beklagte erhebe ein Gegenveröffentlichungsbegehren, da die beteiligten Verkehrskreise auch ein Recht hätten, darüber aufgeklärt zu werden, dass die Geschäftsbedingungen der Beklagten prinzipiell rechtmäßig seien.

Das **Erstgericht** gab dem Klagebegehren unter Festsetzung einer Leistungsfrist von 6 Monaten statt.

Dieser Entscheidung legte es neben dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt folgende weitere Feststellungen zugrunde:

Im Schalter- und Preisaushang „Privatkredit“ der Beklagten ist der jeweilige Sollzinssatz ausgewiesen. In den von der Beklagten geschlossenen Verbraucherkreditverträgen wird die Bearbeitungsgebühr nicht nur in Prozent, sondern als Betrag ausgewiesen.

Die Beklagte rechnet die von ihr geltend gemachte Bearbeitungsgebühr in den effektiven Jahreszinssatz ein. Der effektive Jahreszinssatz wird den Verbrauchern von der Beklagten schon in vorvertraglichen Informationen, aber auch im Kreditvertrag bekannt gegeben.

Kunden der Beklagten, die bei ihr einen Verbraucherkreditvertrag abschließen wollen, versuchen häufig die Höhe der Bearbeitungsgebühr zu verhandeln. Diese Verhandlungen führen immer wieder zu einer Reduktion der Bearbeitungsgebühr. Ohne Rückfrage verrechnet die Beklagte ihren Kunden im Falle des Vertrags-

abschlusses die Bearbeitungsgebühr in der in den AGB angeführten Höhe. Es kommt gelegentlich auch vor, dass es Kunden in Verhandlungen gelingt, dass sie überhaupt keine Bearbeitungsgebühr tragen müssen.

In den Verhandlungen vor Abschluss des Kreditvertrages interessieren sich die meisten Kunden der Beklagten über den von ihnen zu zahlenden Sollzinssatz. Darüber hinaus erkundigen sie sich auch über die Höhe der von ihnen zu entrichtenden Bearbeitungsgebühr. Nach der Höhe des Effektivzinssatzes erkundigen sich die am Abschluss eines Verbraucherkreditvertrages interessierten Kunden im Regelfall nicht.

Bevor es zur tatsächlichen Kreditgewährung im Verbraucherbereich kommt, führt die Beklagte mit dem betreffenden Kunden ein Informationsgespräch durch, das in etwa 60 bis 120 Minuten in Anspruch nimmt. In diesem Gespräch wird auch ein Finanzierungsplan erstellt. In diesem Finanzierungsplan werden auch die Bearbeitungsgebühren einkalkuliert. Im Anschluss daran nimmt die Beklagte diverse Bonitätsprüfungen vor, um die Angaben der Kunden zu verifizieren. Gelegentlich werden Liegenschaften besichtigt oder bewertet. Abhängig von der Höhe des zu finanzierenden Betrages erfolgt im Anschluss daran eine Kreditprüfung durch den Vertrieb oder durch das Risikomanagement der Beklagten. Dafür fallen je nach Komplexität des Falles 60 bis 80 Minuten an. Die im Anschluss daran vorgenommene Ausfertigung der Kreditverträge dauert ca. 60 Minuten. Nach der Ausarbeitung der Verträge erfolgt ein abschließendes Gespräch mit dem Kunden. Nach der Unterfertigung des Vertrages erfolgt die eigentliche Krediteinräumung, die abhängig vom Einzelfall zwischen 40 und 80 Minuten dauert.

Bei der Beklagten gibt es immer noch Verbraucherkredite, die vor dem Jahr 2010 abgeschlossen wurden.

Die Bearbeitungsgebühren werden von der Beklagten zu Beginn des Vertragsverhältnisses in Rechnung gestellt. Die Beklagte zahlt Bearbeitungsgebühr nicht

anteilmäßig zurück, wenn der Kredit vorzeitig getilgt wird. Sollte die Beklagte nach der Risikoprüfung keinen Kredit gewähren, wird dem Kunden keine Bearbeitungsgebühr in Rechnung gestellt.

Die von der Beklagten vor Vertragsunterzeichnung vorgenommene Bonitätsprüfung ist deutlich aufwändiger als die Überprüfungen, die sie im Laufe des Kredites vornimmt.

In der rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes gelangte das Erstgericht zum Ergebnis, dass die Bearbeitungsgebühren keine vertragscharakteristische Hauptleistung darstellten; die Hauptpflicht eines Kreditnehmers liege in der - von § 988 ABGB umschriebenen - Entgeltzahlung, die in der Regel in den Zinsen gefordert werde. Die von der klagenden Partei bekämpften Klauseln unterlägen daher der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB. Eine gröbliche Benachteiligung liege darin dass sich die Höhe der Kreditbearbeitungsgebühr unabhängig vom tatsächlichen Bearbeitungsaufwand prozentuell am gewährten Kreditbetrag orientiere. Dass die Bearbeitungsgebühren zur Gänze auf den Konsumenten überwältzt werden, sei ebenfalls gröblich benachteiligend; ob durch die Klauseln die Bestimmung des § 16 VkrG umgangen werde, brauche daher nicht erörtert zu werden; festzuhalten sei aber, dass die Bearbeitungsgebühr nicht laufzeitabhängig sei. Das Klagebegehren sei im Hinblick auf die Rechtsprechung zu 1 Ob 88/14v nicht überschießend; die Urteilsveröffentlichung entspreche der ständigen Judikatur des Höchstgerichtes. Da der Entfall der Bearbeitungsgebühr eine umfassende Anpassung des bankinternen Kalkulationsmodells und der Überlegungen bedürfe, ob und inwieweit ein mit der Gesetzeslage in Einklang stehendes Äquivalent geschaffen werden könne, sei eine Leistungsfrist von 6 Monaten einzuräumen.

Gegen diese Entscheidung richten sich die **Berufungen beider Parteien**.

Die **klagende Partei** bekämpft unter Ausführung einer Rechtsrüge die vom Erstgericht mit 6 Monaten festgesetzte Leistungsfrist und begehrt deren Entfall, jedenfalls aber eine kürzere Leistungsfrist.

Die **Beklagte** bekämpft das Urteil in seinem gesamten klagsstattgebenden Teil und begehrt die Abänderung im Sinne einer vollinhaltlichen Klagsabweisung und die Ermächtigung der Beklagten, binnen 6 Monaten ab Rechtskraft des Urteils den (gesamten) klagsabweisenden Teil des Spruchs zu veröffentlichen; hilfsweise wird die Aufhebung und Zurückverweisung des Urteils an die erste Instanz beantragt; wiederum hilfsweise wird beantragt, das Urteil dahin abzuändern, in den Urteilspruch den Einschub „soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden sind“ aufzunehmen und damit die Unterlassungspflicht auf den gesetzlichen Umfang des § 28 Abs 1 Satz 2 zweiter Halbsatz KSchG zu beschränken.

Beide Parteien beantragten in ihren jeweils fristgerecht erstatteten Berufungsbeantwortungen, den Rechtsmitteln der Gegenseite keine Folge zu geben.

Die Berufung der klagenden Partei ist teilweise berechtigt, die der Beklagten ist nicht berechtigt.

## **I. ZUR BERUFUNG DER BEKLAGTEN:**

Aus Gründen der Übersichtlichkeit orientiert sich die vorliegende Berufungsentscheidung im Wesentlichen an der Gliederung der Berufung.

### **A. Zur Kontrollfähigkeit der Klauseln über die Kreditbearbeitungsgebühr:**

#### **A.1. Zum Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung:**

1. Voranzustellen ist, dass die Bestimmungen über die Verbandsklage nach § 28 KSchG darauf abzielen, gesetz- und sittenwidrige Vertragsbestimmungen „aus dem Verkehr zu ziehen“ und gesetzwidrige Verhaltensweisen im geschäftlichen Verkehr zu unterbinden, was öffentlichen Interessen, aber auch dem einzelnen Verbraucher dient, der es vielfach wegen einer oder mehrerer bedenklicher Vertragsbestimmungen nicht auf einen Prozess ankommen lassen wird (RIS-Justiz RS0127687; 2 Ob 215/10x; *Kathrein/Schoditsch* in KBB<sup>4</sup> § 28 KSchG Rz 1). Die Unterlassungsklage nach Abs 1 richtet sich gegen einen Unternehmer, der im geschäftlichen Verkehr gesetz- oder sittenwidrige Vertragsbestimmungen in AGB oder in Vertragsformblättern verwendet, sie richtet sich gegen alle gesetz- und sittenwidrigen Vertragsbestimmungen und umfasst nicht nur die Kontrolle und Durchsetzung der Verbote nach § 6 KSchG und § 879 ABGB, sondern darüber hinaus auch die Verletzung weiterer zivilrechtlicher wie öffentlich-rechtlicher Vorschriften (*Kathrein/Schoditsch*, aaO, Rz 3).

1.1. Nach § 879 Abs 3 ABGB sind in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmungen, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegen, nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligen. Nebenbestimmungen, nicht aber jene Bestimmungen, die die beiderseitigen Hauptleistungen betreffen, sind danach der Inhaltskontrolle des § 879 Abs 3 ABGB unterworfen. Die Ausnahme von der in § 879 Abs 3 ABGB verankerten Inhaltskontrolle - die Festlegung der beiderseitigen Hauptleistungspflichten - ist nach ständiger Rechtsprechung möglichst eng zu verstehen (RIS-Justiz RS0016908, RS0128209; *Krejci* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup>, § 879 Rz 238). Damit sind die in § 885 ABGB genannten „Hauptpunkte“ gemeint, also diejenigen Bestandteile eines Vertrags, die die Parteien vereinbaren müssen, damit überhaupt ein hinreichend bestimmter Vertrag zustande kommt. Es sind damit aber nicht alle Vertragsbestimmungen aus dem Geltungsbereich des § 879 Abs 3 ABGB ausgenommen, die die Leistung und das Entgelt betreffen. Durch die Formulierung

des Relativsatzes „*die nicht die beiderseitigen Hauptleistungen festlegen*“ soll vielmehr ausgedrückt werden, dass mit der Ausnahme nur die individuelle, zahlenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistungen gemeint ist, nicht aber etwa Bestimmungen, welche die Preisberechnung in allgemeiner Form regeln oder die vertragstypische Leistung generell umschreiben (6 Ob 253/07k; *Krejci* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 879 RZ 238). Die Ansicht, der Ausdruck „Hauptleistung“ sei möglichst eng zu verstehen, entspricht auch der Absicht des historischen Gesetzgebers (6 Ob 253/07k; ErlRV KSchG 47).

Nur Leistungsbeschreibungen, die Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung festlegen, sollen der Inhaltskontrolle entzogen sein, nicht jedoch Klauseln, die das eigentliche Leistungsversprechen einschränken, verändern oder aushöhlen (RIS-Justiz RS0016908; 6 Ob 253/07k; 7 Ob 116/05y; 4 Ob 112/04f; 3 Ob 146/99b).

**1.2.** Gemäß § 988 ABGB besteht beim Kreditvertrag das Entgelt in der Regel in den vom Kreditnehmer zu zahlenden Zinsen. Es kann aber auch in einem Einmalbetrag, in einer Dienst- oder Sachleistung bestehen (ErläutRV 650 BlgNR 24. GP 11 f). Ein Darlehen ist daher auch dann entgeltlich, wenn zwar keine Zinsen, wohl aber etwa als Gebühren oder Kosten bezeichnete Gegenleistungen zu erbringen sind (vgl. *Aichberger-Beig* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 988 ABGB Rz 2 mwN). Anerkannt ist auch, dass der Darlehensgeber neben Zinsen ein Disagio oder Cap- oder Forward-Prämien als zinsenähnliches (Teil-)Entgelt für die Kapitalnutzung einheben kann; solche Bearbeitungs- und Abrechnungsgebühren sind aber keine Zinsen im Sinne des § 988 ABGB, weil sie für eine bestimmte (vermeintliche) Dienstleistung berechnet werden und ihre Höhe nicht von der Laufzeit abhängt (*Schamberger*, Bearbeitungsentgelte in Verbraucherkreditverträgen 2015, 11 [13 mzwN]).

§ 988 ABGB enthält die Legaldefinition für den mit dem DaKRÄG geschaffenen Kreditvertrag, eine Unterart des Darlehensvertrags, wobei das maßgebende Kriterium

die Entgeltlichkeit ist. Liegt diese vor, so gelten für diese Unterart des Darlehensvertrages die Sonderbestimmungen der §§ 989 ff ABGB.

Die dem Verbraucher verrechnete „Bearbeitungsgebühr“ erfüllt im Sinne dieser Ausführungen des Begriff der Entgeltlichkeit des § 988 ABGB, woraus jedoch noch nicht der Schluss zu ziehen ist, dass sie jedenfalls der Inhaltskontrolle des § 879 Abs 3 ABGB entzogen sind, wie oben zu Pkt. 1.2. dargelegt.

**1.3.** Für Kreditverträge zwischen Verbrauchern und Unternehmen enthält das VKrG, welches - in Umsetzung der Verbraucherkredit-RL 2008/48/EG - am 11.6.2010 in Kraft getreten ist, besondere Bestimmungen. Insbesondere sind darin bestimmte Informations- und Aufklärungspflichten des Kreditgebers geregelt (§ 6 VKrG); ferner hat der Kreditgeber den Verbraucher auch auf Zweifel an dessen Kreditwürdigkeit hinzuweisen, wenn sich solche aus der verpflichtend durchzuführenden Prüfung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers ergeben (§ 7 VKrG). Eine von § 988 ABGB abweichende Regelung des Begriffs der Entgeltlichkeit enthält das VKrG nicht.

Weder aus § 2 Abs 5 (Legaldefinition der Gesamtkosten) noch aus § 6 VkrG (Informationspflichten des Kreditgebers) lässt sich die Qualifikation der Zahlung einer Bearbeitungsgebühr als Hauptleistungspflicht des Kreditnehmers ableiten; diese Bestimmungen zielen lediglich auf eine vollständige Information des Verbrauchers - unter anderem - über ihn treffende Zahlungspflichten ab. Auch die Bestimmungen über den effektiven Jahreszinssatz dienen lediglich der Transparenz; der effektive Jahreszinssatz stellt eine der Transparenz dienende Rechengröße dar; daraus ist keine materiell-rechtliche Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenleistung abzuleiten (vgl. *Schamberger*, Bearbeitungsentgelte in Verbraucherkreditverträgen 2015, 11 [13]).

**1.4.** Zum deutschen Recht vertritt der BGH die Auffassung, dass eine Bestimmung in AGB, mit der der Unternehmer Aufwendungen, die ihm gesetzlich obliegen oder die

aus einem ohnedies entgeltlichen Vertrag resultieren, auf den Vertragspartner abwälzt, „kontrollfähig“ sei (BGHZ 137, 27, 30; BGHZ 137, 43, 45).

Der Oberste Gerichtshof schloss sich der Auffassung des BGH zur Kontrollfähigkeit derartiger Entgeltklauseln jedenfalls für den Fall, dass das vorgesehene Zusatzentgelt nicht zur Abgeltung einer nur auf Grund von Besonderheiten im Einzelfall erforderlichen Mehrleistung, sondern zur Abgeltung einer im *Regelfall* mit der Erfüllung der vertraglichen Pflichten verbundenen Leistung dient, grundsätzlich an; insoweit stellen derartigen Vereinbarungen eines (Zusatz-)Entgelts Klauseln dar, die das eigentliche Leistungsversprechen einschränken, verändern oder aushöhlen, und unterliegen der Inhaltskontrolle im Rahmen des § 879 Abs 3 ABGB (RIS-Justiz RS0016908; 6 Ob 253/07k; 7 Ob 116/05y; 4 Ob 112/04f; 3 Ob 146/99b).

**1.5.** In der Regel fehlt eine genauere Definition des Begriffs Bearbeitungsentgelt, weshalb dieser auslegungsbedürftig ist. Eine am Wortlaut und Wortsinn sowie am allgemeinen Sprachgebrauch orientierte Auslegung aus Sicht eines durchschnittlichen, rechtlich nicht gebildeten und verständigen Kunden ergibt, dass es sich hierbei um ein einmaliges Entgelt für den Abschluss des Kreditvertrags handelt, womit der Verwaltungsaufwand abgedeckt werden soll, der vor Vertragsabschluss anfällt. In Abgrenzung zu Gebühren und Provisionen, die als Entgelt für den Gebrauch während einer bestimmten Zeit verlangt werden, stellt das Bearbeitungsentgelt eine pauschale Vergütung zur Abgeltung eines Aufwands bei Kreditbearbeitung und -auszahlung dar, wie etwa die Prüfung der Kreditwürdigkeit (§ 7 VKrG), Vertragsvorbereitung, Führung von Kundengesprächen, Erfassung der Kundenwünsche und -daten, Prüfung des Vertrags und nachvertragliche weitergehende Abwicklungs-, Prüfungs- und Überwachungstätigkeiten, wie dies auch die Beklagte selbst vorbringt. Das laufzeitunabhängige Bearbeitungsentgelt stellt daher keine Vergütung für die Kapitalüberlassung dar, sondern vielmehr eine Vergütung für dessen Beschaffung und Bereitstellung (*Schamberger*, aaO mzwN).

Es stellt damit keine Abgeltung einer im Einzelfall erforderlich gewordenen Mehrleistung dar, sondern dient der Abgeltung einer jedenfalls mit der Erfüllung der vertraglichen Leistung der Kreditgeberin einhergehenden Leistung, sohin um die Abgeltung einer geradezu typischen Zusatzleistung im Rahmen eines Kreditverhältnisses; es handelt sich daher um eine Klausel über die Bestimmung eines Zusatzentgelts, die das eigentliche Leistungsversprechen der Bank einschränkt und verändert bzw. aushöhlt. Entgegen dem Rechtsstandpunkt der Beklagten regelt auch die in Höhe eines Prozentsatzes der Kreditsumme nach den AGB zu zahlende Bearbeitungsgebühr nicht eine individuelle, zahlenmäßige Umschreibung einer Leistung, sondern bestimmt vielmehr in allgemeiner Form einen Teil des vom Kreditnehmer zu leistenden Entgeltes, der das eigentliche Leistungsversprechen des Kreditgebers, nämlich das Kapital gegen die Bezahlung von laufenden Zinsen oder eines Einmalbetrages zur Verfügung stellen, verändert.

Als Zwischenergebnis kann daher festgehalten werden, dass die hier in Rede stehenden Klauseln der Inhaltskontrolle des § 879 Abs 3 ABGB unterworfen sind. Dieses Ergebnis entspricht auch dem Willen des historischen Gesetzgebers, nach dessen Absicht der Begriff „Hauptleistung“ möglichst eng verstanden werden sollte (6 Ob 253/07k; ErlRV KSchG 47).

Die von *Graf (Zur Zulässigkeit der Vereinbarung einer Bearbeitungsgebühr beim Kreditvertrag, ÖJZ 2015/43)* vertretene Ansicht, dass die Leistung der vertraglich vereinbarten Bearbeitungsgebühr Voraussetzung für die Überlassung der Kreditvaluta darstelle und daher als Hauptleistung und Teil des kontrollfreien Entgelts für die Kapitalüberlassung zu qualifizieren sei, wird in der zitierten Rechtsprechung nicht vertreten; ob die Leistung der Bearbeitungsgebühr *conditio sine qua non* ist, kann daher dahingestellt bleiben.

**2.1.** Nach § 879 Abs 3 ABGB ist darauf abzustellen, ob die Vereinbarung den Kunden „gröblich benachteiligt“.

Bei der Beurteilung, ob eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners stattfindet, hat sich der Rechtsanwender am dispositiven Recht als dem Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs zu orientieren (4 Ob 141/11f; RIS-Justiz RS0014676). Ein Abweichen vom dispositiven Recht kann schon dann eine gröbliche Benachteiligung sein, wenn es dafür keine sachliche Rechtfertigung gibt. Das ist der Fall, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in auffallendem Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht, wenn also keine sachlich gerechtfertigte Abweichung von der für den Durchschnittsfall getroffenen Norm des nachgiebigen Rechts vorliegt (4 Ob 141/11f; RIS-Justiz RS0016914). Die Bestimmung des § 879 Abs 3 ABGB will vor allem den Missbrauch der Privatautonomie durch Aufdrängen benachteiligender vertraglicher Nebenbestimmungen seitens eines typischerweise überlegenen Vertragspartners, vor allem bei Verwendung von AGB, bekämpfen (4 Ob 141/11f; 6 Ob 253/07k mwN).

Nach *Graf* (in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 879 Rz 337/0) jedenfalls unzulässig ist die Vereinbarung eines Entgelts für Nebenleistungspflichten, die den Schuldner bereits auf Grund des Gesetzes treffen. Diesbezüglich kann der Kunde davon ausgehen, dass diese Pflicht bereits vom Vertragsentgelt abgedeckt ist (so auch *Schamberger*, aaO, VbR 2015, 11 [insb 14]).

Als unangemessen angesehen werden muss auch die Vereinbarung eines Zusatzentgelts, das typischerweise vom Kunden als vom für die Hauptleistung zu bezahlenden Entgelt abgedeckt angesehen wird. Durch die Vereinbarung eines Bearbeitungsentgelts versucht der Verwender, bestimmte Kosten, die ihm vor und im Zuge des Vertragsabschlusses entstanden sind, auf den anderen Vertragspartner abzuwälzen. Allgemeine Betriebskosten, Vertragsverhandlungen, die Erstellung eines Kreditangebots, die Erfassung von Kundendaten und -wünschen, die Bearbeitung des Kreditantrags und die Prüfung der Kundenbonität sind als typische Zusatzleistungen zu qualifizieren. Dabei kann der Kunde grundsätzlich davon ausgehen, dass diese Kosten bereits mit dem zu zahlenden Entgelt (Zinsen) abgegolten sind, da laufzeit-

abhängige Zinsen in der Regel nicht nur Entgelt für die Überlassung der Kreditvaluta sind, sondern damit zugleich auch interne Kosten im Zusammenhang mit der Kapitalüberlassung abgegolten werden (*Schamberger*, aaO [14f mwN]).

In 4 Ob 141/11f erachtete der Oberste Gerichtshof eine gröbliche Benachteiligung der Kunden der Beklagten, einer bundesweit tätigen Betreiberin des Telefoniedienstleistungsgeschäfts, als gegeben, weil ihnen für die Erfüllung einer vertraglichen Nebenleistungspflicht, der Ausstellung einer Rechnung in Papierform, ein gesondertes Entgelt abverlangt wurde. Ausgeführt ist dazu, dass die dortige Beklagte ihren Kunden gegenüber grundsätzlich zur Rechnungslegung verpflichtet sei und dass eine (unentgeltliche) Papierrechnung üblich und vom Gesetzgeber auch erwünscht sei.

**2.2.** Im vorliegenden Fall verrechnet die Beklagte das in Rede stehende Bearbeitungsentgelt unter anderem in Zusammenhang mit dem Aufwand bis zur endgültigen Zuzählung des Kredits, wozu etwa auch die Erstellung einer Haushaltsrechnung, die Einholung von Unterlagen und die Kreditprüfung zählen (Schriftsatz vom 6.5.2015, ON 6 Rz 52). Dies betrifft teilweise Aufwendungen, zu welchen die Beklagte gesetzlich verpflichtet ist; so obliegt ihr nach § 7 VKrG die Prüfung der Kreditwürdigkeit des Kunden, wozu auch die entsprechende Informationsbeschaffung zählt (vgl. *Zöchling-Jud* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Verbraucherkreditrecht § 7 Rz 6 ff). Darüber hinaus betrifft es Aufwendungen, die geradezu zwingend mit der Abwicklung des Kreditverhältnisses einhergehen, sodass der Verbraucher davon ausgehen darf, dass diese mit dem zu leistenden Vertragsentgelt abgedeckt sind.

Wenn daher die Beklagte ihren Kunden im Wege der zusätzlichen Bearbeitungsgebühr Aufwendungen in Rechnung stellt, die typischerweise mit der Abwicklung eines Kreditverhältnisses einhergehen, und zu welchen sie – jedenfalls zum Teil – gesetzlich verpflichtet ist, ist dies - unabhängig von der Höhe dieser zusätzlich geforderten Bearbeitungsgebühr - bereits dem Grunde nach gröblich benachteiligend.

Das Argument der Berufungswerberin, die Verrechnung einer Bearbeitungsgebühr führe zu einer erhöhten Preistransparenz, wie dies der Oberste Gerichtshof in 6 Ob 253/07k zur Depotübertragungsgebühr ausgeführt habe, überzeugt hier nicht:

Die Besonderheit bei der Depotübertragungsgebühr lag gerade darin, dass sie nicht in jedem Fall anfiel, sondern nur dann, wenn es zu einer Übertragung oder Ausfolgung der Wertpapiere kam, nicht aber beispielsweise beim Verkauf. Sie stellt daher anders als die hier vorliegende Bearbeitungsgebühr ein Entgelt für eine nur teilweise anfallende Zusatzleistung dar.

**2.3.** Auch die Höhe einer Bearbeitungsgebühr, die sich prozentuell nach der Höhe der Kreditsumme errechnet, ist im Verhältnis zum Aufwand, der dadurch abgedeckt werden soll, gröblich benachteiligend:

Durch eine Gebühr, die sich ausschließlich an der Höhe der zugezählten Kreditvaluta orientiert, wird dem Verursacherprinzip gerade nicht Rechnung getragen, dies ist auch wenig transparent (vgl. *Schamberger* in VbR 2015/5): So kann etwa ein sehr hoher Kredit mit ausgezeichneter Bonität des Kunden und vollständiger Vorlage der benötigten Unterlagen möglicherweise in kürzerer Zeit bearbeitet werden als ein niedrigerer Kredit für einen Kunden mit schlechter Bonität, der auch die angeforderten Unterlagen nur sukzessive beibringt.

Das Erstgericht erachtete den Umstand, dass sich die Höhe des Bearbeitungsentgelts unabhängig vom tatsächlichen Bearbeitungsaufwand prozentuell an der jeweiligen Kreditsumme orientiere, zu Recht als gröblich benachteiligend, weil nicht nachvollziehbar sei, dass höhere Kreditsummen zwingend und jedenfalls einen größeren Bearbeitungsaufwand bedeuteten. Selbst wenn man entsprechend dem Vorbringen der Beklagten in erster Instanz und ihren Berufungsausführungen (S 34 f) folgend von einem Aufwand von bis zu 23 Arbeitsstunden für die Bearbeitung eines Kreditantrags ausginge, steht dies in keinem Verhältnis zu höheren Kreditsummen, wie dies etwa das Erstgericht anhand eines Kreditbetrages von EUR 350.000,--

rechnerisch anschaulich darlegte (§ 500a ZPO). Auch wenn im Regelfall höhere Kreditsummen einen größeren Bearbeitungsaufwand mit sich bringen mögen, behauptet nicht einmal die Beklagte selbst, dass dieser linear mit der Höhe der Kreditsumme steigt. Dass die Kosten der Tätigkeit des Kreditgebers vor Vertragsabschluss tatsächlich nicht oder jedenfalls nur wenig von der jeweiligen Kredithöhe abhängen, vertritt im Übrigen auch *Bollenberger* (in ÖBA 2015, 396 [401]), wengleich dieser – ebenso wie *Graf* (in ÖJZ 2015/43) – die Verrechnung einer Bearbeitungsgebühr im Ergebnis als zulässig erachtet.

Die Berufungswerberin verweist in diesem Zusammenhang auf die Entscheidungen 6 Ob 253/07k und 9 Ob 15/05d, in welchen der Oberste Gerichtshof jeweils nicht im Detail prüfte, ob sich der Aufwand für den Geschäftsvorgang und das eingehobene Entgelt vollständig deckten oder auch sonst miteinander korrelierten.

Aus diesen Entscheidungen ist für den Anlassfall nichts zu gewinnen:

In 9 Ob 15/05d ging es um die Verrechnung eines Eilzuschlags für die Lieferung von Gas, der nicht prozentuell zur Bestellmenge stieg, sondern mit EUR 2,50 zuzüglich 20 % USt, insgesamt daher mit EUR 75,-- als Fixpreis für den Fall vorgesehen war, dass die vorgesehene Bestellfrist von 10 Arbeitstagen nicht eingehalten wurde. Hier bedurfte es schon auf Grund der - relativ geringen - Höhe des Zuschlags keiner detaillierten Äquivalenzkontrolle, da in der Zahlung eines zusätzlichen Betrages von maximal EUR 75,-- jedenfalls keine gröbliche Benachteiligung erblickt werden kann.

In der Entscheidung 6 Ob 253/07k wurde vom Obersten Gerichtshof eine Depotübertragungsgebühr als nicht gröblich benachteiligend angesehen, wobei darin nicht übersehen wurde, dass zwar das vereinbarte Entgelt grundsätzlich in geringer absoluter Höhe vorgesehen war, sich dieses aber bei größeren Wertpapierbeständen durchaus vervielfältigen konnte. Die Besonderheit im dortigen Fall lag aber in der – hier nicht gegebenen – Wahlmöglichkeit des Kunden, der den Anfall der Gebühren durch den Verkauf der Wertpapiere vermeiden konnte.

**2.4.** Daraus, dass teilweise bei staatlichen Gebühren, teilweise auch in der Wirtschaft - wie etwa bei Maklern oder Anwaltshonoraren - prozentuelle Gebührengestaltungen vorkommen, ist in dieser Allgemeinheit nichts zu gewinnen; es handelt sich bei den angesprochenen Bestimmungen nicht um Regelungen, die ein zusätzliches Entgelt für zwingend erforderliche vertragliche Nebenleistungen vorsehen.

**2.5.** Soweit die Beklagte in ihrer Berufung schließlich (Rz 69) ausführt, es sei dem Berufungsgericht verwehrt, die Transparenz der verfahrensgegenständlichen Klauseln zu prüfen, da das Erstgericht dem klägerischen Argument, die Klauseln seien intransparent, nicht gefolgt sei und dies vom Kläger in seiner Berufung nicht aufgegriffen worden sei, ist dem zu entgegnen:

Zunächst hat das Erstgericht die Intransparenz der bekämpften Klausel nicht verneint, sondern in Rz 29 (auf welche die Berufung Bezug nimmt) ausgeführt, dass sich ein Eingehen hierauf erübrige, in weiterer Folge aber ausdrücklich auf den Aspekt hingewiesen, dass etwa bei einer Kreditsumme von EUR 350.000,-- und einem daraus resultierenden Bearbeitungsaufwand von EUR 3.500,-- (1 %) der Bearbeitungsaufwand jedenfalls mehrfach abgedeckt sei, sodass nicht erkennbar sei, wofür der bleibende Anteil eigentlich begehrt werde. Damit hat das Erstgericht gerade nicht ausgesprochen, dass die entsprechenden Klauseln transparent wären.

Im Übrigen versagt auch der Verweis auf die Entscheidung 10 Ob 28/15p:

Dort ging es nämlich darum, dass der Kläger in seiner Berufung gegen eine klagsabweisende Entscheidung betreffend die mangelnde Aufklärung zum Erwerb einer Anlage die Frage der (gesonderten) Aufklärung über das Risiko der etwaigen Rückforderung der Ausschüttungen nicht mehr thematisierte, sohin um die Frage, in welchem Umfang der Rechtsmittelwerber eine Überprüfung der erstgerichtlichen Entscheidung wünschte. Im hier vorliegenden Fall aber wäre eine Berufung der klagenden Partei gegen die ohnedies klagsstattgebende Entscheidung des Erstgerichtes wegen fehlender Beschwer gar nicht zulässig.

Es erübrigt sich allerdings eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Klauseln ausreichend transparent sind, da sich aus den voranstehenden Ausführungen bereits ergibt, dass die Verrechnung einer Bearbeitungsgebühr in den angefochtenen Klauseln sowohl dem Grunde nach als auch hinsichtlich der Regelung ihrer Höhe für die Verbraucher gröblich benachteiligend ist. Es kann daher auch dahingestellt bleiben, ob durch die Festsetzung eines laufzeitunabhängigen Bearbeitungsentgeltes, das unabhängig davon in voller Höhe zu leisten ist, ob das Kreditverhältnis vorzeitig beendet wird, die Bestimmung des § 16 VkrG umgangen wird.

Zusammengefasst sind die von der Beklagten verwendeten und hier angefochtenen Klauseln gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, weil darin ein Zusatzentgelt für typischerweise mit der Erfüllung der vertraglichen Pflichten verbundene Leistungen verrechnet und so das eigentliche Leistungsversprechen der Beklagten eingeschränkt, verändert und ausgehöhlt wird. Hinzu kommt, dass die bereits dem Grunde nach unzulässige Regelung die Verbraucher auch der Höhe nach gröblich benachteiligt.

#### A.2. Zum Berufungsgrund der Mangelhaftigkeit des Verfahrens:

Die Beklagte rügt die Nichteinholung des von ihr angebotenen Sachverständigen-gutachtens für das Fach Kreditwesen als Verfahrensmangel. Das Gutachten sei zum Beweis dafür angeboten worden, dass die Bearbeitungsgebühr über die Position des effektiven Jahreszinssatzes in den Entscheidungsprozess der Marktteilnehmer einfließe und sich der Verbraucher bei der Auswahl eines Kreditangebotes vom effektiven Jahreszinssatz leiten lasse; ferner zum Beweis dafür, dass die Bearbeitungsgebühr durch alle Banken in den effektiven Jahreszinssatz einfließe, dass die Verrechnung einer Bearbeitungsgebühr einer langjährigen Branchenpraxis entspreche und daher als redliche Geschäftspraktik zu berücksichtigen sei; schließlich sei das Gutachten auch dazu angeboten worden, dass der Aufwand für die

Bearbeitung eines Kreditantrags mit dem jeweiligen Kreditvolumen steige und dass die Höhe des Bearbeitungsentgelts marktüblich sei.

Der gerügte Verfahrensmangel liegt nicht vor:

1. Im Rahmen der Verbandsklage hat die Auslegung von Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen und danach ist zu prüfen, ob ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten vorliegt (RIS-Justiz RS0016590); im Verbandsprozess gelten im Gegensatz zur Vertragsauslegung im Einzelfall spezifische Prüfkriterien (5 Ob 288/08a); bei der Auslegung von Klauseln im Verbandsprozess ist daher auf das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden abzustellen (RIS-Justiz RS0126158), es kann die Prüfung der Zulässigkeit von Klauseln nur generalisierend erfolgen (RIS-Justiz RS0126157).

Bei der Kontrolle der angefochtenen Klauseln kommt es daher nicht darauf an, ob die Verrechnung einer Bearbeitungsgebühr in den Entscheidungsprozess des durchschnittlichen Kunden miteinfließt, sondern darauf, wie die Klausel bei ihrer für den Verbraucher ungünstigsten möglichen Auslegung zu verstehen ist und ob sie gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt. Dies ist keine dem Sachverständigenbeweis zugängliche Tatsachenfrage, sondern ebenso wie die Beurteilung, ob die Klausel als kontrollfreie Hauptleistung zu qualifizieren ist, eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

2. Dazu, dass die Bearbeitungsgebühr von den Banken in der Ausweisung des effektiven Jahreszinssatzes zu berücksichtigen ist, bedarf es keines Sachverständigengutachtens, dies ergibt sich aus der Bestimmung des § 2 Abs 5 VKrG iVm § 6 Abs 1 Z 7 VKrG.

3. Auch kommt es nicht darauf an, ob von einer „redlichen Geschäftspraktik“ auszugehen ist, da es hier - anders als in der zitierten Entscheidung 4 Ob 212/10w - nicht um die Beurteilung der „Ungewöhnlichkeit“ der angefochtenen Klauseln im Sinne

des § 864a ABGB geht. Nur im Zusammenhang mit der nach § 864a ABGB vorzunehmenden Beurteilung, ob eine Klausel als objektiv ungewöhnlich gilt, kommt es darauf an, ob die Klausel beim entsprechenden Geschäft typisch ist und ob sie den redlichen Verkehrsgewohnheiten entspricht (4 Ob 212/10w; 4 Ob 5/08a).

**4.** Soweit die Beklagte zum Beweis dafür, dass der Aufwand für die Bearbeitung bei größeren Krediten steige, etwa weil mehr Arbeitsschritte notwendig seien, ein Sachverständigengutachten wünscht, ist sie auf die vom Erstgericht ohnedies getroffene Feststellung zu verweisen, dass abhängig von der Höhe des zu finanzierenden Betrages im Anschluss an die Erstellung eines Finanzierungsplans und der Vornahme diverser Bonitätsprüfungen eine Kreditprüfung durch den Vertrieb oder durch das Risikomanagement der Beklagten erfolge, woraus sich der von der Beklagten gewünschte Schluss, dass bei größeren Krediten mehr Arbeitsschritte notwendig seien, ohnedies ergibt.

Dass aber selbst bei der Annahme jenes Bearbeitungsaufwands, den die Beklagte selbst ihrer Argumentation zugrunde legt, sohin eines Bearbeitungsaufwands von bis zu 23 Arbeitsstunden (Schriftsatz ON 6 vom 6.5.2013 Rz 52, 53), dies bei hohen Kreditsummen in keinem Verhältnis zu einer prozentuell verrechneten Bearbeitungsgebühr steht, wurde vom Erstgericht bereits rechnerisch anschaulich dargelegt (§ 500a ZPO). Darüber hinaus behauptet auch die Beklagte selbst gar nicht, dass der Bearbeitungsaufwand linear mit der Höhe der Kreditsumme steigen würde.

**5.** Darauf schließlich, ob die Höhe des verrechneten Bearbeitungsentgelts marktüblich ist, kommt es nicht an.

Das Erstgericht hat daher zu Recht von der Einholung des beantragten Sachverständigengutachtens Abstand genommen; auch die in diesem Zusammenhang geltend gemachten sekundären Feststellungsmängel zu Pkt. 1.5.1. bis 1.5.6. der Berufung liegen nicht vor.

Die von der Berufungswerberin zu Pkt. 1.5.7. ihrer Berufung gewünschten zusätzlichen Feststellungen zum tatsächlichen Bearbeitungsaufwand und dem hausinternen Ablauf sind aus den zu Pkt. 4. dargestellten Erwägungen entbehrlich.

Ergänzend ist dazu festzuhalten, dass der von der Beklagten behauptete Arbeitsaufwand von 18 bis 23 Arbeitsstunden für die Bearbeitung eines Kreditantrages von der klagenden Partei ohnedies nicht substantiiert bestritten wurde; auch unter diesem Gesichtspunkt bedarf es keiner weiteren Feststellungen zum tatsächlichen Aufwand für eine Kreditbearbeitung.

### **A.3. Zum Berufungsgrund der Aktenwidrigkeit:**

Die Beklagte macht Aktenwidrigkeit geltend, weil das Erstgericht in seinen Feststellungen die Aussage des Zeugen Stefan Gapp unvollständig wiedergegeben habe, insbesondere habe es eine Feststellung dazu zu unterlassen, dass das Stellen des hausinternen Kreditantrags einen Aufwand von 8 bis 14 Stunden erfordere.

Mit diesen Ausführungen macht die Berufungswerberin keine Aktenwidrigkeit, sondern wiederum einen sekundären Feststellungsmangel geltend, zu welchem bereits Stellung genommen wurde.

### **A.4. Zum Berufungsgrund der unrichtigen Feststellung auf Grund unrichtiger Beweiswürdigung:**

Neuerlich begehrt die Berufungswerberin im Rahmen der Beweisrüge die ergänzende Feststellung, dass der Aufwand für den bankinternen Kreditantrag mit 8 bis 10 Stunden zu veranschlagen sei.

Es werden daher nicht die getroffenen Feststellungen als unrichtig bekämpft, sondern eine – wie ausgeführt nicht erforderliche - zusätzliche Feststellung gewünscht.

Der Beweisrüge der Beklagten muss daher der Erfolg versagt bleiben.

## **B. Zu den klauselübergreifenden Themen:**

### **B.1. Zur behaupteten überschießenden Klagsstattgebung für Altverträge:**

Die Beklagte macht geltend, dass das Unterlassungsbegehren der klagenden Partei und der Urteilsspruch zu weit gefasst seien, weil darin die Einschränkung im Sinne des § 28 Abs 1 Satz 2 zweiter Halbsatz KSchG fehle, „*soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden ist*“.

Dazu ist auszuführen:

Mit der am 1.1.1997 in Kraft getretenen Novelle zum KSchG wurde die Bestimmung des § 28 KSchG dahingehend erweitert, dass der Unterlassungsanspruch auch das Verbot einschließt, sich auf unzulässige Vertragsbestimmungen zu berufen, soweit sie unzulässig vereinbart worden sind. Hintergrund der Novelle war, dass der Gesetzgeber verhindern wollte, dass sich ein Unternehmer, nachdem er eine Vielzahl von Verträgen mit unzulässigen AGB abgeschlossen hat, auf die Verbandsklage hin zur Unterlassung der Verwendung verpflichtet, aber seine Rechtsposition aus den Altverträgen heraus weiterhin ausübt (*Langer in Kosesnik-Wehrle, KSchG<sup>4</sup> §§ 28 - 30, Rz 31; ErläutRV 311 BlgNR 20. GP 30*).

Zur Frage der Formulierung des Unterlassungsbegehrens hat der Oberste Gerichtshof bereits wiederholt Stellung genommen. In den Entscheidungen 7 Ob 44/13s und 1 Ob 88/14v (RIS-Justiz RS0129105) wurde zum Ausdruck gebracht, dass die in § 28 Abs 1 letzter Satz KSchG zum Ausdruck kommende Möglichkeit, dass im Individualprozess ein anderes Ergebnis als im Verbandsprozess denkbar sei, keine Einschränkung des Unterlassungsgebot erfordere, weil vom Spruch abweichende und nicht unzulässige Vereinbarungen ohnedies nicht erfasst seien.

Zuletzt hat der Oberste Gerichtshof in 9 Ob 26/15m an dieser Rechtsansicht festgehalten (9 Ob 26/15m mwN) und darin auch Bezug auf die Entscheidung 2 Ob 131/12x genommen, in der eine ausführliche Auseinandersetzung mit der Judikatur des EuGH zur Frage der geltungserhaltenden Reduktion nicht ausgehandelter missbräuchlicher Klauseln im Individualprozess erfolgte; weitere Ausführungen dazu erübrigen sich daher.

Insoweit die Berufungswerberin im konkreten Fall die Notwendigkeit des Einschubs daraus ableitet, dass die von der klagenden Partei mehrfach für ihren Rechtsstandpunkt ins Treffen geführte Bestimmung des § 16 VKrG auf vor dem 11.6.2010 geschlossene Verträge nicht anwendbar sei, ist dem entgegenzuhalten, dass sich die Unwirksamkeit der Klausel nach den Ausführungen des Berufungsgerichtes ohnedies unabhängig davon ergibt, ob die Klauseln mit der Bestimmung des § 16 VKrG in Einklang zu bringen sind. Dass aber darüber hinaus sonstige Änderungen gesetzlicher Vorschriften zu einer abweichenden Beurteilung führen könnten, ergibt sich auch aus den Berufungsausführungen nicht.

Das Berufungsgericht sieht daher keinen Anlass, von der, nunmehr der ständigen und gefestigten Rechtsprechung des OGH entsprechenden Judikatur abzuweichen.

### **B.2. Zum Veröffentlichungsbegehren:**

Schließlich wendet sich die Beklagte gegen die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung und führt aus, dass die klagende Partei ohnedies auf ihrer Website ohne Zugangsbeschränkung eingehend über Verbandsprozesse informiere, sie informiere auch die Presse über eigene Aussendungen; schließlich sei eine Information der Öffentlichkeit auch über das Rechtsinformationssystem des Bundes kostenfrei zugänglich.

Diesen Ausführungen ist zu entgegnen:

Anspruchsvoraussetzung ist das „berechtigte Interesse“ an der Urteilsveröffentlichung. Dieses liegt bei der Verbandsklage nach § 28 KSchG nach ständiger Rechtsprechung darin, dass die Verbraucher als Gesamtheit das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- und/oder sittenwidrig sind. Gemessen an diesem Zweck ist über die Rechtsverletzungen aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen - also nicht nur den unmittelbar betroffenen Geschäftspartnern - Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren und vor Nachteilen zu schützen (RIS-Justiz RS0121963). Die mediale Berichterstattung wird dem Bedürfnis der Öffentlichkeit nach Aufklärung über die Verwendung bestimmter gesetzwidriger Vertragsbestandteile nicht gerecht. Das Gleiche gilt für die Bereitstellung einschlägiger Informationen über die Website der klagenden Partei (5 Ob 118/13h; 4 Ob 117/14f, 1 Ob 105/13v, 7 Ob 44/13s; RIS-Justiz RS0121963).

Die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung werde daher zutreffend erteilt und war der Berufung der Beklagten auch in diesem Punkt keine Folge zu geben; eine Erörterung der Berechtigung des von der Beklagten gestellten Veröffentlichungsbegehrens erübrigt sich im Hinblick auf die Bestätigung der klagsstattgebenden Entscheidung des Erstgerichtes.

Der Berufung der Beklagten muss daher der Erfolg versagt werden.

## **II. ZUR BERUFUNG DER KLAGENDEN PARTEI:**

Die klagende Partei bekämpft die Entscheidung des Erstgerichtes hinsichtlich der Festsetzung einer Leistungsfrist von 6 Monaten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung. Die Setzung einer Leistungsfrist sei nach der Rechtsprechung restriktiv zu handhaben; im vorliegenden Fall reiche es für die Erfüllung des Urteilspruchs aus, die textlich sehr kurzen Bestimmungen aus den AGB ersatzlos zu eliminieren. Dafür

sei die Festsetzung einer Leistungsfrist nicht erforderlich; zumindest aber bedürfe es keiner Leistungsfrist hinsichtlich des Ausspruchs, dass sich die Beklagte auf die unzulässige Klauseln nicht berufen dürfe. Jedenfalls aber wäre es ausreichend, eine Leistungsfrist von 2 Monaten festzusetzen.

Dazu wurde erwogen:

1. Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass die Verpflichtung, die AGB zu ändern, keine reine Unterlassung darstellt, sodass das Gericht gemäß § 409 Abs 2 ZPO - von Amts wegen - eine angemessene Leistungsfrist zu setzen hat (9 Ob 7/15t; RIS-Justiz RS0041265 [T3]); dabei ist nicht zwischen den Tatbeständen des „Verwendens“ einer Klausel oder sinngleicher Klauseln in Neuverträgen oder des „Sich-Berufens“ auf den unzulässigen Inhalt der Klausel in Altverträgen zu unterscheiden (9 Ob 7/15t; 2 Ob 131/12x).

2. Für den Bereich der Telekommunikation hat der OGH mehrmals eine 3-monatige Leistungsfrist für angemessen gehalten (4 Ob 130/03a; 6 Ob 24/11i (verst. Senat); 7 Ob 44/13s; *Langer in Kosesnik-Wehrle*, KSchG<sup>4</sup> §§ 28 - 30 Rz 13c mzwN); in den Entscheidungen 10 Ob 70/07b, 9 Ob 56/13w und 9 Ob 7/15t wurde jeweils eine Leistungsfrist von 6 Monaten als angemessen erachtet, wobei für die Länge der Frist auch die Überlegung ausschlaggebend war, dass in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Übergangsfrist von 30 Tagen (10 Ob 70/07b) bzw. 2 Monaten (9 Ob 7/15t) für Änderungen vorgesehen war.

Im vorliegenden Fall sind Übergangsfristen für die Änderungen der AGB nicht gegeben, auch sonstige Gründe, die eine besonders lange Leistungsfrist erforderlich machten, sind nicht hervorgekommen. Es wird daher eine Leistungsfrist von drei Monaten sowohl für den Tatbestand des „Verwendens“ der Klausel oder sinngleicher Klauseln als auch des „Sich-Berufens“ für angemessen erachtet.

3. Wiederholt hat der Oberste Gerichtshof sich bereits mit dem Einwand befasst, die Judikatur zur Leistungsfrist entspreche nicht der Bestimmung des Art 7 Abs 2 der

RL 93/13/EWG, weil die Gerichte wirksame Mittel anwenden müssten, um der Verwendung der von ihnen als missbräuchlich angesehenen Vertragsklausel ein Ende zu setzen, und ausgeführt, dass die Richtlinie weder die Mittel noch die Fristen konkret vorschreibe, die gegen nichtige Klauseln eingesetzt werden müssten; in 7 Ob 44/13s wurde zusätzlich darauf verwiesen, dass der EuGH in der Entscheidung vom 26.4.2012, C-472/10, ausgeführt habe, dass die Klausel-RL nicht auf die Harmonisierung der Sanktionen gerichtet sei, die gelten sollten (7 Ob 44/13s).

Der Berufung der klagenden Partei ist daher teilweise Folge zu geben und die Entscheidung des Erstgerichtes dahin abzuändern, dass die Leistungsfrist mit 3 Monaten zu bestimmen ist.

Eine Änderung in der Kostenentscheidung für das Verfahren erster Instanz ergibt sich durch die Verkürzung der Leistungsfrist nicht, da es sich hierbei nicht um eine teilweise Abweisung des Begehrens handelt, sondern um die von Amts wegen festzusetzende Leistungsfrist.

Für die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens gilt:

Die Beklagte ist mit ihrer Berufung unterlegen, sie hat daher der klagenden Partei gemäß §§ 50, 41 ZPO die Kosten ihrer tarifgemäß verzeichneten Berufungsbeantwortung zu ersetzen.

Die klagende Partei, die die Verkürzung der Leistungsfrist dahin beantragte, dass keine, jedenfalls aber eine kürzere Leistungsfrist festgesetzt werde, ist mit ihrer Berufung zur Hälfte durchgedrungen, beehrte sie doch bei einer festgesetzten 6-monatigen Leistungsfrist deren Entfall und hatte mit einer Verkürzung auf 3 Monate Erfolg. Die Kosten des Berufungsverfahrens der klagenden Partei werden daher

gegenseitig aufgehoben; die beklagte Partei hat der klagenden Partei die anteilige Pauschalgebühr zu ersetzen (§§ 50, 43 Abs 1 ZPO).

Der im Kostenausspruch ausgewiesene Saldo ergibt sich aus dem Abzug der anteiligen Pauschalgebühr von den in der Berufungsbeantwortung verzeichneten Kosten.

Bei der Bewertung des Entscheidungsgegenstandes bestand kein Grund, von der von der klagenden Partei selbst vorgenommenen Bewertung abzugehen; bei der Anfechtung durch beide Parteien bildet das gesamte Klagebegehren den Entscheidungsgegenstand des Berufungsurteils (RIS-Justiz RS0042408).

Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass die Auslegung von Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen bestimmter Geschäftsbranchen, welche regelmäßig für eine größere Anzahl von Kunden und damit Verbrauchern bestimmt und von Bedeutung sind, eine erhebliche Rechtsfrage darstellt, sofern solche Klauseln bisher vom Obersten Gerichtshof noch nicht zu beurteilen waren (RIS-Justiz RS0121516). Mit der Auslegung der Klausel über die Verrechnung einer Kreditbearbeitungsgebühr hatte sich der Oberste Gerichtshof bislang nicht zu befassen, weshalb die Revision zuzulassen war.

---

**Oberlandesgericht Innsbruck**  
**Abteilung 2, am 12.11.2015**  
**Dr. Wolfgang Salzmann, Senatspräsident**

---

Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG