



Präsidium  
des Handelsgerichtes Wien

eingel am 10. MRZ. 2005

.....fach, mit.....Blg. ....Akten  
.....Halbschriften

23 Cg

Handwritten notes and stamps, including a large handwritten 'K' and the number '90/05' with a checkmark.

REPUBLIK ÖSTERREICH  
Oberlandesgericht Wien

Teilurteil

Im Namen der Republik

Handwritten signature or initials.

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichtes Dr. Tessarek als Vorsitzenden sowie die Richterin des Oberlandesgerichtes Dr. Grohmann und KR Dkfm. Walser in der Rechtssache der klagenden Partei

vertreten durch Brauneis Klauser & Prändl, Rechtsanwälte OEG in Wien, wider die beklagte Partei

vertreten durch Urbanek Lind Schmied Reisch, Rechtsanwälte OEG in St. Pölten, wegen EUR 76.804,73 sA, infolge Berufung der klagenden Partei gegen das Teilurteil des Handelsgerichtes Wien vom 01.07.2004, nach öffentlicher mündlicher Berufungsverhandlung

I. zu Recht erkannt:

Der Berufung wird teilweise n i c h t Folge gegeben.

Das angefochtene Teilurteil wird dahin bestätigt, dass es lautet:

„Das Klagebegehren, die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei zu Handen des Klagevertreters aus dem Kreditverhältnis Konto Nr. 7-00-096.651 den

Betrag von EUR 1.763,85 samt 4% Zinsen seit 22.02.1998  
zu bezahlen, wird abgewiesen.

Die Kostenentscheidung wird der Endentscheidung  
vorbehalten."

Die Revision ist jedenfalls unzulässig (§ 502 Abs  
2 ZPO).

II. den

### B e s c h l u s s

gefasst:

Im Übrigen wird der Berufung **F o l g e** gegeben.

Das angefochtene Teilurteil wird hinsichtlich des  
Klagebegehrens von EUR 10.993,67 (Kreditverhältnis  
Konto Nr. 19(12)-00.096.651) und EUR 56.303,83 (Kredit-  
verhältnis Konto Nr. 18(11)-00.096.651) samt je 4%  
Zinsen seit 08.03.2000 aufgehoben. Die Rechtssache wird  
dem Erstgericht in diesem Umfang zur neuerlichen  
Entscheidung nach Verfahrensergänzung zurückverwiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens bilden weitere  
Verfahrenskosten.

Der Revisionsrekurs ist zulässig.

**E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :**

und

**B e g r ü n d u n g :**

Der Kläger ist durch Einantwortung als Alleinerbe  
in die Rechte und Pflichten seines am 06.02.2000  
verstorbenen Vaters eingetreten. Die  
Beklagte ist Rechtsnachfolgerin der

in Wien, mit  
der insgesamt 6 Kreditverträge  
abgeschlossen hat, darunter folgende 3 Verträge:

Mit Kreditvertrag vom 12.09.1991 wurde  
zu Konto Nr. 19-00.096.651 (im Folgenden Kredit  
1) eine Darlehenssumme von ATS 827.000,-- zur Verfügung  
gestellt. Der Sollzinssatz wurde zunächst mit 9,75%  
p.a. bei antizipativer Verrechnung jeweils per 01.01.  
und 01.07. eines jeden Jahres vereinbart. Für den Fall  
des Zahlungsverzuges wurde ein erhöhter Zinssatz von  
11,75% festgelegt. Rückzahlbar war der Kredit  
einschließlich der Zinsen in 20 gleichbleibenden Annui-  
täten (Pauschalbeträge für Kapital und Zinsen) á ATS  
65.659,10 jeweils zum 01.01. und 01.07. eines jeden  
Jahres, beginnend mit 01.01.1992. Der Kreditvertrag  
enthielt folgende Klausel: "Es bleibt jedoch unserem  
Vorstand unbenommen, den Zinsfuß entsprechend der  
Kapitalmarktlage neu festzulegen."

Am 30.06.1995 erfolgte eine Kontoglattstellung und  
eine Umbuchung des damals aushaftenden Saldos von ATS  
747.885,94 auf das Konto mit der Subkontonummer  
12-00.096.651.

Am 18.12.1985 wurde zu Konto Nr.  
18-00.096.651 (im Folgenden Kredit 3) ein Kredit in der  
Höhe von ATS 3,5 Mio zugezählt, wobei zunächst ein  
Sollzinssatz von 8,25% p.a. im Vorhinein jeweils per  
01.01. und 01.07. eines jeden Jahres zur Anrechnung

gelangte. Dieser Kredit war in 30 gleichbleibenden Annuitäten zu ATS 201.245,59 (für Kapital und Zinsen), erstmals am 01.07.1996 und in der Folge jeweils am 01.01. und 01.07. eines jeden Jahres zurückzuzahlen. Der Kreditvertrag enthielt folgende Zinsanpassungsklausel: "Es bleibt jedoch unserem Vorstand unbenommen, den Zinssatz entsprechend der Kapitalmarktlage neu festzulegen."

Am 30.06.1995 erfolgte eine Saldierung des Kontos und eine Umbuchung auf das Konto mit der Subkontonummer 11-00.096.651.

Anlässlich der Kontoglattstellung und Umbuchung wurde die Verzinsung bei den Krediten 1 und 3 von antizipativ auf dekursiv umgestellt, wobei eine Fixzinsvereinbarung getroffen wurde. Ab dem 30.06.1995 wurde keine Zinsanpassung mehr vorgenommen, sondern ein gleichbleibender Zinssatz von 8,75% vorgeschrieben. Allerdings wurden keine neuen Kreditverträge abgeschlossen, vermutlich deshalb, weil man keine neue Vergebührung auslösen wollte. Der Kläger tilgte diese beiden Kredite am 07.03.2000.

Zu Konto Nr. 7-00-096.651 (im Folgenden Kredit 6) erhielt am 15.11.1993 ein Darlehen in Höhe von ATS 475.000,-- zugezählt, das in gleichbleibenden Pauschalraten á ATS 10.000,--, fällig bis zum 01. eines jeden Monats, beginnend mit 02.01.1994, zurückzuzahlen war. Als Ausgangszinssatz wurden 9,5%

Zinsen p.a. vereinbart, die Zinsen wurden kalendervierteljährlich im Nachhinein verrechnet. Die Zinsanpassungsklausel hatte folgenden Inhalt: "Wir sind berechtigt, nach Ablauf von zwei Monaten ab Vertragsschließung den vereinbarten Jahreszinsfuß entsprechend zu erhöhen, wenn sich die Geld- und Kapitalmarktverhältnisse durch Erhöhung der Einlagezinssätze, der Bankrate oder der Mindestreserven oder durch Änderungen der Bestimmungen über die Kreditvergabe oder durch sonstige kredit- oder währungspolitische Maßnahmen ändern."

Dieser Kredit wurde am 31.12.1997 vom Kreditnehmer zur Gänze zurückbezahlt.

Sämtliche Kredite wurden im Zusammenhang mit der Verwaltung der dem Kreditnehmer gehörenden Liegenschaft aufgenommen. In diesem Objekt waren seit 1990 stets mehr als 20 Objekte ständig vermietet. war vor seinem Ableben schwer krank und 1 bis 2 Jahre vor seinem Tod nicht mehr in der Lage, die Hausverwaltung zu kontrollieren und geschäftliche Vorgänge zu erfassen. Anfang des Jahres 2000 begann der Kläger, sich um die geschäftlichen Angelegenheiten zu kümmern. Dabei stellte er fest, dass die klagsgegenständlichen Kreditkonten zum Teil nicht bedient worden waren. Der wurden Unkorrektheiten vorgeworfen, gegen sie wurde Strafanzeige erstattet.

Rechtsanwalt Dr. Eisenseder empfahl dem Kläger, die Buchhaltungsunterlagen dem . . . zur Überprüfung zu übergeben. Anfang des Jahres 2002 erhielt der Steuerberater auch die Kreditunterlagen. Er empfahl dem Kläger, die Kreditkonten vom Verein für Abrechnungskontrolle nachrechnen zu lassen. Das Ergebnis wurde dem Kläger im April 2002 übermittelt.

Der Kläger macht in der am 06.03.2003 beim Erstgericht eingelangten Klage eine Überzahlung aus 6 Kreditkonten von insgesamt EUR 76.804,73 sA geltend, davon EUR 69.061,35 aus den Krediten 1, 3 und 6. Sein Vater habe die Kredite als Privatperson und als Verbraucher iSd KSchG aufgenommen. Die verwendeten Zinsanpassungsklauseln seien iSd § 6 Abs 1 Z 5 aF KSchG unzulässig. Die Beklagte habe sich die Änderung der Zinssätze vorbehalten, ohne zu umschreiben, auf Grund der Änderung welcher präzise beschriebenen Parameter in welchem Ausmaß und Inhalt und in welchem Zeitraums eine Änderung zulässig sei. Die Veränderung der Zinssätze sei für den Kreditnehmer, den Kläger oder dritte Personen nicht nachvollziehbar. Zu Kredit 6 sehe die Klausel sogar nur eine Erhöhung des Zinssatzes vor. Im Sinn einer geltungserhaltenden Reduktion seien die Klauseln so auszulegen, dass als Maßstab für eine Zinsgleitklausel ein Mittelwert aus Sekundärmarktrendite Emittenten gesamt (SMR) und Euribor/Vibor heranzuziehen sei.

Auch bei Annahme eines Unternehmerkredites sei § 6 Abs 1 Z 5 KSchG zur Konkretisierung der Generalklausel

des § 879 Abs 1 und 3 ABGB heranzuziehen, weil die Beklagte dem Kreditnehmer an wirtschaftlicher Macht, Wissen und Erfahrung aus einer Vielzahl von Geschäften klar überlegen gewesen sei. Jedenfalls verstoße die gröblich benachteiligende Zinsanpassungsklausel gegen § 879 Abs 3 ABGB. Selbst bei Annahme der grundsätzlichen Zulässigkeit der Klausel habe die Beklagte ihren iSd § 1056 ABGB eingeräumten Gestaltungsspielraum überschritten, indem sie - entsprechend ihrem Vorbringen - bei der Zinsanpassung willkürlich den nicht vereinbarten Parameter der Höchstzinssätze für Wohnhaussanierungsdarlehen gemäß dem WSG 1984 herangezogen bzw die Zinssätze falsch ermittelt bzw errechnet habe. Sie habe Anpassungen des Zinssatzes nach oben meist sehr rasch und kräftig vorgenommen, während die Anpassungen nach unten entweder gar nicht oder nicht rasch genug oder nicht in ausreichendem Maße erfolgt seien. Der Rückforderungsanspruch nach § 1431 ABGB verjähre nach der allgemeinen Regel des § 1479 ABGB nach 30 Jahren und entstehe dann, wenn in der letzten Phase des Kreditverhältnisses noch Zahlungen geleistet werden, obwohl das Kapital bei richtiger Zinsanpassung und Verrechnung bereits getilgt wäre.

Das Klagebegehren werde nicht nur auf den Titel der Bereicherung, sondern auch auf Schadenersatz gestützt. Das Verschulden der Bank liege in der Verwendung und Ausnützung einer unzulässigen Zinsanpassungsklausel. Der Schadenersatzanspruch sei wegen

kartellrechtswidriger Absprachen ("Lombard-Club"-Kartell) berechtigt. Sämtliche Kreditinstitute des Raiffeisensektors, zu denen auch die Kreditgenossenschaft gezählt habe, hätten sich an den kartellrechtlichen Absprachen orientiert. Im Rahmen dieses Preiskartells sei zwischen den österreichischen Banken abgesprochen worden, die Kreditkunden ganz systematisch mit niedrigen Einstiegszinssätzen anzulocken und in weiterer Folge - durch eine nicht korrekte Anpassung der Zinsen - ihre Marge zu erhöhen. Auf Grund des Schutzgesetzcharakters der Vorschriften des Kartellgesetzes bewirke eine Kartellwidrigkeit zivilrechtlich durchsetzbare Schadenersatzansprüche Dritter. Gegen Organe der Rechtsvorgängerin der Beklagten sei beim Landesgericht für Strafsachen Wien ein Verfahren wegen § 129 KartG anhängig, der als Vorsatzdelikt eine Strafdrohung von bis zu 3 Jahren Freiheitsstrafe vorsehe. Damit komme die 30-jährige Verjährungsfrist des § 1489 Satz 2 ABGB zum Tragen. Die 3-jährige Verjährungsfrist des § 1489 Satz 1 ABGB habe im Fall des Klägers erst mit dem Ergebnis der Kreditüberprüfung im April 2002 begonnen.

Die Beklagte bestreitet zunächst die Konsumenteneigenschaft des Kreditnehmers sowie die Unzulässigkeit der rechtsdogmatisch § 1056 ABGB zuzuordnenden Zinsanpassungsklauseln. Die genannten Parameter seien zwar unbestimmte Begriffe, ließen aber dennoch eine Bindung an objektive Maßstäbe erkennen. Die Beklagte

habe sich bei der Festlegung des jeweiligen Zinssatzes an die Höchstzinssätze für Wohnhaussanierungsdarlehen gemäß dem WSG 1984 gehalten und damit von ihrer Gestaltungsbefugnis iSd § 1056 ABGB nach billigem Ermessen Gebrauch gemacht. Die Kredite seien zur Finanzierung von Investitionen auf Grund eines Mietzinserhöhungsverfahrens gemäß § 7 MG/18 MRG eingeräumt worden, die Angemessenheit des jeweils verrechneten Zinsfußes sei bereits einer gerichtlichen Überprüfung unterzogen worden. Auf Grund der 1995 zu den Krediten 1 und 3 getroffenen Fixzinsvereinbarung seien die rechtlichen Erwägungen des Klägers von vornherein unberechtigt. Die Beklagte treffe kein Verschulden an allfällig zuviel verrechneten Zinsen, weil die Unwirksamkeit einer Zinsanpassung bis zum Vorliegen der jüngst ergangenen OGH-Rechtsprechung nicht erkennbar gewesen sei. Die Rechtsvorgängerin der Beklagten sei nicht Mitglied des Lombard-Clubs gewesen und im Lombard-Fall auch nicht belangt worden. Soweit Ansprüche geltend gemacht werden, die länger als 3 Jahre vor der Klagseinbringung entstanden seien, werde Verjährung eingewendet. Ein allfälliger Anspruch des Kreditnehmers auf Rückerstattung rechtsgrundlos geleisteter Zinsen unterliege auf Grund der Analogie zu § 1480 ABGB der kurzen Verjährungsfrist von 3 Jahren. Bei Schadenersatzansprüchen genüge die Möglichkeit, die Schadenshöhe feststellen zu lassen. Der Geschädigte könne der drohenden Verjährung durch Einbringung einer Feststellungsklage begegnen.

Mit dem angefochtenen Teilurteil wies das Erstgericht ausgehend von dem eingangs zusammengefasst wiedergegebenen, teils als unstrittig angenommenen Sachverhalt das Klagebegehren von EUR 69.061,35 sA ab. In der rechtlichen Beurteilung verneinte es zunächst die Konsumenteneigenschaft des Kreditnehmers und schloss sich der in den Entscheidungen 4 Ob 73/03v, 2 Ob 106/03i vertretenen Auffassung zur Verjährung von bereicherungsrechtlichen Rückforderungsansprüchen in 3 Jahren an. Das Argument des Klägers zum Beginn der 3-jährigen Verjährungsfrist des § 1489 ABGB erst ab der tatsächlichen Überprüfung im Jahr 2002 hielt das Erstgericht mit der Begründung nicht für berechtigt, dass bereits seit dem Inkrafttreten der KSchG-Novelle 1997 die Möglichkeit einer Zinsenrückforderung auf breiter Basis medial diskutiert worden sei. Zum Verstoß gegen § 129 KartG, der bei einer Strafsanktion von bis zu 3 Jahren Freiheitsstrafe die 30-jährige Verjährungsfrist des § 1489 2.Satz ABGB auslöse, erachtete das Erstgericht die pauschalen Behauptungen des Klägers, sämtliche Institute des Raiffeisensektors hätten ihre Geschäftspraktiken an kartellrechtlichen Absprachen orientiert, als zu unbestimmt, um daraus einen auf die strafgesetzwidrige Handlung einer bestimmten Person kausal zurückzuführenden Schaden abzuleiten.

Die Berufung des Klägers bekämpft dieses Teilurteil wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens, unrichtiger Tatsachenfeststellungen und unrichtiger rechtlicher

Beurteilung - einschließlich der Geltendmachung sekundärer Verfahrensmängel - mit dem Abänderungsantrag, dem Klagebegehren stattzugeben, hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagte beantragte, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist teilweise berechtigt.

Die Mängelrüge (ON 15, 75) rügt im Wesentlichen unsubstantiiert die Unterlassung sämtlicher Beweisanträge, nimmt dabei konkret nur auf die Kausalität zwischen Kartellverstoß und Zinsschaden Bezug und verweist im Übrigen auf ihre Ausführungen zu sekundären Feststellungsmängeln (ON 15, 60 f). Ihre Argumentation wird - soweit relevant - bei Erledigung der Rechtsrüge behandelt werden.

Unter dem Berufungsgrund der unrichtigen/unvollständigen Tatsachenfeststellungen bekämpft der Kläger die Feststellungen, dass seit 1997 das Thema Zinsenrückforderung auf breiter Basis medial diskutiert wurde und es dem Kläger spätestens ab diesem Zeitpunkt möglich und auch zumutbar gewesen wäre, seine Kreditverträge auf allfällige Überzahlungen zu überprüfen. Er begehrt unter Hinweis auf die Angaben des Klägers in seiner Parteienvernehmung folgende Feststellung: "Das Thema Zinsenrückforderung wurde nur vereinzelt im Jahr 1997 in den Medien diskutiert. Der Kläger und seine Rechtsvorgänger hatten keine Kenntnis von der medialen Diskussion im Jahr 1997." Die bekämpften Feststellungen

finden sich in den rechtlichen Erwägungen des Erstgerichtes im Zusammenhang mit der Zumutbarkeit der Kenntnis von Schaden und Schädiger, was - mit Ausnahme der Tatsache der medialen Diskussion, die als dislozierte Tatsachenfeststellung zu werten ist, - inhaltlich der rechtlichen Beurteilung zuzuordnen ist. Bei der Beurteilung dieser Frage ist die tatsächliche Kenntnis des Klägers und seines Rechtsvorgängers von medialen Diskussionen nicht relevant, was bei Überprüfung der schadenersatzrechtlichen Ansprüche im Rahmen der Erledigung der Rechtsrüge noch zu erörtern ist. Abgesehen davon bietet die Darstellung des Klägers keine ausreichende Basis für die festzustellende Tatsache, dass das Thema Zinsenrückforderung im Jahr 1997 nur vereinzelt in den Medien diskutiert wurde und der Rechtsvorgänger des Klägers davon keine Kenntnis hatte. Es mag durchaus sein, dass der Kläger auf Grund des von ihm geschilderten beruflichen Aufenthaltes in Deutschland von 1996 bis 2000 die Berichterstattung über unzulässige Zinsklauseln nicht verfolgte (ON 12, 7f). Daraus auf nur vereinzelt gebliebene mediale Diskussionen und das völlig fehlende Problembewusstsein auf Seiten des Kreditnehmers zu schließen, drängt sich nicht zwingend auf.

Nächstes Thema des Berufungsgrundes der unrichtigen/unvollständigen Tatsachenfeststellungen ist die anlässlich der Kontoglattstellung im Jahr 1995 getroffene Fixzinsvereinbarung. Die vorgetragenen Bedenken

gegen die diesbezüglichen Feststellungen des Erstgerichtes vermögen nicht zu überzeugen, vor allem wenn die in den Kreditunterlagen Beil./FF und ./HH dokumentierte Zinsentwicklung bei den Krediten 1 und 3 berücksichtigt wird, die in der Berufung nur unvollständig wiedergegeben wird. Bei Kredit 1 (Beil./FF) betrug der Zinssatz vom Beginn des Kreditverhältnisses bis zum 01.07.1994 9,75%, danach wurde er bis zum 30.06.1995 auf 9,25% abgesenkt, ab der Kontoglattstellung betrug er durchlaufend bis zum 07.03.2000 8,75%. Eine wesentlich häufigere Zinsanpassung zeigt die Zinsentwicklung bei Kredit 3 (Beil./HH): Von 1985 bis 01.07.1989 8,25%, vom 01.07.1989 bis 01.07.1990 8,5%, vom 01.07.1990 bis 01.07.1992 9,5%, vom 01.07.1992 bis 01.01.1994 9,75%, vom 01.01.1994 bis 01.07.1994 10%, vom 01.07.1994 bis 30.06.1995 9,25% und danach durchlaufend bis zur Tilgung am 07.03.2000 8,75%. Dass bei Kredit 1 vor der Kontoglattstellung nur eine einzige Zinsänderung vorgenommen wurde, ist wohl durch die im Vergleich zu Kredit 3 geringere Laufzeit bedingt und schließt entgegen der Berufungsargumentation eine Fixzinsvereinbarung ab 30.06.1995 keinesfalls zwingend aus. Die zeitgleiche Anpassung des Zinssatzes auf 8,75% sowie dessen unveränderte Beibehaltung bis zur Tilgung am 07.03.2000 sprechen für die vom Zeugen

dargelegte Annahme einer Fixzinsvereinbarung (ON 11, 12).

Nicht relevant ist mangels Tilgungswirkung die

bekämpfte Feststellung über die "Kontoglattstellung", zumal nicht feststeht, dass nach der maßgeblichen Ansicht der Parteien die Umbuchung mit einer Tilgungsabrede bezüglich der zu diesem Zeitpunkt aushaftenden Kreditverbindlichkeiten verbunden war und die Höhe der Annuitäten verändert wurde. Die im Zusammenhang mit der Kontoglattstellung festgestellte Umbuchung auf die Subkontonummern (11 und 12) stellt ein eindeutiges Indiz gegen die Annahme dar, der maßgebliche Parteiwille wäre auf eine Tilgung des auf dem alten Konto aushaftenden Kreditsaldos verbunden mit der Begründung zweier neuer Kreditverhältnisse und der Festsetzung einer neuen Pauschalrate gerichtet gewesen. Dass keine neuen Kreditverträge abgeschlossen wurden, hat das Erstgericht ohnehin festgestellt.

Ausgehend vom festgestellten Sachverhalt ist die Rechtsrüge teilweise berechtigt.

*Zu Beginn und Dauer der Verjährungsfrist nach Bereicherungsrecht:*

Nach der neueren zu RIS-Justiz RS0117773 dokumentierten Judikatur des OGH verjährt der Anspruch des Kreditschuldners auf Rückzahlung zuviel gezahlter Zinsen nach 3 Jahren. Die Frage des Beginns der Verjährungsfrist wurde nach Ansicht des Berufungsgerichtes in der viel zitierten Entscheidung 4 Ob 73/03v nicht eindeutig beantwortet, weshalb sie - im Hinblick auf den Zeitraum zwischen Tilgung am 07.03.2000 bei den Krediten 1 und 3 und der Klagseinbringung -

zweckmäßigerweise zunächst erörtert wird.

Dem Kreditnehmer wurden 3 Kredite rückzahlbar in monatlichen Pauschalraten (Kapital und Zinsen) gewährt. Derartige Annuitäten sind gleichbleibende Leistungen zur Verzinsung und Tilgung des Kapitals, bei denen sich Zinsbetrag und Kapitalabstattung immer auf denselben Betrag ergänzen, sodass bei fortschreitender Tilgung der in den einzelnen Annuitäten enthaltene Zinsbetrag ständig fällt, während die in der Annuität enthaltene Tilgungsrate wächst (8 Ob 244/98k mwN; Mader in Schwimann ABGB<sup>2</sup> § 1480 Rz 9). Die mit der Leistung einer einzelnen Rate einhergehende Zahlungswidmung ist dahin zu verstehen, dass mit jeder Rate in erster Linie die ausstehenden Zinsen bezahlt werden sollen und erst mit dem verbleibenden Restbetrag das Kapital getilgt werden soll. Eine vorgenommene Änderung des Zinssatzes hat nur Auswirkungen auf die Laufzeit des Kredites, eine Senkung verkürzt ihn, eine Anhebung verlängert ihn. Die Tilgungsabrede führt dazu, dass im Fall eines unzulässigerweise zu hoch berechneten Zinsenanteiles der Bankkunde nicht teilweise rechtsgrundlos leistet; vielmehr ist der Betrag, der über den tatsächlich geschuldeten Zinsbetrag hinausgeht, vollständig der Kapitaltilgung gewidmet. Eine Bereicherung der Bank tritt somit erst ein, wenn der Kunde Leistungen erbringt, obwohl seine Verbindlichkeit bei korrekter Verrechnung bereits getilgt wäre, also erst gegen Ende der Laufzeit in der "Überzahlungsphase" (Leitner: Wann

beginnt die Verjährungsfrist des Rückforderungsanspruches wegen überhöhter Zinsenzahlungen? in ecolex 2004, 262 ff; G.Graf: Rechtswidrige Zinsanpassungsklauseln und Verjährungsrecht in ecolex 2003, 648).

Der Beginn der Verjährung eines Anspruches setzt grundsätzlich das Entstehen des Anspruches und die zumindest objektive Möglichkeit zur gerichtlichen Geltendmachung voraus (M.Bydlinski in Rummel<sup>3</sup> § 1478 ABGB Rz 2 mwN). Die Kredite wurden am 07.03.2000 bzw 31.12.1997 zur Gänze zurückbezahlt. Nach dem Klagsvorbringen (ON 1, 24 u 32f) wurden die Kredite 1 und 3 vorzeitig getilgt, wobei die Zahlung am 07.03.2000 die Deckung des aushaftenden Kapitals umfasste. Damit wurde die Forderung der Bank auf Rückforderung des zu diesem Zeitpunkt nach ihrer Berechnung noch aushaftenden Kapitals vollständig getilgt. Eine Bereicherung der Bank wegen der Verrechnung überhöhter Zinsen tritt erst bei vollständiger Tilgung ein, weshalb die Verjährung von bereicherungsrechtlichen Ansprüchen nicht vor diesem Zeitpunkt begonnen hätte. Hat die Kreditgeberin dem Kreditnehmer tatsächlich überhöhte Zinsen verrechnet, stellt sich die Verjährungsproblematik auch bei Annahme einer 3-jährigen Verjährungsfrist nur bei Kredit 6, der am 31.12.1997 zurückgezahlt wurde.

Eine Bereicherung scheidet auch nicht an der festgestellten Fixzinsvereinbarung ab 1995. Der Fixzinssatz wurde von dem am 30.06.1995 aushaftenden Saldo (Kapital und Zinsen) berechnet. War die

Bemessungsgrundlage zu diesem Zeitpunkt wegen der Verrechnung überhöhter Zinsen zu hoch, hatte dies zur Folge, dass sich der Tilgungszeitraum auch bei gleichbleibendem Zinssatz zu Lasten des Kreditnehmers verlängerte. Die Umbuchung des jeweiligen Kreditsaldos bei Kredit 1 und 3 auf andere Subkonten konnte mangels Tilgungsabrede als rein buchhalterische Maßnahme die Rechtslage nicht verändern (vgl. Reischauer in Rummel<sup>3</sup> § 1413 ABGB Rz 7) und stellte daher keine Novation durch Begründung einer neuen Kreditverbindlichkeit dar.

Diese zum Verjährungsbeginn der Argumentation von Leitner und G.Graf folgende Auffassung führt zu einem Ausgleich der Interessen zwischen Bank und Darlehens-/Kreditnehmer. Das Verjährungsrecht stellte beim Interessenausgleich zwischen Gläubiger und Schuldner zwar nicht auf die Kenntnis des Gläubigers von seinem Anspruch im Einzelfall ab, sehr wohl aber auf die typischerweise gegebene Möglichkeit zur Klagshebung (Beclin: Zur Verjährung bei Rückforderung ungerechtfertigt hoher Kreditzinsen in *ecolex* 2002, 15 ff). Der Bankkunde, der bei Pauschalraten ja nicht weiß, welcher Anteil auf Kapital und welcher auf Zinsen entfällt, läuft dadurch nicht Gefahr, jedenfalls Opfer einer nicht nachvollziehbaren Abrechnung zu werden, indem er Rückforderungsansprüche bereits 3 Jahre nach Leistung der jeweiligen Pauschalrate verliert. Ihm steht nach Tilgung des Kapitals noch 3 Jahre lang die Möglichkeit zur Überprüfung der Berechtigung der in

Rechnung gestellten Zinsen und der klagsweisen Geltendmachung seiner bereicherungsrechtlichen Rückforderungsansprüche zu. Für die Bank stellt im Gegensatz dazu die 3-jährige Verjährungsfrist berechnet ab Tilgung gegen Ende der Laufzeit auch bei längerfristigen Darlehen, die sogar im Bereich der Wohnbaufinanzierung typischerweise eine ca 20-jährige Laufzeit selten überschreiten, ebenfalls einen Vorteil im Vergleich zu der 30-jährigen Verjährungsfrist beginnend mit jeder Annuität dar.

Das Berufungsgericht sieht sich daher trotz der vielfach geäußerten Kritik an der Entscheidung 4 Ob 73/03v (G.Graf: Rechtswidrige Zinsanpassungsklauseln und Verjährungsrecht in ecolex 2003, 648 f; Beclin: Nochmals zur Verjährung der Rückerstattung von Kreditzinsen in ecolex 2003, 653 f; Wilhelm: Gesetzeslücken wohin man schaut in ecolex 2003, 645 f) nicht veranlasst, von der Auffassung des Obersten Gerichtshofes zur 3-jährigen Verjährungsfrist abzugehen.

Soweit sich die Berufung unter Hinweis auf die Entscheidung des EuGH vom 21.11.2002, Codifis SA gegen Jean-Louis Fredout, Rs C-473/00, Slg 2002 S I-10875 auf eine Unvereinbarkeit der kurzen Verjährungsfrist mit dem Gemeinschaftsrecht stützt, ist ihr Folgendes zu entgegen:

Die zitierte Entscheidung bezog sich auf die Auslegung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 05.04.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl.L 95, S 29), nach deren Art 7 Abs 1

die Mitgliedsstaaten dafür zu sorgen haben, dass im Interesse der Verbraucher und der gewerbetreibenden Wettbewerber angemessene und wirksame Mittel vorhanden sind, damit der Verwendung missbräuchlicher Klauseln durch einen Gewerbetreibenden in dem Vertrag, die er mit Verbrauchern schließt, ein Ende gesetzt wird. Art 6 Abs 1 der RL bestimmt: Die Mitgliedsstaaten sehen vor, dass missbräuchliche Klauseln in Verträgen, die ein Gewerbetreibender mit einem Verbraucher geschlossen hat, für den Verbraucher unverbindlich sind, und legen die Bedingungen hierfür in ihren innerstaatlichen Rechtsvorschriften fest; sie sehen ferner vor, dass der Vertrag für beide Parteien auf derselben Grundlage bindend bleibt, wenn er ohne die missbräuchlichen Klauseln bestehen kann. Die RL bezieht sich daher ausschließlich auf missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen. Der EuGH hatte in der zitierten Rechtsache zu beurteilen, ob die in Art L 311-37 Abs 1 des französischen Verbraucherschutzgesetzbuches geregelte 2-jährige Ausschlussfrist zur Geltendmachung der Missbräuchlichkeit von Klauseln in einem Verfahren einer kreditgewährenden Bank gegen den Verbraucher dem Gemeinschaftsrecht entspricht. Nach der Entscheidung des EuGH erstreckt sich der den Verbrauchern durch die Richtlinie gewährte Schutz auf alle Fälle, in denen sich der Verbraucher, der mit einem Gewerbetreibenden einen Vertrag geschlossen hat, der eine missbräuchliche Klausel enthält, nicht auf die Missbräuchlichkeiten

dieser Klauseln beruft, weil er entweder seine Rechte nicht kennt oder durch Kosten, die eine Klage vor Gericht verursachen würde, von der Geltendmachung seiner Rechte abgeschreckt wird (RN 34). Daher ist in von Gewerbetreibenden gegen Verbraucher angestregten Verfahren, die auf die Durchsetzung missbräuchlicher Klauseln gerichtet sind, die Festlegung einer zeitlichen Begrenzung für die Befugnis des Gerichts, solche Klauseln von Amts wegen oder auf eine vom Verbraucher erhobene Einrede hin unberücksichtigt zu lassen, geeignet, die Effektivität des von den Art 6 und 7 der Richtlinie gewollten Schutzes zu beeinträchtigen. Die Gewerbetreibenden brauchten nämlich, um dem Verbraucher diesen Schutz zu nehmen, nur den Ablauf der vom nationalen Gesetzgeber festgelegten Frist abzuwarten, um sodann Klage zur Durchsetzung der weiter in ihren Verträgen verwendeten missbräuchlichen Klauseln zu erheben (RN 35). Daher ist eine Verfahrensbestimmung, die es dem nationalen Gericht nach Ablauf einer Ausschlussfrist verwehrt, von Amts wegen oder auf eine von einem Verbraucher erhobene Einrede hin die Missbräuchlichkeit einer Klausel festzustellen, zu deren Durchsetzung der Gewerbetreibende Klage erhoben hat, geeignet, in Rechtsstreitigkeiten, in denen der Verbraucher Beklagter ist, die Gewährung des Schutzes, dem die Richtlinie dem Verbraucher zukommen lassen will, übermäßig zu erschweren (RN 36).

Für den österreichischen Rechtsbereich ist

unstrittig, dass die Anfechtung einer missbräuchlichen Vertragsklausel der 30-jährigen Verjährungsfrist unterliegt. Der EuGH stellt in seiner Beurteilung der Gemeinschaftswidrigkeit einer derartigen Präklusivfrist darauf ab, ob der dadurch bedingte Ausschluss einer Einrede in Rechtsstreitigkeiten des Gewerbetreibenden gegen den Verbraucher geeignet ist, den dem Verbraucher durch die Richtlinie gewährten Schutz übermäßig zu erschweren (RN 36), was jeweils im Einzelfall zu überprüfen ist (RN 37). Die Annahme einer 3-jährigen, mit Tilgungszeitpunkt beginnenden Verjährungsfrist zur Geltendmachung von Rückforderungsansprüchen wegen überhöhter Zinsen stellt keine übermäßige Erschwerung des Verbraucherschutzes im Sinn der zitierten Entscheidung dar.

*Zur kurzen Verjährungsfrist des Schadenersatzanspruches:*

Bereicherung und Schadenersatz schließen einander nicht aus; die schuldhafte Verwendung einer missbräuchlichen Klausel kann daher grundsätzlich Schadenersatzansprüche des Bankkunden auslösen, wie auch die Beklagte in ihrer Berufungsbeantwortung zugesteht. Gemäß § 1489 Satz 1 ABGB verjähren Schadenersatzansprüche nach 3 Jahren ab Kenntnis von Schaden und Schädiger. Strittig ist, ob die Rechtsanalogie zu den §§ 27 Abs 3 MRG und § 5 Abs 4 KlGG (4 Ob 73/03v) dazu führt, dass für eine gesonderte Verjährung von Schadenersatzansprüchen iSd § 1489 ABGB kein Raum mehr bleibt,

wie die Beklagte im Gegensatz zur Argumentation der Klägerin meint. Vonkilch (nochmals: Zur Verjährung von Rückforderungsansprüchen bei überhöhter Entgeltleistung in Langzeitverträgen in WoBl 2004, 115 f) gesteht zwar die Konkurrenz von schadenersatzrechtlichen und bereicherungsrechtlichen Rückforderungsansprüchen zu, plädiert aber unter Hinweis auf die Materialien zu § 5 Abs 4 KlGG dafür, dass die 3-jährige Verjährungsfrist des § 1489 ABGB nicht ab Kenntnis von Schaden und Schädiger zu laufen beginnt, sondern analog zu jener Verjährungsfrist, die für bereicherungsrechtliche Rückforderungsansprüche vom Gesetzgeber explizit statuiert wurde. Auch wenn sich die Frage stellt, ob die "Verdrängung" der Spezialnorm des § 1489 Satz 1 ABGB, die das subjektive Element der Kenntnis des Geschädigten einbezieht, während bei der Verjährung von bereicherungsrechtlichen Ansprüchen auf die objektive Tatsache der Bereicherung abgestellt wird, das Instrument der Analogie nicht überstrapaziert, kann diese Problematik hier unerörtert bleiben. Der Ablauf der 3-jährigen Frist des § 1489 Satz 1 ABGB ist nur bei dem am 31.12.1997 zurückgezahlten Kredit 6 relevant. Sie beginnt mit dem Zeitpunkt zu laufen, in dem der Ersatzberechtigte sowohl den Schaden als auch den Ersatzpflichtigen so weit kennt, dass eine Klage mit Aussicht auf Erfolg erhoben werden kann (M.Bydlinski in Rummel<sup>3</sup> § 1489 ABGB Rz 3). Beim Annuitätendarlehen tritt der Schaden wegen rechtswidriger Erhöhung des Zinssatzes -

ebenso wie die Bereicherung - erst mit der Überzahlung zum Tilgungszeitpunkt ein (G.Graf ao). Bei rechtswidriger Zinserhöhung steht die Person des Schädigers = der Bank als Vertragspartner fest, fraglich ist nur die Kenntnis des Geschädigten, dass ihm auf Grund eines rechtswidrigen und schuldhaften Verhaltens der Bank ein Schaden entstanden ist. Wenn der Geschädigte die für die erfolgversprechende Anspruchsverfolgung notwendigen Voraussetzungen ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung bringen kann, gilt die Kenntnisnahme schon als in dem Zeitpunkt erlangt, in welchem sie ihm bei angemessener Erkundigung zuteil geworden wäre. Dabei ist auf die Umstände des konkreten Falles abzustellen. Die Erkundigungspflicht des Geschädigten darf nicht überspannt werden (RIS-Justiz RS0034327). Sie ist aber nicht in jedem Fall zu verneinen (vgl RIS-Justiz RS0034686 [T 12]).

Auf Grund der disloziert festgestellten medialen Diskussion auf breiter Basis, zu Unrecht bezahlte Zinsen zurückzufordern, wäre es einem verständigen Kreditnehmer in der Lage des Rechtsvorgängers des Klägers möglich und zumutbar gewesen, sich innerhalb einer angemessenen Frist nach dem Rückzahlungszeitpunkt 31.12.1997 zu erkundigen, ob auch bei seinem Kreditvertrag eine Zinsanpassungsklausel zu seinen Lasten ausgenutzt wurde und nach dem Ergebnis dieser Überprüfung innerhalb von drei Jahren die auf Schadenersatz gestützte Klage einzubringen. Daran ändert auch die

festgestellte Krankheit des Kreditnehmers nichts, zumal sie ihn nach den Feststellungen offenbar nur 1 bis 2 Jahre vor dem Todeszeitpunkt mit 06.02.2000 daran hinderte, seine Geschäftsinteressen im Zusammenhang mit der Vermietung der ... wahrzunehmen. Auf Grund des zwischen dem 31.12.1997 und der Klagseinbringung mit 06.03.2003 verstrichenen Zeitraumes ist ein allfälliger Schadenersatzanspruch nach § 1489 Satz 1 ABGB verjährt.

Zu dem Verstoß gegen Kartellrecht und der 30-jährigen Verjährungsfrist des § 1489 Satz 2 ABGB:

Der Kläger beruft sich dazu auf die Bestimmung des (mittlerweile aufgehobenen) § 129 KartG, der eine Strafsanktion bis zu 3 Jahren Freiheitsstrafe vorsieht und leitet daraus die 30-jährige Verjährungsfrist des § 1489 Satz 2 ABGB ab. Die Beklagte sei an einem österreichweiten rechtswidrigen Konditionenkartell ("Lombard-Club") beteiligt gewesen; gegen Organe bzw. ehemalige Organe ... und der ... (Rechtsvorgänger der Beklagten) sei wegen § 129 KartG in diesem Zusammenhang ein Strafverfahren anhängig.

Ein derartiger Schadenersatzanspruch des Bankkunden, der einen reinen Vermögensschaden geltend macht, setzt jedenfalls voraus, dass die kartellrechtlichen Vorschriften Schutzgesetze darstellen, die auch dem Schutz des einzelnen Kreditnehmers dienen. Der EuGH hat

sich in der Entscheidung vom 20.09.2001, Courage Ltd. gegen Crehan, RSC 453/99 mit der Frage beschäftigt, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Verstoß gegen EG-Kartellrecht Schadenersatzansprüche auslöst. Zwischen einer Brauerei und einem Schankwirt war ein Rechtsstreit wegen nicht bezahlter Bierlieferungen anhängig. Der Schankwirt wendete gegen das Zahlungsbegehren der Brauerei die Nichtigkeit der Bezugsverpflichtung gemäß Art 85 EG ein und forderte Schadenersatz, obwohl das nationale englische Recht bei einem rechtswidrigen Vertrag Schadenersatzansprüche der Vertragspartner ausschließt. Nach den Ausführungen des EuGH wäre die praktische Wirksamkeit des Art 81 EGV (Art 85 EG) beeinträchtigt, wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch einen wettbewerbsbeschränkenden Vertrag oder durch entsprechendes Verhalten entstanden ist (RN 26 f). Die nicht einhellig beantwortete Frage des Individualschutzes eines Letztverbrauchers (dafür: Stillfried-Stockenhuber: Schadenersatz bei Verstoß gegen das Kartellverbot des Art 85 EG-V in WBl 1995, 301; Wilhelm: Lombard-Club - Schadenersatz bei Kartellverstoß in ecolex 2002, 557; vgl 4 Ob 53/98t zur Aktivlegitimation einer Konsumentin bei Schadenersatzansprüchen nach UWG, dagegen: Gehmacher-Hauck-Madl: Schadenersatz bei Kartellverstoß - zur Lombard-Club Entscheidung der Kommission in ecolex 2002, 564 f; Eilmansberger: Schadenersatz wegen Kartellverstoßes zum EuGH-Urteil Courage-Crehan in

ecolex 2002, 28 f) muss hier nicht geklärt werden. Die Kommissionsentscheidung im Lombard-Fall ist für sich alleine keine taugliche Grundlage für einen Schadenersatzanspruch, weil das Verfahren vor der Kommission ein vom Inquisitionsgrundsatz beherrschtes Verwaltungsverfahren ist. Der Kläger, der von einem österreichischen Zivilgericht Schadenersatz geltend machen will, muss den maßgeblichen Sachverhalt durch eigene Beweismittel unmittelbar unter Beweis stellen; die Vorlage der Entscheidung und der Hinweis auf den Kommissionsakt genügt nicht; den Kläger trifft die volle Beweislast für Schadenseintritt und Kausalität (Gehmacher-Hauck-Madl aaO). Der bloße Verweis auf ein wegen § 129 KartG gegen namentlich nicht genannte (ehemalige) Organe von Rechtsvorgängern der Beklagten eingeleitetes Strafverfahren ist als Behauptung nicht ausreichend substantiiert, um daraus ableiten zu können, dass der Zinsschaden durch ein strafgesetzwidriges Verhalten verursacht wurde und damit die 30-jährige Verjährungsfrist zur Anwendung kommt. Berufet sich der Geschädigte auf die 30-jährige Verjährungsfrist bei strafbaren Handlungen, hat er - außer bei einer strafgerichtlichen Verurteilung, die nicht einmal der Kläger behauptet - die Voraussetzungen der längeren Verjährungsfrist zu behaupten und zu beweisen, was die subjektiven Voraussetzungen der Strafbarkeit einschließt (M.Bydlinski in Rummel<sup>3</sup> § 1489 Rz 5). Mangels konkreter Behauptungen des Klägers zu den Tatbestandsvoraussetzungen des § 129

KartG als Ursache für den Zinsschaden begründet auch die unterlassene Beischaffung der Kartellakte der EU-Kommission und des Strafaktes des Landesgerichtes für Strafsachen Wien keinen Verfahrensmangel. Dasselbe gilt für die Einholung eines Gutachtens eines Sachverständigen aus dem Bankwesen zum Beweis dafür, dass der Kartellverstoß Schäden in Höhe der Differenz zwischen marktkonformen Zinsen (nämlich auf Basis SMR/VIBOR ...) und den tatsächlich verrechneten Zinsen verursachte, wobei dieser Beweisantrag wohl die Höhe des Zinsschadens betrifft. Abgesehen davon gilt für die Schadenshaftung einer juristischen Person für behauptete Verbrechen ihrer Organe nach der Judikatur die 30-jährige Verjährungsfrist nicht (Mader in Schwimann ABGB<sup>2</sup> § 1489 Rz 24).

Zur Konsumenteneigenschaft des Kreditnehmers und analogen Anwendung des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG:

Die Beweislast dafür, dass die im Zusammenhang mit der Vermietung der Liegenschaft aufgenommenen Darlehen/Kredite Privatgeschäfte darstellen, trifft den Kläger (RIS-Justiz RS0065394). Die Berufung vermisst Feststellungen, dass der Kläger und sein Vater jeweils eine Wohnung im Haus bewohnten. Damit übersieht er die unbekämpft gebliebenen Feststellungen über die ständige Vermietung von mehr als 20 Objekten in dieser Liegenschaft. Darüber hinaus ergibt sich aus dem unstrittigen Text des Kreditvertrages (Beil./A) die Fremdverwaltung des Hauses, nachdem der Kreditnehmer

die Auszahlung der Kreditvaluta an die Hausverwaltung beantragte. Damit sind die in der Judikatur angenommenen Kriterien für die Unternehmereigenschaft eines Vermieters (mehr als 5 vermietete Objekte, Einschaltung einer Hausverwaltung) verwirklicht (RIS-Justiz RS0065317), woran auch die Benutzung zweier Wohnungen in diesem Haus durch den Kläger und seinen Rechtsvorgänger nichts ändert.

Nach der Judikatur kommt es bei der Anwendung der Vorschriften des 1. Abschnittes des KSchG nicht auf die tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten im Einzelfall an, weshalb es unzulässig ist, in analoger Anwendung des § 1 KSchG ein Geschäft schlechthin dem 1. Abschnitt des KSchG zu unterstellen, weil zwischen den Parteien ein erhebliches Ungleichgewicht besteht (RIS-Justiz RS0065327). Dem gegenüber strebt die Berufung unter Hinweis auf Krejci in Rummel<sup>3</sup> § 6 KSchG Rz 2 und § 879 ABGB Rz 244 eine analoge Anwendung des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG an, weil die Beklagte dem Kläger (gemeint dem Kreditnehmer) an wirtschaftlicher Macht, Wissen und Erfahrung aus einer Vielzahl von Geschäften klar überlegen sei. Richtig ist, dass die Meinung vertreten wird, der Katalog des § 6 Abs 1 KSchG diene als Orientierungsmaßstab für die Sittenwidrigkeit auch bei Unternehmergeeschäften (Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer, KSchG § 879 Abs 3 ABGB Rz 33; vgl Koziol in Avancini/Iro/Koziol Österreichisches Bankvertragsrecht 1/155 und Canaris: Das Informations- und das

Inhaltsschrankmodell beim Konsumentenkredit in ÖBA 1990, 895); trotzdem warnt auch Krejci (aaO § 879 Rz 244) vor einer undifferenzierten Übernahme aller Regeln über das Verbrauchergeschäft, weil eine völlige Gleichschaltung dem System des KSchG widerspricht und die Unterlegenheit des Verbrauchers als besonders schutzwürdiger Vertragspartner noch gravierender empfunden wird als die eines Unternehmens, der sich den AGB seines Vertragspartners unterwirft. Ein großzügiger Beurteilungsmaßstab im Verhältnis zwischen Kaufleuten wird auch in der deutschen Literatur zu der vergleichbaren Generalklausel des § 307 Abs 1 Satz 1 BGB über die unangemessene Benachteiligung durch ABGB bejaht. Dabei kommt es nicht darauf an, ob im Einzelfall nach der Stellung der typischerweise beteiligten Vertragsparteien ein mehr oder weniger großes Gefälle an wirtschaftlicher Macht besteht. Besonderheiten des Geschäftsverkehrs zwischen Unternehmen können zur Beurteilung führen, dass AGB-Klauseln angemessen sind, die im Verkehr mit Verbrauchern zu beanstanden wären (Basedow in Münchner Kommentar<sup>4</sup> § 307 BGB Rz 71).

Eine aus § 6 Abs 1 Z 5 KSchG abgeleitete Unzulässigkeit der Zinsanpassungsklauseln kommt daher nicht in Betracht, die Beurteilung hat sich auf die Sittenwidrigkeit nach § 879 ABGB zu beschränken.

Zur Sittenwidrigkeit der Zinsanpassungsklausel nach § 879 ABGB:

Gemäß § 879 Abs 3 ABGB ist eine in allgemeinen

Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt. Nach Lehre und Rechtsprechung ist die Abgrenzung der Haupt- von den Neben-(Leistungs-)pflichten so zu ziehen, dass die Ausnahmen dieser Gesetzesbestimmung möglichst eng verstanden werden. Mit der Ausnahme soll nur die individuelle, zahlenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistungen erfasst werden, nicht aber etwa Bestimmungen, welche die Preisberechnung in allgemeiner Form regeln oder die vertragstypische Leistung generell näher umschreiben (4 Ob 112/04f mwN). In diesem Sinn unterliegen die beanstandeten Zinsanpassungsklauseln der Inhaltskontrolle der zitierten Bestimmung.

Der Wunsch der Bank nach einer Erhöhung der Zinsen bei steigenden Refinanzierungskosten ist durchaus legitim; auch unter rechtlichen Aspekten ist gegen eine solche Zinsfestsetzungsbefugnis der Bank nichts einzuwenden, solange sie sich an den bestehenden Markt- und Kostenverhältnissen orientiert (Iro in RdW 1985, 266). Nach der Judikatur handelt es sich - bei Unternehmerkrediten - um eine zulässige, ausreichend bestimmte Wertsicherungsklausel, wenn sich der Kreditgeber eine Erhöhung des Zinssatzes bei einer Änderung der Geldmarktverhältnisse vorbehält; die Vereinbarung ist dahingehend zu verstehen, dass der Kreditgeber

berechtigt sein soll, den zu verrechnenden Zinssatz entsprechend der allgemeinen Geldmarktsituation den jeweils für derartige Kredite in Österreich verlangten üblichen Sätzen anzupassen. Diese iSd § 1056 ABGB der Bank zustehende Anpassung unterliegt aber der Inhaltskontrolle durch die Gerichte dahin, ob der Gestaltungsberechtigte die ihm schon durch den Vertrag selbst gesetzten Grenzen überschritten hat oder das Ergebnis offenbar unbillig ist (SZ 55/44; ÖBA 1987, 834 mwN).

Der zu 4 Ob 73/03v entschiedene Fall betraf einen Konsumentenkredit, weshalb die dort dargelegten Kriterien zur Unwirksamkeit einer - den verwendeten Klauseln bei Kredit 1 und 3 im Wesentlichen entsprechenden - Zinsanpassungsklausel auf den hier vorliegenden Unternehmerkredit nicht zu übertragen sind. Somit ist im Sinn des Vorbringens des Klägers zu überprüfen, ob die Beklagte bei ihren Zinsänderungen das ihr eingeräumte Ermessen in unbilligem Ausmaß überschritten hat, indem sie den verrechneten Zinssatz nicht den jeweils für derartige Kredite in Österreich verlangten üblichen Sätzen anpasste. Dabei wird auch das Vorbringen der Beklagten zu berücksichtigen sein, sie habe sich entsprechend dem Zweck der aufgenommenen Darlehen/Kredite an den Zinssätzen iSd Bestimmungen des BBFG orientiert. Zweckmäßigerweise wird das Erstgericht zur Beurteilung der noch offenen Fragen einen Sachverständigen aus dem Fachgebiet des Bankwesens beizuziehen haben. Der aus einer Überzahlung bei Kredit 6

abgeleitete Rückforderungsanspruch ist verjährt, weshalb das Teilurteil des Erstgerichtes in diesem Umfang bestätigt wurde.

Nachdem die Weiterungen des Verfahrens noch nicht abzusehen sind, wurde bezüglich der Kredite 1 und 3 eine Beweisergänzung durch das Berufungsgericht nicht in Betracht gezogen (§ 496 Abs 3 ZPO).

Der Kostenvorbehalt gründet sich jeweils auf § 52 ZPO.

Sämtliche Kredite wurden zwar im Zusammenhang mit der Verwaltung der dem Kreditnehmer gehörenden Liegenschaft aufgenommen. Der Rückforderungsanspruch wird aber aus 3 Kreditverträgen mit unterschiedlichen Zinsanpassungsklauseln abgeleitet. Es liegt weder ein rechtlicher noch ein tatsächlicher Zusammenhang iSd § 55 Abs 1 Z 1 JN vor, weil es sich nicht um Ansprüche aus einem einheitlichen Rechtsgeschäft handelt und ein einheitlicher Klagssachverhalt, der eine idente Beurteilung der einzelnen Rückforderungsansprüche ermöglicht, zu verneinen ist (vgl Gitschthaler in Fasching Komm<sup>2</sup> § 55 JN Rz 15 f). Die Revision gegen das Teilurteil über EUR 1.763,85 ist daher jedenfalls unzulässig.

Soweit überblickbar besteht keine gesicherte Judikatur des OGH zum Beginn der Verjährungsfrist eines bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruches eines Kreditnehmers. Die Voraussetzungen des § 519 Abs 1 Z 2, Abs 2 ZPO lagen vor, weshalb der Revisionsrekurs

zugelassen wurde.

Oberlandesgericht Wien  
1016 Wien, Schmerlingplatz 11  
Abt.4, am 17.Dezember 2004

**Dr. Manfred Tessarek**  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
der Leiter der Geschäftsabteilung:

*Manfred Tessarek*

