



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

3 R 17/21y

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten Mag. Iby als Vorsitzenden, den Richter Mag. Guggenbichler und die Richterin Mag.^a Nigl, LL.M., in der Rechtssache der klagenden Partei **Ver-**
ein für Konsumenteninformation, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch die Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, wider die beklagte Partei **HYPO-**
BANK Burgenland AG, Neusiedler Straße 33, 7000 Eisenstadt, vertreten durch die Eisenberger & Herzog Rechtsanwalts GmbH in Graz, wegen Unterlassung (Streitwert: EUR 30.500,-) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert: EUR 5.500,-), über die Berufung der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes Eisenstadt als Handelsgesicht vom 14.1.2021, 22 Cg 8/20p-12, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **Folge** gegeben.

Das angefochtene Urteil wird abgeändert, sodass es lautet:

„1. Das Klagehauptbegehren, die beklagte Partei sei schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt, und/oder in hierbei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klausel:

„Alle einmaligen Kosten/Entgelte sind laufzeitunabhängig und werden bei vorzeitiger Rückzahlung nicht rückerstattet.“

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

2. Die beklagte Partei ist schuldig (1.Eventualbegehren), im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Hypothekar- und Immobilienkreditverträgen zugrundelegt, und/oder in hierbei verwendeten Vertragsformblättern binnen einem Monat die Verwendung der Klausel:

„Alle einmaligen Kosten/Entgelte sind laufzeitunabhängig und werden bei vorzeitiger Rückzahlung nicht rückerstattet.“

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie ist ferner schuldig, es binnen einem Monat zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannte Klausel oder sinngleiche Klauseln zu berufen.

3. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen-Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe, auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.

4. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 6.841,48 (darin EUR 897,08 USt und EUR

1.459,- Barauslagen) bestimmten Prozesskosten binnen vierzehn Tagen zu ersetzen."

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 5.197,12 (darin EUR 508,52 USt und EUR 2.146,-- Barauslagen) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen vierzehn Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt EUR 30.000,-.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Der Kläger ist ein klageberechtigter Verein im Sinne des § 29 KSchG.

Die Beklagte betreibt das Bankgeschäft und bietet ihre Leistungen bundesweit an mit Schwerpunkt auf das Bundesland Burgenland. Sie tritt in ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit diesen Verträge.

Sie verwendete bis März 2020 im geschäftlichen Verkehr in ihren allgemeinen Informationen iSd § 7 HIKrG

**„Allgemeine Informationen über Hypothekar- und Immobilienkreditverträge
Vorvertragliche Informationen zur Kreditwürdigkeitsprüfung
Informationen zu Beratungsleistungen
für Verbraucher“**

folgende Klausel:

Alle einmaligen Kosten/Entgelte sind laufzeitunabhängig und werden bei vorzeitiger Rückzahlung nicht rückerstattet.

Diese Klausel war auf die von Verbrauchern mit der Beklagten abgeschlossenen Kreditverträge anwendbar. Die Beklagte nahm in der Praxis keine anteilige Rückzahlung von Entgelten, die in Einmalbeträgen bestanden, bei vorzeitiger Rückzahlung durch Verbraucher als Kreditnehmer vor.

Der Aufforderung des Klägers, eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung iSd § 28 Abs 2 KSchG bis spä-

testens 17.3.2020 abzugeben, kam die Beklagte innerhalb dieser Frist nicht nach. Sie teilte dem Kläger mit Schreiben vom 17.3.2020 mit, dass die gegenständliche Klausel den nationalen gesetzlichen Vorgaben, konkret § 20 HIKrG, entspreche.

Der **Kläger** strebt mit seinem Unterlassungsbegehren an, der Beklagten im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern die Verwendung dieser Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und/oder Vertragsformblättern, die sie von ihr geschlossenen Verträgen (in eventu von ihr geschlossenen Hypothekar- und Immobilienkreditverträgen) zugrundelegt, zu verbieten sowie ihr zu verbieten, sich darauf zu berufen. In einem weiteren Eventualbegehren strebt der Kläger an, die Beklagte zu verpflichten, es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen, im Zusammenhang mit Verbrauchercreditverhältnissen laufzeitunabhängige Kreditkosten, die zu den Gesamtkosten des Kredites gemäß § 2 Abs 9 HIKrG gehören, bei vorzeitiger Kreditrückzahlung des Verbrauchers nicht anteilig zurückzuerstatten, oder sinngleiche Praktiken anzuwenden. Zusammengefasst brachte der Kläger dazu vor, Artikel 25 Abs 1 Wohnimmobilienkredit-Richtlinie (2014/17/EU - idF: WIKrRL) besage, dass der Verbraucher bei vorzeitiger Rückzahlung das Recht auf Ermäßigung der Gesamtkosten des Kredites habe, die sich nach den Zinsen und den Kosten für die verbleibende Laufzeit des Vertrages richte. Der EuGH habe zu Artikel 16 Abs 1 Verbrauchercredite-Richtlinie (2008/48/EG - idF: VKrRL) in der Entscheidung vom 11.9.2019, C-383/18 (*Lexitor*), ausgesprochen, dass im Fall der vorzeitigen Rückzahlung eines Kredites sowohl laufzeitabhängige als auch laufzeitunabhängige dem Verbraucher auferlegte Kosten zu ermäßigen seien. Artikel 16 Abs 1 VKrRL und Artikel 25 Abs 1 WIKrRL seien mit Ausnahme des Einschubs „für den Verbraucher“ wortident, wes-

halb die EuGH-Rechtsprechung auch auf Hypothekar- und Immobilienkredite anwendbar sei. Sowohl § 20 Abs 1 HIKrG wie auch § 16 Abs 1 VKrG seien richtlinienkonform dahin zu interpretieren, dass bei einer vorzeitigen Zurückzahlung auch alle laufzeitunabhängigen Kosten entsprechend zu reduzieren seien.

Da die gegenständliche Klausel eine anteilige Rückzahlung (Ermäßigung) bestimmter Arten von Entgelten ausschließe, sei sie gesetzwidrig. Weil die Beklagte in der Praxis solche Ermäßigungen bei vorzeitiger Rückzahlung von Krediten auch nicht vornehme, verstoße sie im Zusammenhang mit Verbraucherkreditverhältnissen systematisch gegen ein gesetzliches Gebot bzw Verbot.

Gemäß Art 22 Abs 3 VKrRL müsse sichergestellt sein, dass die dem Schutz des Verbrauchers dienenden Bestimmungen nicht durch eine besondere Vertragsgestaltung umgangen werden können. Art 41 lit b) WIKrRL sehe ein ebensolches Umgehungsverbot vor. Genau diese Gefahr verwirkliche sich in der beanstandeten Klausel und Geschäftspraktik, da dadurch der wirtschaftliche Wert des Rechts des Verbrauchers auf vorzeitige Rückzahlung beschnitten werde. Die Vorgehensweise der Beklagten benachteilige daher Verbraucher gröblich iSd § 879 Abs 3 ABGB.

Unterschiede zwischen der WIKrRL und der VKrRL würden sich nicht auf die beiden in Rede stehenden Normen (Art 25 WIKrRL und Art 16 Abs 1 VKrRL) bzw deren für die Beurteilung der im gegenständlichen Verfahren aufgeworfenen Fragen relevante Teile beziehen. Ziel der beiden Regelungen sei, Verbrauchern zu ermöglichen, sich frühzeitig von der Schuldenlast zu befreien, die aus der Inanspruchnahme eines Kredites resultiere. Zur Verwirklichung der Schutzzwecke sei es von wesentlicher Bedeutung, dass die Mechanismen bei vorzeitiger Rückzahlung gleichgeschaltet seien, einerseits bei verschiedenen Arten von

Kredit, aber auch über die nationalen Grenzen hinweg, was im Sinne einer vom EuGH angezeigten richtlinienkonformen Auslegung vorgegeben werde. Ein Gleichlauf sei geboten, zumal Art 4 Z 13 WIKrRL hinsichtlich der sonstigen - nicht wohnimmobilienkreditspezifischen - Gesamtkosten ausdrücklich auf Art 3 lit g VKrRL verweise.

Weder § 16 Abs 1 VKrG noch § 20 Abs 1 HIKrG spreche die laufzeitunabhängigen Kosten an. Es könne daher einerseits ein Umkehrschluss geboten sein, andererseits könne auch eine planwidrige Gesetzeslücke vorliegen, die einen Analogieschluss notwendig mache. Da sowohl mit dem VKrG als auch mit dem HIKrG die jeweiligen Richtlinien vollständig und exakt umgesetzt werden sollen, sei eine planwidrige Gesetzeslücke anzunehmen. Der Gesetzgeber habe mit § 20 Abs 1 HIKrG eine vollständige richtlinienkonforme Regelung schaffen wollen. Er habe dies aber, wie sich nachträglich aus der Auslegung des Artikels 16 VKrRL durch den EuGH in der Entscheidung *Lexitor* ergeben habe, nicht zur Gänze umgesetzt. Der erkennbare Wille des Gesetzgebers müsse daher selbst über den Wortlaut des Gesetzes hinaus durch Rechtsfortbildung umgesetzt werden. Jeder Widerspruch zwischen nationalem Recht und Richtlinie sei im Wege der Auslegung tunlichst zu vermeiden.

§ 20 HIKrG könne ohne Verstoß gegen den *contra legem*-Grundsatz bzw ohne eine Überschreitung der *lex lata*-Grenze dahingehend richtlinienkonform ausgelegt werden, dass auch laufzeitunabhängige Kosten - bei vorzeitiger Kreditrückzahlung - verhältnismäßig zu reduzieren seien.

Laufzeitunabhängigen Kosten komme die Funktion eines Entgelts bzw von Zinsen zu.

Wiederholungsgefahr sei gegeben. Zweck der Urteilsveröffentlichung sei es, über die Rechtsverletzung aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen Gelegenheit zu

geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein.

Die **Beklagte** wandte ein, sie habe die inkriminierte Klausel unpräjudiziell am 9.3.2020 von ihrer Homepage entfernt. Die Klausel entspreche dem aktuell in Geltung stehenden österreichischen Recht. Die EuGH-Entscheidung *Lexitor* sei zur VKrRL ergangen. Ob und inwiefern die EuGH-Entscheidung *Lexitor* auf Wohnimmobilienkreditverträge übertragbar sei, werde durch den EuGH oder den europäischen Gesetzgeber zu entscheiden sein. Zwar seien die Bestimmungen in den Richtlinien sehr ähnlich, dennoch müsse - insbesondere auch wegen der unterschiedlichen Definition des Begriffs der „Gesamtkosten“ in beiden Richtlinien - differenziert werden. Die Bindungswirkung einer Entscheidung des EuGH könne sich nur auf die ausgelegte Norm beziehen, keinesfalls auf andere, wenngleich auf den ersten Blick (ohnehin nur fast) inhaltsgleiche Normen. Die EuGH-Entscheidung *Lexitor* entfalte lediglich für die Auslegung von Art 16 VKrRL Bindungswirkung, nicht aber für die Auslegung der WIKrRL. Der EuGH habe die europarechtliche Grundlage, nämlich Art 25 Abs 1 WIKrRL noch nicht ausgelegt. Derzeit bestehe keine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung der HIKrG. Die Verwendung der inkriminierten Klausel könne somit nicht rechtswidrig sein. Die Klausel sei angemessen und sachgerecht.

Die Umsetzung der verfahrensrelevanten Bestimmungen sei einerseits in § 16 Abs 1 zweiter Satz VKrG, andererseits in § 20 Abs 1 dritter Satz HIKrG erfolgt. Aus dem Wortlaut dieser Normen folge klar, dass bei vorzeitiger Rückzahlung nur laufzeitabhängige Kosten verhältnismäßig zu verringern seien. Der Gesetzgeber habe bewusst zwischen laufzeitabhängigen und laufzeitunabhängigen Kosten unterschieden und mit § 16 VKrG gegenüber der korrespondierenden Bestimmung in der VKrRL eine exaktere und ver-

ständlichere Regelung treffen wollen. Eine analoge Anwendung des § 16 Abs 1 VKrG auf laufzeitunabhängige Kosten scheide in Ermangelung einer planwidrigen Lücke aus. Die unionsrechtskonforme Rechtsfindung durch das nationale Gericht habe dort ihre Grenze, wo sie dazu führe, dass das heimische Recht contra legem auszulegen wäre. Eine fehlerhafte Umsetzung der Richtlinie führe in keinem Fall zu einer unmittelbaren Drittwirkung zwischen Privatrechtssubjekten. Die lex-lata-Grenze des nationalen Rechts dürfe nicht zugunsten des EU-Rechts beseitigt werden. Für die vom Kläger gewünschte richtlinienkonforme Auslegung der im gegenständlichen Verfahren allein relevanten Bestimmung des § 20 Abs 1 HIKrG fehle jede Grundlage. Eine Lösung sei nur durch eine Gesetzesänderung möglich.

Das Hauptbegehren sei unschlüssig und überschießend, da es nach seinem Wortlaut ohne jegliche Differenzierung auf alle möglichen Verträge und/oder AGB der Beklagten abziele, der Kläger aber bloß Sachvorbringen zum Immobilienkreditgeschäft der Beklagten erstattet habe. Auch das Eventualbegehren sei unschlüssig. Der Kläger begehre ein Urteil contra legem.

Die unterschiedliche Kostenstruktur von Hypothekarkrediten und herkömmlichen Verbraucherkrediten sei Ausgangspunkt dafür gewesen, dass eine zweite Richtlinie geschaffen worden sei. Der Begriff „Gesamtkosten“ finde sich in beiden Normen wieder, jedoch sei er jeweils unterschiedlich zu verstehen. Ein Gleichlauf bei der rechtlichen Behandlung von Kosten bei Hypothekarkrediten einerseits und Verbraucherkrediten andererseits sei vom europäischen Gesetzgeber gerade nicht gewollt gewesen. Die höheren hypothekarkreditspezifischen Kosten seien im Unterschied zu den bei herkömmlichen Verbraucherkrediten anfallenden Kosten allesamt kein rein interner Aufwand,

sondern tatsächlich zu leistende Zahlungen (Auslagen und Kostenersätze) an (externe) Dritte. Bei einer Umschuldung bliebe bei vorzeitiger Tilgung des ersten Kredites der erste Kreditgeber anteilig auf den Bewertungskosten sitzen, weil er den unabhängigen Bewerter der Liegenschaft in jedem Fall bezahlen müsse.

Laufzeitunabhängige Kosten seien nicht unter den Zinsbegriff zu subsumieren, wohingegen einmalige Bearbeitungsgebühren sehr wohl als laufzeitunabhängiges Entgelt angesehen werden könnten. Darunter würden bspw Krediteröffnungsprovisionen, Kreditantragsgebühren oder Entgelte für einen laufzeitunabhängigen Bearbeitungsaufwand fallen. Eine Bank, die zusätzlich zu den Zinsen eine Bearbeitungsgebühr verrechne, gliedere das Entgelt in einen laufzeitabhängigen und einen laufzeitunabhängigen Teil. Die Aufwendungen, welche durch eine Bearbeitungsgebühr abgegolten werden, entstünden unabhängig vom Zeitraum, auf den der Kreditvertrag abgeschlossen werde.

Ein Generalumsetzungswille könne gar keine planwidrige Lücke begründen und eine Analogie rechtfertigen.

Eine richtlinienkonforme Auslegung des HIKrG könne nur innerhalb der Grenze des Wortlautes von § 20 Abs 1 dritter Satz HIKrG erfolgen und führe zur Frage, was unter den Begriff „laufzeitabhängige Kosten“ falle. Bei den von der Beklagten verrechneten einmaligen Kosten und Entgelten handle es sich um folgende Positionen: Bearbeitungsgebühr, Ausfertigungsgebühr, Stundungsgebühr, Ausfertigungsgebühr Garantie, Finanzamtsbestätigung, AMS-Bestätigung, Restsaldobestätigung, KSV-Abfragegebühr, Bestätigung für Alimente, Kreditschließungsgebühr, Grundbuchsauszug, Firmenbuchsatz, Bearbeitungsgebühr für Tilgungsträgerwechsel, Schätzkosten, Mahngebühren und Ausstellung Löschungserklärung. Der von der Beklagten verwendeten Klausel komme nach dieser Aufzählung ledig-

lich klarstellende Wirkung zu. Alle aufgezählten Einmalkosten seien laufzeitunabhängig und folglich unabhängig von der Dauer des Kreditverhältnisses zu entrichten. Ein Missbrauch drohe nicht, weil die Beklagte diese Einmalentgelte nicht einseitig ändern könne.

Mit dem **angefochtenen Urteil** wies das Erstgericht alle Klagebegehren ab. Rechtlich kam es zum Ergebnis, § 20 Abs 1 HIKrG habe zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Streitverhandlung in seinem letzten Satz vorgesehen, dass sich im Falle der vorzeitigen Kreditrückzahlung „laufzeitabhängige Kosten“ verhältnismäßig verringern. Um sowohl § 16 Abs 1 VKrG als auch § 20 Abs 1 HIKrG richtlinienkonform zu interpretieren, müssten diese Bestimmungen entgegen dem Wortlaut und dem konkreten Regelungswillen des Gesetzgebers ausgelegt werden. Eine richtlinienkonforme Interpretation finde aber ihre Grenze dort, wo das heimische Recht contra legem auszulegen wäre, sodass sie im gegenständlichen Fall ausscheide. Der Gesetzgeber habe sowohl bei § 16 VKrG als auch bei § 20 Abs 1 HIKrG bewusst zwischen laufzeitabhängigen und laufzeitunabhängigen Kosten differenziert. Es liege daher keine planwidrige Unvollständigkeit der betreffenden Regelungen vor. Die von der Beklagten angewandte Geschäftspraktik im Zusammenhang mit der vorzeitigen Kreditrückführung stehe in Einklang mit § 20 HIKrG.

Dagegen richtet sich die **Berufung des Klägers** wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das Urteil im klagsstattgebenden Sinn abzuändern.

Die Beklagte beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist **berechtigt**.

1. Das Oberlandesgericht Wien befasste sich mit gleichgelagerten Rechtsfragen bereits in seiner Entscheidung vom 4.2.2021 zu 30 R 5/21g (siehe dazu auch *Beham*,

Aktuelle Rechtsprechung zur Anwendung des Lexitor-Urteils, VbR 2021, 51). Der erkennende Senat schließt sich den darin ausgeführten Erwägungen wie folgt an:

1.1.1. Wer im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er seinen Verträgen zugrunde legt, oder in dabei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, kann nach § 28 Abs 1 KSchG auf Unterlassung geklagt werden. Dieses Verbot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart wurde.

1.1.2. § 28a KSchG setzt die Unterlassungsklagen-RL um und erweitert den Anwendungsbereich der gegen die Verwendung und Empfehlung gesetz- und sittenwidriger Vertragsbestimmungen gerichteten Verbandsklage nach § 28 Abs 1 und 2 KSchG auf gesetzwidrige Geschäftspraktiken von Unternehmern, die die allgemeinen Interessen der Verbraucher beeinträchtigen (*Kathrein/Schoditsch* in KBB⁶ § 28a KSchG Rz 1). Die Unterlassungsklage nach § 28a KSchG setzt voraus, dass der Unternehmer mit seiner gesetzwidrigen Geschäftspraxis die allgemeinen Interessen der Verbraucher beeinträchtigt. Bloß gelegentliche gesetzwidrige Verhaltensweisen eines Unternehmers sind davon nicht erfasst. Vielmehr muss die gesetzwidrige Praxis geeignet sein, die Interessen der Gesamtheit der Verbraucher zu beeinträchtigen. Das ist bei gesetzwidrigen Verhaltensweisen des Unternehmers im Massengeschäft zu bejahen; ebenso bei einer systematischen Praxis eines Unternehmers, untaugliche Rechtsgründe vorzuschieben (*Kathrein/Schoditsch* aaO § 28a KSchG Rz 2).

1.2. Gemäß § 879 Abs 1 ABGB ist ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, nichtig. Nach § 879 Abs 3 ABGB ist eine in All-

gemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, (schon dann) nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt.

1.3. Artikel 16 Abs 1 Verbraucherkredite-Richtlinie (2008/48/EG - idF: VKrRL) lautet:

„[...] In solchen Fällen hat der Verbraucher das Recht auf Ermäßigung der Gesamtkosten des Kredits, die sich nach den Zinsen und den Kosten für die verbleibende Laufzeit des Vertrags richtet.“

Artikel 25 Abs 1 der Wohnimmobilienkredit-Richtlinie (2014/17/EU - idF WIKrRL) lautet:

„[...] In solchen Fällen hat der Verbraucher das Recht auf Ermäßigung der Gesamtkosten des Kredits für den Verbraucher, die sich nach den Zinsen und den Kosten für die verbleibende Laufzeit des Vertrags richtet.“

1.4. § 16 Abs 1 Verbraucherkreditgesetz (VKrG) lautet in der zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung geltenden Fassung:

„Der Kreditnehmer hat das jederzeit ausüb bare Recht, den Kreditbetrag vor Ablauf der bedungenen Zeit zum Teil oder zur Gänze zurückzuzahlen. Die vorzeitige Rückzahlung des gesamten Kreditbetrags gilt als Kündigung des Kreditvertrags. Die vom Kreditnehmer zu zahlenden Zinsen verringern sich bei vorzeitiger Kreditrückzahlung entsprechend dem dadurch verminderten Außenstand und gegebenenfalls entsprechend der dadurch verkürzten Vertragsdauer; laufzeitabhängige Kosten verringern sich verhältnismäßig.“

§ 20 Abs 1 Hypothekar- und Immobilienkreditgesetz (idF: HIKrG) lautet in der zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung geltenden Fassung:

„Der Kreditnehmer hat das jederzeit ausüb bare Recht,

den Kreditbetrag vor Ablauf der bedungenen Zeit zum Teil oder zur Gänze zurückzuzahlen. Die vorzeitige Rückzahlung des gesamten Kreditbetrags samt Zinsen gilt als Kündigung des Kreditvertrags. Die vom Kreditnehmer zu zahlenden Zinsen verringern sich bei vorzeitiger Kreditrückzahlung entsprechend dem dadurch verminderten Außenstand und gegebenenfalls entsprechend der dadurch verkürzten Vertragsdauer; laufzeitabhängige Kosten verringern sich verhältnismäßig."

1.5. Unstrittig ist im Berufungsverfahren, dass nach der Entscheidung des EuGH vom 11.9.2019 zu C-383/18 zu Artikel 16 Abs 1 VKrRL (idF kurz: *Lexitor*) sämtliche dem Verbraucher auferlegte Kosten - sowohl laufzeitabhängige wie auch laufzeitunabhängige - zu ermäßigen sind.

1.6.1. Seit 1.1.2021 lautet der letzte Satz des § 16 Abs 1 VKrG: „Die vom Kreditnehmer zu zahlenden Zinsen verringern sich [...]; die Kosten verringern sich verhältnismäßig."

§ 20 Abs 1 HIKrG lautet seit 1.1.2021 in seinem letzten Satz ebenso: „Die vom Kreditnehmer zu zahlenden Zinsen verringern sich [...]; die Kosten verringern sich verhältnismäßig."

1.6.2. In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage (478 der Beilagen XXVII. GP) wird dazu unter der Überschrift Berücksichtigung des EuGH-Urteils in der Rechts-sache C-383/18 ("Lexitor") auszugsweise ausgeführt:

„Art 16 Abs 1 VKrRL betrifft die Rechte des Verbrauchers bei vorzeitiger Kreditrückzahlung. Der EuGH hat mit Urteil vom 11.9.2019 in der Rechtssache *Lexitor* diese Bestimmung in einer Weise ausgelegt, die in einem Spannungsverhältnis zur österreichischen Umsetzung in § 16 Abs 1 VKrG steht:

Der EuGH hat entschieden, dass Art 16 Abs 1 VKrRL dahin auszulegen ist, dass das Recht des Verbrauchers auf

die Ermäßigung der Gesamtkosten des Kredits bei vorzeitiger Kreditrückzahlung sämtliche dem Verbraucher auferlegten Kosten umfasst. § 16 Abs 1 VKrG nennt hingegen nur die laufzeitabhängigen Kosten.

Zur Sicherstellung einer richtlinienkonformen Rechtslage soll § 16 Abs 1 VKrG im Sinne des EuGH Urteils angepasst werden.

Parallel dazu soll auch der wortgleiche § 20 Abs 1 HIKrG geändert werden, weil die dieser Bestimmung zu Grunde liegenden Vorgaben in Art 25 Abs 1 der WIKrRL jenen in Art 16 Abs 1 der VKrRL entsprechen.

Auf die Auslegung der bisherigen Rechtslage nimmt die Neuregelung keinen Einfluss."

1.6.3. Gemäß § 29 Abs 12 VKrG tritt § 16 VKrG in der neuen Fassung mit 1.1.2021 in Kraft und ist auf Kreditverträge und Kreditierungen anzuwenden, die nach dem 11.9.2019 geschlossen bzw gewährt werden, sofern die vorzeitige Rückzahlung nach dem 31.12.2020 geleistet wird.

Gemäß § 31 Abs 5 HIKrG tritt § 20 HIKrG in der neuen Fassung mit 1.1.2021 in Kraft und ist auf Kreditverträge und Kreditierungen anzuwenden, die nach dem 31.12.2020 geschlossen bzw gewährt werden.

1.7. Damit hat sich nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz (25.8.2020) die anzuwendende Rechtslage geändert.

Während im Individualprozess grundsätzlich nach den Übergangsbestimmungen zu beurteilen ist, ob eine Gesetzesänderung für ein laufendes Verfahren zu beachten ist (RS0031419), ist im Fall von Unterlassungstiteln bei einer Rechtsänderung während des Rechtsmittelverfahrens die Berechtigung eines solchen Gebots auch am neuen Recht zu messen (RS0123158). Diese Grundsätze wurden von höchstgerichtlicher Rechtsprechung ausdrücklich auch für das Klauselverfahren übernommen.

Ändert sich die Rechtslage während des Verfahrens, hat somit eine Parallelprüfung nach altem und neuem Recht zu erfolgen. Ein Verbot ist nur auszusprechen, wenn das beanstandete Verhalten auch nach der neuen Rechtslage unzulässig ist, andernfalls wäre die Wiederholungsgefahr weggefallen. Es ist aber weiterhin erforderlich, dass das beanstandete Verhalten auch zu jenem Zeitpunkt, in dem es gesetzt wurde, untersagt war. Ein Unterlassungsanspruch ist daher nur dann zu bejahen, wenn das beanstandete Verhalten sowohl gegen das alte als auch gegen das neue Recht verstößt. Eine Parallelprüfung nach altem Recht kann nur dann unterbleiben, wenn das Verhalten auch nach Inkrafttreten des neuen Rechts fortgesetzt wurde (RS0123158 [T1, T2, T5, T7]; 6 Ob 56/19g [zur Klausel 9] mwN).

1.8. Zur Prüfung nach altem Recht:

1.8.1. Inhaltlich von einer Richtlinie berührte Normen sind so weit wie möglich im Einklang mit der Richtlinie (also richtlinienkonform) auszulegen (RS0111214). Allerdings setzt richtlinienkonforme Interpretation voraus, dass das nationale Recht dem Rechtsanwender einen Spielraum lässt. Eine in Wortlaut und Sinn eindeutige Regel darf nicht richtlinienkonform gegenteilig interpretiert werden (4 Ob 120/10s). Die Pflicht zur richtlinienkonformen Interpretation erstreckt sich also nur bis zur „Grenze der äußersten Wortschranke“. Innerhalb dieser Grenze ist aber auch eine Rechtsfortbildung durch Analogie oder durch teleologische Reduktion bei einer planwidrigen Umsetzungslücke möglich (7 Ob 241/18v).

Nach dem Grundsatz der richtlinienkonformen Interpretation haben die Gerichte der Mitgliedstaaten das nationale Recht so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks der betreffenden Richtlinie auszulegen. Ein Widerspruch zwischen nationalem Recht und Richtlinie

ist tunlichst zu vermeiden (vgl RS0075866).

Für die konkrete Umsetzung der richtlinienkonformen Auslegung verweist der EuGH auf den Methodenkanon des nationalen Rechts. Wenn und soweit daher das nationale Gericht teleologische Reduktion oder Analogie im nationalen Recht anwendet, muss es diese Instrumente auch zum Zweck richtlinienkonformer Auslegung einsetzen (vgl ausführlich 4 Ob 208/10g mwN), wobei der vom konkreten Regelungswillen des Gesetzgebers gedeckte Wortlaut keine unüberschreitbare Grenze ist (4 Ob 62/16w).

1.8.2. § 16 Abs 1 VKrG alt verbietet die anteilige Rückerstattung laufzeitunabhängiger Kosten nicht, sondern sagt darüber nichts aus. Es ist also nicht ausdrücklich angeordnet, dass nach einer vorzeitigen Kreditrückzahlung laufzeitunabhängige Kosten nicht (anteilig) zurückzuzahlen sind. Die Bestimmung erwähnt laufzeitunabhängige Kosten gar nicht. Vor der Entscheidung *Lexitor* konnte man aus der ausdrücklichen Erwähnung der laufzeitabhängigen Kosten allerdings den e-contrario Schluss ziehen, laufzeitunabhängige Kosten seien nicht zurückzuzahlen.

Die Entscheidung *Lexitor* hat - nachträglich - eine Gesetzeslücke aufgezeigt. Es ist daher kein Umkehrschluss zu ziehen, sondern die Lücke mittels Analogie zu füllen.

Dass sich eine planwidrige Regelungslücke auch daraus ergeben kann, dass der Gesetzgeber eine richtlinienkonforme Regelung schaffen wollte, dieses Vorhaben aber - wie sich nachträglich aus der Auslegung der Richtlinie durch den EuGH ergibt - nicht zur Gänze umgesetzt hat, hat der OGH in 4 Ob 208/10g unter Berufung auf den BGH ausdrücklich bejaht.

1.8.3. Eine Auslegung durch Lückenfüllung entspricht dem grundsätzlichen Umsetzungswillen des Gesetzgebers auch zu § 16 Abs 1 VKrG alt; das lässt bereits die Formulierung in den Erläuternden Bemerkungen zu den damaligen

Gesetzesänderungen „Zur Sicherstellung einer richtlinienkonformen Rechtslage“ (vgl 650 der Beilagen XXIV. GP - Regierungsvorlage - Vorblatt und Erläuterungen) erkennen (siehe auch den in § 1 VKrG und in § 1 HIKrG definierten Regelungsgegenstand dieser Gesetze).

Der Gesetzgeber wollte den Anforderungen der Richtlinie vollinhaltlich entsprechen, hat dies aber bisher nicht mit ausreichender Klarheit getan und deshalb nach der Entscheidung *Lexitor* beide Gesetze entsprechend geändert. Aus der Formulierung in den Erläuternden Bemerkungen zur neuen Rechtslage (478 der Beilagen XXVII. GP, Regierungsvorlage, Erläuterungen), wonach die Neuregelung auf die Auslegung der bisherigen Rechtslage keinen Einfluss habe, lässt sich - entgegen der Ansicht der Beklagten - nicht ableiten, dass die Auslegung vorher zwingend anders gewesen sein müsse. Ganz im Gegenteil lässt sich damit allein gar keine konkrete Auslegung begründen.

1.8.4. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die VKrRL gemäß der Entscheidung *Lexitor* verlangt, auch die laufzeitunabhängigen Kosten anteilig zu refundieren. Dieses Ergebnis lässt sich durch eine Analogie zu § 16 Abs 3 letzter Satz VKrG erreichen: ebenso wie dort für die laufzeitabhängigen Kosten ausdrücklich geregelt, ist bei richtlinienkonformer Auslegung bei den laufzeitunabhängigen Kosten vorzugehen. Diese Grundsätze sind auch auf § 20 Abs 1 HIKrG aF unterliegende Sachverhalte anzuwenden.

1.8.5. Diesem Ergebnis steht auch die Entscheidung 6 Ob 13/16d nicht entgegen. Der OGH hatte dort die Frage zu beantworten, ob laufzeitunabhängige Entgelte für eine Kreditgewährung überhaupt zulässig sind. Seine Ausführungen zu dem sich aus § 16 Abs 1 VKrG ergebenden Umkehrschluss (vgl Punkt 6.2 in 6 Ob 13/16d) sind daher unter diesem Aspekt zu betrachten. Im übrigen ist diese Ent-

scheidung lange vor der Entscheidung *Lexitor* ergangen.

1.9. Zur Prüfung nach der neuen Rechtslage:

1.9.1. Nunmehr wurde das Wort *laufzeitabhängig* in beiden Bestimmungen gestrichen. Die Erläuternden Bemerkungen (478 der Beilagen XXVII. GP, Regierungsvorlage, Erläuterungen) führen zu § 16 Abs 1 VKrG zusammengefasst aus:

„Bisher ist in § 16 Abs 1 VKrG im Zusammenhang mit der vorzeitigen Rückzahlung nur eine Verringerung der laufzeitabhängigen Kosten angesprochen. Das ist im Lichte des EuGH-Urteils in der Rechtssache Lexitor zu einschränkend, weil der EuGH den dieser Bestimmung zu Grunde liegenden Art 16 Abs 1 der VKrRL so auslegt, dass das Recht des Verbrauchers auf Ermäßigung der Gesamtkosten des Kredits sämtliche dem Verbraucher auferlegten Kosten umfasst (also auch die laufzeitunabhängigen Kosten).

Die Bezugnahme auf „laufzeitabhängig“ ist daher zu streichen.

Auf welche Kosten sich das Mäßigungsrecht des Verbrauchers im Detail bezieht, kann vom nationalen Gesetzgeber nicht spezifiziert werden. Die Entscheidung über die Auslegung von Art 16 Abs 1 VKrRL und damit von § 16 Abs 1 VKrG liegt allein beim EuGH. In § 2 Abs 5 VKrG sind die Gesamtkosten sehr weit definiert und umfassen im Wesentlichen alle Kosten, die der Verbraucher im Zusammenhang mit dem Kreditvertrag zu zahlen hat und die dem Kreditgeber bekannt sind. Dieses weite Verständnis ist nachvollziehbar, soweit der Verbraucher – wie von der Richtlinie vorgegeben – über die für ihn mit dem Kredit einhergehende Gesamtbelastung informiert werden muss, etwa auch bei der Berechnung des effektiven Jahreszinses. Wenngleich die Richtlinie im Zusammenhang mit der vorzeitigen Rückzahlung ebenfalls den Begriff „Gesamtkosten“ verwendet, sollte aber aus Sachlichkeitserwägungen von

einem engeren Verständnis der erfassten Kosten ausgegangen werden. Neben den explizit ausgenommenen Notariatsgebühren sollten wohl auch andere Zahlungen an Dritte (etwa an Kreditvermittler) von einer vorzeitigen Rückzahlung unberührt bleiben, unabhängig davon, ob sie vom Kreditnehmer unmittelbar oder im Wege des Kreditgebers an den Dritten geleistet wurden."

1.9.2. Zu § 20 Abs 1 HIKrG führen die Erläuternden Bemerkungen (aa0) aus:

„Bisher ist § 20 Abs 1 HIKrG (auf Grund der beinahe wortgleichen Vorgaben in der WIKrRL und der VKrRL) wortgleich mit § 16 Abs 1 VKrG formuliert.

Da auf Grund der Auslegung der VKrRL durch den EuGH eine Klarstellung in § 16 Abs 1 VKrG erforderlich ist, soll auch der § 20 HIKrG entsprechend geändert werden.

Die Entscheidung über die Auslegung von Art 25 WIKrRL und damit von § 20 Abs 1 HIKrG liegt allein beim EuGH. Werden laufzeitunabhängige Kosten erfasst, so sind die zu § 16 VKrG angestellten Sachlichkeitserwägungen auch im Zusammenhang mit § 20 HIKrG relevant.

Auch im Anwendungsbereich des HIKrG sollten neben den explizit ausgenommenen Notariatsgebühren wohl auch andere Zahlungen an Dritte (etwa an Kreditvermittler) von einer vorzeitigen Rückzahlung unberührt bleiben."

1.9.3. Aus diesen Erwägungen geht hervor, dass auch nach Ansicht des Gesetzgebers eine Anordnung der Rückerstattung allein von laufzeitabhängigen Kosten nicht zulässig ist. Aus Sachlichkeitserwägungen sollte nach Ansicht des nationalen Gesetzgebers aber von einem engeren Verständnis der Kosten ausgegangen werden und bestimmte Kosten - wie etwa Zahlungen an Dritte - von der Rückzahlung unberührt bleiben. Wenngleich sich in diesem Zusammenhang durchaus noch Auslegungsfragen des Unionsrechts stellen können, so lässt sich doch mit Bestimm-

heit sagen, dass ein undifferenziertes Abstellen auf eine mangelnde Rückerstattbarkeit von laufzeitunabhängigen Kosten - wie in der gegenständlichen Klausel - mit der neuen (und bei richtlinienkonformer Auslegung auch mit der alten) Rechtslage nicht in Einklang steht.

1.9.4. Dass dieselben Erwägungen auch für § 20 HIKrG zu gelten haben, lässt der Gesetzgeber in den Erläuternden Bemerkungen zu dieser Bestimmung eindeutig erkennen. Zwar liegt die Auslegung von Art 25 WIKrRL allein beim EuGH - worauf in den Materialien zutreffend hingewiesen wird -, die Sachlichkeitserwägungen gelten in dem Fall aber gleichermaßen.

1.10.1. Die Beklagte argumentiert - sowohl zur alten, als auch zur neuen Rechtslage - mit der unterschiedlichen Definition des Begriffs der „Gesamtkosten“ in Art 3 lit g VKrRL und Art 4 Z 13 WIKrRL. Richtig ist, dass „Gesamtkosten“ bei Hypothekarkrediten typischerweise auch andere Kosten (etwa die Grundbuchseintragung, Schätzkosten ua) umfassen als bei anderen Verbraucherkrediten. Darauf nehmen die erwähnten Bestimmungen der Richtlinien Bezug, wobei Art 4 Z 13 WIKrRL ausdrücklich den Begriff „Gesamtkosten“ aus Art 3 lit g VKrRL übernimmt und dann spezifiziert:

Der Begriff „Gesamtkosten des Kredits für den Verbraucher“ bezeichnet „Gesamtkosten des Kredits für den Verbraucher im Sinne von Art 3 lit g der VKrRL einschließlich der Kosten für die Immobilienbewertung - sofern eine solche Bewertung für die Gewährung des Kredits erforderlich ist -, jedoch ausschließlich der Gebühren für die Eintragung der Eigentumsübertragung in das Grundbuch. Ausgenommen davon sind alle Entgelte, die der Verbraucher für die Nichteinhaltung der im Kreditvertrag festgelegten Verpflichtungen zahlen muss.“

Dass bestimmte Gesamtkosten einer differenzierten

Behandlung bedürfen bedeutet nicht, dass deshalb die von der Beklagten verwendete Klausel zulässig ist. Es lässt sich - ohne weiteren Auslegungsschritten im Unionsrecht vorzugreifen - festhalten, dass das alleinige Abstellen auf laufzeitunabhängige „einmalige Kosten/Entgelte“ jedenfalls zu kurz greift.

1.10.2. Dafür sprechen auch die Ausführungen des EuGH in *Lexitor*:

„Wenn man die Möglichkeit einer Ermäßigung der Gesamtkosten des Kredits nur auf ausdrücklich mit der Vertragslaufzeit zusammenhängende Kosten beschränkte, würde dies darüber hinaus, wie das vorlegende Gericht hervorhebt, die Gefahr mit sich bringen, dass dem Verbraucher zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kreditvertrags höhere einmalige Zahlungen auferlegt werden, da der Kreditgeber versucht sein könnte, die Kosten, die von der Vertragslaufzeit abhängig sind, auf ein Minimum zu reduzieren. Außerdem macht der Handlungsspielraum, über den die Kreditinstitute bei ihrer Abrechnung und ihrer internen Organisation verfügen, die Bestimmung der objektiv mit der Vertragslaufzeit zusammenhängenden Kosten durch einen Verbraucher oder ein Gericht in der Praxis sehr schwierig. Ferner kann die Einbeziehung der Kosten, die nicht von der Vertragslaufzeit abhängig sind, in die Ermäßigung der Gesamtkosten des Kredits den Kreditgeber nicht in unangemessener Weise benachteiligen. Seinen Interessen wird nämlich zum einen durch Art 16 Abs 2 VKrRL Rechnung getragen, der zugunsten des Kreditgebers das Recht auf Entschädigung für die gegebenenfalls unmittelbar mit der vorzeitigen Rückzahlung des Kredits zusammenhängenden Kosten vorsieht, und zum anderen durch Art 16 Abs 4 dieser Richtlinie, der den Mitgliedstaaten eine zusätzliche Möglichkeit eröffnet, sicherzustellen, dass die Entschädigung den Kredit- und Marktbedingungen ange-

messen ist, um die Interessen des Kreditgebers zu schützen. Schließlich erhält der Kreditgeber im Fall einer vorzeitigen Rückzahlung des Kredits den Kreditbetrag früher zurück, so dass dieser gegebenenfalls für den Abschluss eines neuen Kreditvertrags zur Verfügung steht." (EuGH 11.9.2019, C-383/18 [Lexitor], Rn 32-35).

Sämtliche dieser Argumente treffen auf Hypothekarkredite gleichermaßen zu; auch die WIKrRL sieht in Art 25 Abs 3 die Möglichkeit einer angemessenen Entschädigung für den Kreditgeber vor.

Der EuGH kommt zum Ergebnis, dass die Definition der „Gesamtkosten“ in Art 3 lit g der VKrRL keine Beschränkung hinsichtlich der Laufzeit des in Rede stehenden Kreditvertrags enthält, wobei er davon bereits im Vorfeld - im Einklang mit der Bestimmung in der Richtlinie - Notargebühren ausnimmt (Lexitor Rn 23). Dass es einzelne Kosten gibt, die - insbesondere solche, die an Dritte zu leisten sind, wie hier Notargebühren - von den Gesamtkosten ausgenommen sind, vermag daher nichts an der grundsätzlichen anteiligen Ersatzfähigkeit von laufzeitunabhängigen Kosten zu ändern. Eine Differenzierung zwischen bestimmten - auch laufzeitunabhängigen - Gesamtkosten bewirkt nicht deren generelle Ausnahme von der Rückerstattungspflicht.

1.10.3. Die Vorlagefrage, die zur Entscheidung *Lexitor* geführt hat, hat sich aus der Wortfolge *„In solchen Fällen hat der Verbraucher das Recht auf Ermäßigung der Gesamtkosten des Kredits, die sich nach den Zinsen und Kosten für die verbleibende Laufzeit des Vertrags richtet“* in Art 16 Abs 1 der VKrRL ergeben. Es war zu klären, ob damit eine Bezugnahme auf laufzeitabhängige Kosten an sich erfolgt oder ob sämtliche Kosten im Verhältnis zur restlichen Laufzeit zu erstatten sind. Diese Wortfolge ist in der WIKrRL gleich und daher auch gleich auszule-

gen.

1.11.1. Ist das Ergebnis der Auslegung des Unionsrechts unzweifelhaft, ist im Sinn der acte-clair-Doktrin die Anrufung des EuGH entbehrlich (vgl RS0082949 [T18]). Dies gilt selbst bei fehlender Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (RS0082949 [T5]). Es bleibt dabei den nationalen Gerichten überlassen, zu beurteilen, ob die richtige Anwendung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass von einer Vorlage abgesehen werden kann; das Bestehen keines „vernünftigen Zweifels“ im Sinn „acte-clair“ ist nicht aus der subjektiven Sicht des jeweiligen nationalen Richters zu prüfen, sondern unter Berücksichtigung der Eigenheiten des Unionsrechts, der besonderen Schwierigkeiten seiner Auslegung und der Gefahr voneinander abweichender Gerichtsentscheidungen innerhalb der Europäischen Union (RS0123074).

1.11.2. Eine Vorlage an den EuGH erübrigt sich nach Ansicht des Berufungsgerichts, weil sich - wie sich aus den Ausführungen zu 1.10.1. - 1.10.3. ergibt - eine generelle Nicht-Rückerstattung laufzeitunabhängiger Kosten aus der WIKrRL keinesfalls ableiten lässt.

1.12. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Klausel sowohl einer Beurteilung nach der Rechtslage zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung als auch der Beurteilung nach der jetzigen Rechtslage nicht standhält und daher gemäß § 879 ABGB unzulässig ist.

1.13. Bei der Gefahr des Zuwiderhandelns ist zu unterscheiden, ob der zu einer bestimmten Unterlassung Verpflichtete bereits einmal zuwidergehandelt oder ob er sich bisher rechtmäßig verhalten hat. Im ersten Fall wird vermutet, dass er wieder zuwiderhandeln werde (Wiederholungsgefahr); es ist daher Sache der Beklagten, Umstände zu behaupten und zu beweisen, denen gewichtige

Anhaltspunkte dafür zu entnehmen sind, dass der Verletzer ernstlich gewillt ist, von künftigen Störungen Abstand zu nehmen (RS0037661).

Nur durch vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung kann die Wiederholungsgefahr beseitigt werden. Die Wiederholungsgefahr wird erst dann zu verneinen sein, wenn sowohl die Verwendung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei weiteren Vertragsschlüssen als auch ihre Geltendmachung in bereits bestehenden Vertragsbeziehungen auszuschließen ist (RS0111637, auch T2). Der Unternehmer muss somit, will er die Wiederholungsgefahr beseitigen, nach Abmahnung eine unbedingte, uneingeschränkte und strafbewehrte Unterlassungserklärung abgeben (RS0124304 [T2]). Wenn die Beklagte im Verfahren darauf beharrt, dass ein Teil der Klauseln gesetzmäßig Verwendung finde, ist mangels Anbots eines umfassenden vollstreckbaren Unterlassungsvergleiches weiter die Wiederholungsgefahr gegeben (RS0119007 [T1]). So kann auch die Erklärung einer Bank, sie verwende neuere Kontoeröffnungsanträge, in welchen die bekämpfte Klausel nicht enthalten sei, die Wiederholungsgefahr nicht zu beseitigen (RS0119007 [T19]).

Vom Wegfall der Wiederholungsgefahr ist im gegenständlichen Verfahren schon deshalb nicht auszugehen, weil die Beklagte die Rechtmäßigkeit ihres Handelns im Prozess weiter verteidigt (6 Ob 140/18h) und die beanstandete Klausel nach der alten wie auch der neuen Rechtslage unzulässig ist (RS0123158 [T2]).

1.14. Da die gegenständliche Klausel von der Beklagten nach den (unbekämpften) Feststellungen des Erstgerichtes in ihren allgemeinen Informationen iSd § 7 HIKrG verwendet wurde und sich auch das gesamte Klagsvorbringen auf diesen Umstand stützt, war in Abänderung des Erstur-

teiles zwar nicht dem im Hinblick darauf zu weit gefassten Hauptbegehren, aber dem ersten Eventualbegehren statt zu geben und der Beklagten die Verwendung der Klausel im Rahmen von Hypothekar- und Immobilienkreditverträgen zu untersagen.

2. Zur Urteilsveröffentlichung:

2.1 Zweck der Urteilsveröffentlichung ist es, über die Rechtsverletzung aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein. Die Bereitstellung der einschlägigen Informationen auf der Website der Beklagten reicht nicht (RS0121963 [T15]).

Das berechnigte Interesse an der Urteilsveröffentlichung liegt bei der Verbandsklage nach dem KSchG darin, dass der Rechtsverkehr bzw die Verbraucher als Gesamtheit das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- bzw sittenwidrig sind. Schon daraus ergibt sich, dass die zu informierenden beteiligten Verkehrskreise nicht nur die aktuellen und potenziellen Kunden der Beklagten sind (vgl 8 Ob 24/18i mwN).

Es soll die Aufmerksamkeit der Verbraucher für die Unzulässigkeit von Vertragsbestandteilen geschärft und es ihnen damit erleichtert werden, ihre Rechte gegenüber dem Unternehmer wahrzunehmen. Die Urteilsveröffentlichung soll nicht nur eine schon bestehende unrichtige Meinung unterbinden, sondern auch deren weiteres Umsichgreifen verhindern.

2.2. Über die Entscheidung *Lexitor* und sich daraus ergebende mögliche Konsequenzen wurde bereits in den Medien berichtet. Auch im Zusammenhang mit der aktuellen Gesetzesänderung ist von einem breiteren Informationsbedürfnis der beteiligten Verkehrskreise auszugehen.

Der Kläger hat ein berechtigtes Interesse an der

begehrten Urteilsveröffentlichung (§ 30 Abs 1 KSchG iVm § 25 Abs 3 UWG). Sie ist zweckmäßig und angemessen.

Der Berufung war daher insgesamt Folge zu geben.

3. Zur Leistungsfrist:

3.1. § 409 ZPO verpflichtet den Richter zur Setzung einer Leistungsfrist, ohne dass es auf einen Antrag ankommt. Enthält das Klagebegehren keine Leistungsfrist, so hat das Gericht sie von Amts wegen festzusetzen. Die Verpflichtung, die AGB zu ändern, ist keine reine Unterlassung, sodass das Gericht gemäß § 409 Abs 2 ZPO - von Amts wegen - eine angemessene Leistungsfrist zu setzen hat (4 Ob 58/18k). Die Leistungsfrist des § 409 ZPO ist eine der Beklagten vom Gericht eingeräumte Exekutionsstundung (9 Ob 82/17z), unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände (9 Ob 73/17a). Vorbringen zur festzusetzenden Leistungsfrist erstattete die Beklagte nicht.

Da die Beklagte schon aufgrund der neuen Gesetzeslage seit 1.1.2021 verpflichtet ist, ihre Hypothekar- und Immobilienkreditverträge im Sinne der neuen Fassung des § 20 HIKrG anzupassen, reicht es, ihr für die - soweit noch nicht erfolgte - Änderung ihrer „Allgemeinen Informationen über Hypothekar- und Immobilienkreditverträge“ im Hinblick auf das gegenständliche Urteil eine Leistungsfrist von einem Monat als dem voraussichtlichen Aufwand angemessen zuzugestehen.

3.2. Die Frage nach der Zulässigkeit einer Leistungsfrist für die Unterlassung des Sich-Berufens auf unzulässige Klauseln ist nicht generell nach dem Alles-oder-Nichts-Prinzip zu beantworten. Es kann Klauselwerke geben, die ein sofortiges Abstandnehmen von einem Sich-darauf-Berufen erlauben und zur Umsetzung dieses Unterlassungsgebots keine weiteren aktiven Vorkehrungen erfordern. Angesichts des weiten Verständnisses des Sich-Berufens auf eine Klausel - so wenn sie etwa Inhalt oder

Kalkulationsgrundlage einer Mitteilung an den Verbraucher ist - kann es aber ebenso Klauselwerke geben, die sehr wohl bestimmter betrieblicher und/oder organisatorischer Maßnahmen bedürfen, um zu verhindern, dass sie weiter der Gestion von Altverträgen zugrunde gelegt werden. Bedarf es einer Leistungsfrist für die Unterlassung des Sich-Berufens auf unzulässige Klauseln, wird darauf Bedacht zu nehmen sein, dass der Unternehmer seine Rechtsposition aus den rechtswidrigen Klauseln keinesfalls ohne Notwendigkeit aufrechterhalten können soll, was im Zweifel für eine knappere Bemessung der Frist sprechen wird (RS0041265 [T12, T13]). Gründe, warum das Unterlassungsgebot des Sich-Berufens bezüglich der nun beurteilten Klausel keiner oder einer anderen Umsetzungsfrist bedürfte, hat die Beklagte nicht vorgebracht.

Die Leistungsfrist war somit auch für das Verbot, sich auf die genannte Klausel oder eine sinngleiche Klausel zu berufen, mit einem Monat festzusetzen.

4. Zur erstinstanzlichen Kostenentscheidung:

Die aufgrund der Abänderung der angefochtenen Entscheidung neu zu fassende erstinstanzliche Kostenentscheidung gründet auf § 43 Abs 2 ZPO.

Unterliegt der Kläger mit seinem Hauptbegehren, obsiegt er aber mit dem Eventualbegehren, sind ihm nur dann nach § 43 Abs 2 ZPO die gesamten Kosten zuzusprechen, wenn der Verfahrensaufwand, der zur Prüfung der Berechtigung des Hauptbegehrens erforderlich war, auch für die Beurteilung des Eventualbegehrens verwertet werden konnte, die materiellrechtliche Grundlage ident war und mit dem Eventualbegehren annähernd der gleiche wirtschaftliche Erfolg wie bei Stattgebung des Hauptbegehrens erreicht wurde (*Obermaier*, Kostenhandbuch³ Rz 1.146). Das Vorliegen dieser Voraussetzungen für einen vollen Kostenersatz an den Kläger ist für das erstinstanzliche Verfah-

ren zu bejahen.

5. Zur Kostenentscheidung im Berufungsverfahren:

Der Kläger obsiegte mit seiner Berufung zur Gänze. Die Kostenentscheidung gründet daher auf §§ 41 Abs 1, 50 Abs 1 ZPO. Das Festsetzen der Leistungsfrist ist kostenneutral.

6. Zum Bewertungsausspruch/Revisionszulässigkeit:

Der Ausspruch nach § 500 Abs 2 Z 1 ZPO orientiert sich an der unbedenklichen Bewertung des Klägers.

Da die verwendeten allgemeinen Informationen iSd § 7 HIKrG für zahlreiche Verbraucher von Bedeutung sind und der OGH bisher zu der Frage, wie das HIKrG in seiner alten Fassung unions- und richtlinienkonform auszulegen ist, noch nicht Stellung genommen hat, war die ordentliche Revision zuzulassen.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 3, am 18. August 2021

Mag. Fritz Iby
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG