

JETZT IM  
NEUEN DESIGN

# VbR

## Zeitschrift für Verbraucherrecht

### Beiträge

#### Unzulässige Zusatzentgelte in Verbraucherverträgen

Sebastian Schumacher und Florian Wenda

#### Regressproblematik in der Gebäudeversicherung am Beispiel des haftpflichtigen Mieters

Alexander Neissl

### Rechtsprechung

KuKuSpoSiG: Festivalabsage 2020, Gutscheinauszahlung

Dieselskandal: Rückabwicklung nach Wandlung

Vorzeitige Rückzahlung beim Hypothekarkredit

DSGVO: Parallelität des Rechtswegs

Kartellschadenersatz: Schadensschätzung und Kostenersatz

### Pro & Contra

#### Intransparente Rentenoptionsklauseln in der Lebensversicherung

Peter Konwitschka/Martin Ramharter

# Unzulässige Zusatzentgelte in Verbraucherverträgen

Weichenstellungen des OGH in 4 Ob 59/22 p VbR 2022/130

## Der Beitrag schnell gelesen

Im Wettbewerb um den scheinbar billigsten Preis hat sich in vielen Branchen die Praxis etabliert, zusätzlich zum Grundentgelt weitere Gebühren einzuheben. Die Zulässigkeit solcher Zusatzentgelte ist seit jeher umstritten. Der OGH prüfte in seinem Urteil v 18. 10. 2022, 4 Ob 59/22 p, iZm einer Fitnessstudiokette verschiedene Gebühren und traf wichtige Klarstellungen, deren praktische Bedeutung weit über den Anlassfall hinausgeht. Aus dem Urteil ist abzuleiten, dass Zusatzentgelte der Inhaltskontrolle unterliegen und Verbrauchern nur verrechnet werden dürfen, wenn ihnen eine werthaltige Mehrleistung

gegenübersteht (§ 879 Abs 3 ABGB). Zudem müssen Zusatzentgelte transparent sein (§ 6 Abs 3 KSchG). Entgelten für Zusatzleistungen müssen Verbraucher ausdrücklich zustimmen (§ 6c KSchG). Zu Unrecht bezahlte Zusatzentgelte können innerhalb von 30 Jahren zurückgefordert werden.

### Allgemeines Verbraucherrecht

§ 879 Abs 3 ABGB; § 6 Abs 3, § 6c KSchG  
OGH 18. 10. 2022, 4 Ob 59/22 p

VbR 2023/8



Dr. SEBASTIAN SCHUMACHER ist Rechtsanwalt in Wien. Der Autor war als Klagevertreter am Verfahren 4 Ob 59/22 p beteiligt.  
FLORIAN WENDA ist juristischer Mitarbeiter der Kanzlei Schumacher.

## A. Einleitung

Zusatzentgelte sind im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern allgegenwärtig. Zum einen sehen sich Verbraucher mit anlassbezogenen Gebühren konfrontiert, deren Verrechnung bei Vertragsabschluss noch nicht feststeht, sondern vom Eintreten bestimmter Umstände abhängt (zB der Ausfol-

gung oder Übertragung von verwahrten Wertpapieren, dem Wunsch nach Erhalt einer Papierrechnung, der Notwendigkeit einer Rechtsfallbearbeitung, der Ausstellung einer Ersatzkarte oder dem Eintritt eines Todesfalls).<sup>1</sup> Zum anderen verlangen Unternehmer Zusatzentgelte, die jedenfalls und unterschiedslos von allen vertragsschließenden Verbrauchern zu zahlen sind – unabhängig von einem anfallenden Aufwand, konkreten Kosten oder

<sup>1</sup> Vgl OGH 7. 8. 2008, 6 Ob 253/07k, Klausel 14; OGH 28. 2. 2012, 4 Ob 141/11f Klauseln d, e; OGH 22. 10. 2020, 5 Ob 15/20x VbR 2021/92, Klauseln 15 bis 17.

einer vom einzelnen Verbraucher bestellten, zusätzlichen Leistung. Gerade zu den letztgenannten Gebühren, auf die sich der vorliegende Artikel konzentriert, lag hgRsp bislang nur spärlich vor. In 4 Ob 59/22 p VbR 2022/130 liefert der OGH nunmehr Leitlinien zur Beurteilung solcher Zusatzentgelte.

## B. Schranken der Gebührenverrechnung

### 1. Inhaltskontrolle des § 879 Abs 3 ABGB

Bekanntlich erfasst die Inhaltskontrolle des § 879 Abs 3 ABGB nur Vertragsbestimmungen, die nicht eine der beiden Hauptleistungen festlegen, also nach Art 4 Abs 2 der KlauselRL (RL 93/13/EWG) „weder den Hauptgegenstand des Vertrags noch die Angemessenheit zwischen dem Preis bzw. Entgelt und den Dienstleistungen bzw. den Gütern, die die Gegenleistung darstellen,“ betreffen.

Ob eine Gebühr als kontrollfreie Hauptleistung oder als kontrollunterworfenen Zusatzentgelt anzusehen ist, beurteilte die bisherige hgRsp kasuistisch. Während der OGH etwa Depotübertragungsgebühren,<sup>2</sup> einen „Umweltbeitrag“ für eine Papierrechnung<sup>3</sup> und einen dreiprozentigen Preisaufschlag für die „Ausfallhaftung“ in den AGB einer Wärmelieferantin<sup>4</sup> als kontrollfähig erachtete,<sup>5</sup> qualifizierte er in einer vieldiskutierten Entscheidung Kreditbearbeitungsgebühren als kontrollfreie Hauptleistung.<sup>6, 7</sup> Klare Abgrenzungskriterien waren schwer auszumachen.

Der EuGH legt den Begriff des „Hauptgegenstands des Vertrags“ seit jeher eng aus und sieht davon nur Leistungen umfasst, die den Vertrag als solches charakterisieren und das Wesen des Vertragsverhältnisses selbst definieren.<sup>8</sup> Eine bei Abschluss eines Kreditvertrags zu zahlende „Bereitstellungsprovision“ erachtete der EuGH in der Rs *Caixabank SA* folgerichtig nicht als Teil der Hauptleistung<sup>9</sup> – womit sich ein Spannungsfeld zur OGH-Rsp auftut.

Diese Judikaturdivergenz hat der OGH in 4 Ob 59/22 p zum Anlass genommen, seine bisherige Rsp – insb 6 Ob 13/16 d – „in unionsrechtlichem Lichte neu zu bewerten“ (Rz 49). In Abkehr von seiner bisherigen Haltung vertritt der OGH nunmehr, dass Zusatzentgelte grundsätzlich einer Missbräuchlichkeitsprüfung unterworfen sind.<sup>10</sup> Dies gilt auch für Gebühren, die für die Erbringung unselbstständiger Nebenleistungen<sup>11</sup> verrechnet werden. Angesichts der EuGH-Rsp zum Hauptgegenstand des Vertrags ist das nur konsequent, können diese Leistungen doch kaum als charakteristisch für ein bestimmtes Vertragsverhältnis begriffen werden.

Die von der bisherigen (auch unterinstanzlichen) Judikatur als nicht nur kontrollunterworfenen, sondern auch als missbräuchlich iSd § 879 Abs 3 ABGB qualifizierten Zusatzentgelte lassen sich in folgende Kategorien einteilen:

- ▶ Zusatzentgelte, denen weder eine konkrete Zusatzleistung noch konkrete Kosten gegenüberstehen;<sup>12</sup>
- ▶ Zusatzentgelte für Leistungen, die nicht über jenes Maß hinausgehen, die durch den Vertrag ohnedies zu erbringen sind und bereits durch das „Grundentgelt“ abgegolten sind;<sup>13</sup>
- ▶ Zusatzentgelte für (mitunter werthaltige) Leistungen, die vom Verbraucher nicht bestellt wurden, und die auch dann verrechnet werden, wenn der Verbraucher die angebotenen Leistungen nicht in Anspruch nimmt;<sup>14</sup>
- ▶ Zusatzentgelte für nicht näher spezifizierte Leistungen, denen kein individueller und durchsetzbarer Erfüllungsanspruch des Verbrauchers gegenübersteht.<sup>15</sup>

Ein kontrollunterworfenen Zusatzentgelt dürfte der Inhaltskontrolle des § 879 Abs 3 ABGB nach neuerer Rsp demnach nur

standhalten, wenn damit eine konkrete Leistung abgegolten wird, die einen werthaltigen Zusatznutzen für einen Verbraucher bringt, von ihm ausdrücklich gewünscht wurde und im Fall der Nichterfüllung von ihm durchgesetzt werden kann.

### Zusatzentgelte dürfen nach neuerer Rsp nur verrechnet werden, wenn damit eine konkrete Mehrleistung abgegolten wird.

Die Höhe des Entgelts muss dabei in einem angemessenen Verhältnis zur erbrachten Leistung stehen. Eine Pauschalierung von Entgelten ist nicht von vornherein unzulässig, solange damit die tatsächlichen Kosten nicht grob überschritten werden.<sup>16</sup> Unter Bezugnahme auf die E *Caixabank SA*<sup>17</sup> verlangt der OGH jedoch einen „konkrete[n] Konnex zwischen dem ausgewiesenen Sonderentgelt und den tatsächlich erbrachten Dienstleistungen und dem Unternehmer entstandenen Kosten“, wobei die für das Entgelt erbrachten Leistungen über die Erfüllung der vertraglichen Hauptleistungspflicht hinausgehen müssen.<sup>18</sup>

<sup>2</sup> OGH 7. 8. 2008, 6 Ob 253/07k, Klausel 14.

<sup>3</sup> OGH 28. 2. 2012, 4 Ob 141/11f Klauseln d, e.

<sup>4</sup> OGH 20. 1. 2021, 3 Ob 202/20g VbR 2021/31.

<sup>5</sup> Siehe allgemein RIS-Justiz RS0016908 [T 6].

<sup>6</sup> OGH 30. 3. 2016, 6 Ob 13/16d VbR 2016/86 (*Kellner*) = VbR 2016/87 (*Gelbmann*) = VbR 2016/92 (*Reichholf-Kogler/Reichholf*).

<sup>7</sup> Anders dagegen der BGH (BGH 13. 5. 2014, XI ZR 405/12; BGH 13. 5. 2014, XI ZR 170/13).

<sup>8</sup> Etwa EuGH 30. 4. 2014, C-26/13, *Kásler und Káslerné Rábai*, Rn 42, 49, 50; EuGH 23. 4. 2015, C-96/14, *Van Hove*, Rn 31, 33; EuGH 10. 6. 2021, C-609/19, *BNP Paribas Personal Finance SA*, Rn 51, 52.

<sup>9</sup> EuGH 16. 7. 2020, C-224/19 und C-259/19, *Caixabank SA*, VbR 2020/139, 222 (*Leupold/Gelbmann*). Aus dem Urteil: „Der Umstand, dass in den Gesamtkosten eines Hypothekendarlehens eine Bereitstellungsprovision enthalten ist, kann nicht dafür ausschlaggebend sein, dass sie eine Hauptleistung des Darlehensvertrags ist.“

<sup>10</sup> Diese Ansicht wurde inzwischen – zu den in 4 Ob 59/22 p VbR 2022/130 behandelten identen Gebührenklauseln – übernommen von: OGH 18. 10. 2022, 4 Ob 62/22d; OGH 17. 11. 2022, 3 Ob 155/22y VbR 2022/131; OGH 18. 11. 2022, 6 Ob 62/22v; OGH 22. 11. 2022, 2 Ob 139/22p. Ebenso zu einer der Chipgebühr in 4 Ob 59/22 p ähnelnden Zutrittsgebühr in einem Fitnessstudiovertrag OGH 22. 11. 2022, 10 Ob 53/22z, Klausel 20 sowie zu einer der Verwaltungspauschale in 4 Ob 59/22p; OGH 24. 1. 2023, 9 Ob 88/22i; OGH 24. 1. 2023, 9 Ob 106/22m (s dort zudem zu einer Anmeldegebühr Klausel 6. ähnelnden Aktivierungsgebühr, verrechnet von einer weiteren Fitnessstudiokette, OGH 9. 12. 2022, 6 Ob 44/22x).

<sup>11</sup> Leistungen also, die der Vorbereitung und reibungslosen Abwicklung der für den Vertragstyp charakteristischen Hauptleistung dienen (RIS-Justiz RS0013929).

<sup>12</sup> 4 Ob 59/22p, Rz 50 und 53, wonach eine Servicepauschale ohne erkennbare Gegenleistungen unzulässig ist.

<sup>13</sup> 4 Ob 59/22p, Rz 59 und 60, wonach eine Verwaltungspauschale und eine Chipkartengebühr unzulässig sind, weil diesen Zusatzentgelten kein nennenswerter Zusatzaufwand gegenübersteht, der nicht ohnedies bei Vertragsabschluss und Vertragserfüllung anfallen würde.

<sup>14</sup> Ein Fitnessstudio begründete die Verrechnung einer halbjährlichen Servicepauschale damit, dass die Kunden im Gegenzug halbjährlich individuelle Trainingspläne an der Rezeption abholen, laufend (zumindest einmal pro Woche) an Fitnesskursen teilnehmen und Gebrauchseinweisungen auf Trainingsgeräten einfordern könnten. Nachdem aber auch Kunden das Zusatzentgelt bezahlen mussten, die kein Interesse an diesen Leistungen hatten und diese nicht in Anspruch nahmen, beurteilte das OLG Wien (29. 11. 2022, 2 R 155/22m) die Gebühr als gröblich benachteiligend. Ähnlich bereits: OGH 20. 1. 2014, 4 Ob 115/13k.

<sup>15</sup> Zuweilen begründen Unternehmer die Einhebung einer Zusatzgebühr damit, dass das Entgelt für die Verbesserung des Service oder den Ausbau des Leistungsangebots verwendet wird. Aus solchen unverbindlichen Absichtserklärungen ergibt sich jedoch kein durchsetzbares Leistungsversprechen. Ein Verbraucher kann weder Erfüllungs- noch Gewährleistungsansprüche geltend machen, weshalb derartige Absichtserklärungen die Zulässigkeit eines Zusatzentgelts nicht zu legitimieren vermögen (vgl OLG Wien 25. 1. 2022, 5 R 133/21x).

<sup>16</sup> RIS-Justiz RS0123253; 4 Ob 59/22p, Rz 50.

<sup>17</sup> Siehe dort Rz 79.

<sup>18</sup> 4 Ob 59/22p, Rz 50.

## 2. Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG; Informationspflichten über Gesamtpreis und Kosten gem § 5 a Abs 1 Z 3 KSchG und § 4 Abs 1 Z 4 und 5 FAGG

Im Unterschied zu § 879 Abs 3 ABGB sind Klauseln auch dann einer Transparenzprüfung nach § 6 Abs 3 KSchG zu unterziehen, wenn sie den Hauptgegenstand des Vertrags regeln.<sup>19</sup> Das gilt auch für Entgeltklauseln.

Bei Zusatzentgelten verlangt das Transparenzgebot zunächst nach klarer Leistungsbeschreibung.<sup>20</sup> Ein Verbraucher muss wissen, welche Gegenleistung er für eine bestimmte Gebühr erhält. Nur so kann er beurteilen, ob die Gegenleistung nicht bereits durch die Zahlung des Grundentgelts entlohnt wird.<sup>21</sup> Zudem ist die klare Leistungsbeschreibung Voraussetzung für die Geltendmachung von Ansprüchen wegen Nicht- oder Schlechterfüllung.<sup>22</sup> Erweist sich die Leistungsbeschreibung einer nicht die Hauptleistung betreffenden Gebührenklausel als intransparent, verstößt die Klausel oft auch gegen § 879 Abs 3 ABGB,<sup>23</sup> da der mit der Unbestimmtheit der Leistungsbeschreibung einhergehende Spielraum dem Unternehmer die Möglichkeit eröffnet, von der vom Verbraucher erwarteten Leistung – trotz gleichbleibender Zahlungspflicht – zulasten des Verbrauchers abzuweichen (vgl § 6 Abs 2 Z 3 KSchG).

§ 6 Abs 3 KSchG gebietet zudem Preistransparenz. Die Verrechnung des Entgelts unter verschiedenen Positionen kann einem Verbraucher die Höhe des Gesamtentgelts verschleiern<sup>24</sup> und ihm damit die Möglichkeit nehmen, die Angemessenheit des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung zu beurteilen und den Vergleich zu Konkurrenzangeboten herzustellen. Das Angebot des Unternehmers muss daher so ausgestaltet sein, dass ein Konsument in einfacher Weise das von ihm für den vereinbarten Leistungszeitraum geschuldete Gesamtentgelt erkennen kann. Diese Verpflichtung ergibt sich explizit aus den mit der VerbraucherrechteRL (RL 2011/83/EU) umgesetzten Bestimmungen § 5 a Abs 1 Z 3 KSchG und § 4 Abs 1 Z 4 und 5 FAGG.<sup>25</sup> Werden diese zwingenden Informationspflichten verletzt, verstößt eine Gebührenklausel auch gegen § 6 Abs 3 KSchG.

## 3. Ausdrückliche Zustimmung zu zusätzlichen Zahlungen gem § 6 c KSchG

Werden die Kriterien der Angemessenheit und Transparenz erfüllt, ist die Zulässigkeit eines Zusatzentgelts in einem weiteren Schritt an den Anforderungen des § 6 c KSchG zu prüfen: Eine Vereinbarung, mit der sich ein Verbraucher neben dem für die Hauptleistung vereinbarten Entgelt zu weiteren Zahlungen – etwa als Entgelt für eine Zusatzleistung des Unternehmers – verpflichtet, kommt nur wirksam zustande, wenn ihr der Verbraucher ausdrücklich zustimmt. § 6 c KSchG, der nicht auf alle Verbrauchergeschäfte anwendbar ist,<sup>26</sup> geht auf Art 22 VerbraucherrechteRL zurück, ist bislang allerdings trotz der erheblichen Praxisrelevanz wenig bekannt. Weder OGH noch EuGH mussten sich bisher mit der Bestimmung auseinandersetzen. Vor allem zwei Fragen harren der hg Beantwortung:

1) Wann liegt eine ausdrückliche Zustimmung vor?

2) Was ist unter „weiteren Zahlungen“ bzw „Extrazahlungen“ zu verstehen?

Das Kriterium der ausdrücklichen Zustimmung interpretiert die Lehre in weitgehender Einigkeit als Erfordernis einer aktiven Zustimmungshandlung bzw Zustimmungserklärung des Verbrauchers.<sup>27</sup> Eine Zustimmungserklärung in den AGB genügt selbst dann nicht, wenn sie herausgehoben und auffällig ist.<sup>28</sup>

Der Begriff der „weiteren Zahlung“ bzw der „Extrazahlung“ umfasst unstrittigerweise die in § 6 c Abs 1 Satz 1 KSchG bei-

spielhaft ausdrücklich genannten Entgelte für eine Zusatzleistung des Unternehmers.<sup>29</sup> Die Bedeutung dieses Umstands ist iZm den obigen Ausführungen zu sehen: Steht einer in AGB normierten Zusatzgebühr keine Mehrleistung gegenüber, ist sie missbräuchlich. Sollen Verbraucher gegen Zahlung eines Entgelts eine Mehrleistung erhalten, kann das – wegen der Notwendigkeit einer ausdrücklichen Zustimmung – ebenso wenig verbindlich in den AGB normiert werden.

Betreffend die Anwendbarkeit des § 6 c KSchG auf unselbstständige Nebenleistungen gehen die Meinungen auseinander.<sup>30</sup> Die ablehnenden Stimmen berufen sich dabei (ua) auf die Materialien,<sup>31</sup> nach denen „unter den Begriff der ‚Zusatzleistung‘ im Sinn des Abs 1 nicht etwa solche Nebenkosten fallen, die notwendigerweise mit der Erfüllung des Vertrags verbunden sind, wie zum Beispiel die Versandkosten bei Lieferung einer Ware an die Anschrift des Verbrauchers.“<sup>32</sup> Diese Differenzierung findet sich jedoch weder im Gesetzes- noch im Richtlinienentwurf wieder, sodass ihre Beachtlichkeit bei der Auslegung des § 6 c KSchG insb angesichts des Gebots der richtlinienkonformen Interpretation fraglich ist. Jedenfalls abzulehnen ist uE die von *Apathy/Frössel* vertretene Ansicht, ein Entgelt sei bereits dann notwendigerweise mit der Erfüllung des Vertrags verbunden, wenn der Unternehmer den Vertrag ohne dieses Entgelt nicht abschließen wolle.<sup>33</sup> Eine solche Lesart überlässt es Unternehmern, Gebühren als „notwendig“ zu deklarieren und damit der Kontrolle nach Art 22 VerbraucherrechteRL bzw § 6 c KSchG zu entziehen. Das Kriterium der Notwendigkeit verlangt im Gegenteil nach einer objektiven Betrachtung. Einen Anhaltspunkt kann die redliche Verkehrsauffassung<sup>34</sup> bieten: Kann ein Verbraucher mit dem Anfallen einer bestimmten Gebühr rechnen, weil sie mit dem konkreten Vertragstyp wesensnotwendig verbunden ist – wie Versandkosten im Onlinehandel – erübrigt sich eine ausdrückliche Zustimmung nach § 6 c KSchG. Auf die allermeisten unselbstständigen Nebenleistungen trifft das jedoch gerade nicht zu: IdR sind sie entgeltfrei.<sup>35</sup> Zudem sprechen sowohl Wortlaut

<sup>19</sup> *Leitner*, Das Transparenzgebot (2005) 37.

<sup>20</sup> Siehe etwa RIS-Justiz RS0115217 [T 3].

<sup>21</sup> So zB bei einer Chipkartengebühr.

<sup>22</sup> Eine Klausel mit intransparenter Leistungsbeschreibung kann daher auch gegen § 9 KSchG verstoßen (vgl RIS-Justiz RS0122042).

<sup>23</sup> Vgl EuGH 18. 11. 2021, C-212/20, A. S.A., VbR 2022/12.

<sup>24</sup> OGH 20. 3. 2007, 4 Ob 221/06p zu Klauseln 41 a und b.

<sup>25</sup> Siehe dazu OGH 28. 9. 2021, 4 Ob 86/21g VbR 2022/28 (*Strohmayr*).

<sup>26</sup> Vgl § 6 c Abs 4 KSchG.

<sup>27</sup> Siehe jeweils mwN *Leupold* in *Kosesnik-Wehrle* (Hrsg), KSchG<sup>4</sup> (2015) § 6 c Rz 5 und *Docekal* in *Keiler/Klauser* (Hrsg), Österreichisches und Europäisches Verbraucherrecht (2015) § 6 c KSchG Rz 8.

<sup>28</sup> *Kathrein*, Neues Konsumentenrecht, ZVR 2014, 184 (186).

<sup>29</sup> *Leupold*, KSchG<sup>4</sup> § 6 c Rz 3.

<sup>30</sup> Siehe zum Stand der Lehre *Strohmayr*, Servicepauschale und Speichermedienvergütung – Erstattungsanspruch gegen Telekom-Anbieter, VbR 2022, 48 (49, FN 12, 13). Das OLG Wien (14. 2. 2023, 2 R 117/22y, Klausel 2) bejahte jüngst die Anwendbarkeit auf in den AGB einer Pauschalreiseveranstalterin normierte Gebühren, obwohl diese „keine Zahlungen für fakultative Zusatzleistungen“ darstellten (Pkt 2.4.1.).

<sup>31</sup> ZB *Schoditsch*, Kosten telefonischer Kundendienste und Zusatzleistungen, VbR 2015, 4 (6); *Apathy/Frössel* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar<sup>5</sup> (2021) IX § 6 c KSchG Rz 3.

<sup>32</sup> ErläutRV 89 BgNR 25. GP 17.

<sup>33</sup> *Apathy/Frössel* in ABGB Praxiskommentar IX<sup>5</sup> § 6 c KSchG Rz 3.

<sup>34</sup> Auf diese verweist *Wendehorst*, VRUG – Neuerungen in §§ 6 b und 6 c KSchG, in *Leupold* (Hrsg), Forum Verbraucherrecht 2015 (2015) 23 (30).

<sup>35</sup> *Riedler* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar IV<sup>4</sup> (2014) § 859 ABGB Rz 18.

von Gesetz und Richtlinie als auch Normzweck für einen umfassenden Anwendungsbereich des § 6 c KSchG.<sup>36</sup>

## C. Ausgewählte Problemfelder

### 1. Fitnessstudioverträge

Nach Angaben der WKÖ<sup>37</sup> steigerte sich die Zahl der Fitnessstudios 2018 um 5,3% (2017: 5,9%; 2016: 6,1%). Träger dieses Wachstums sind Diskontanbieter, die mit niedrigen Mitgliedsgebühren Marktanteile auf Kosten der mittelpreisigen Studios erobert. Der Gesamtumsatz der Branche blieb aber trotz der Wachstumsraten konstant, ja der Umsatz pro Fitnessgast schrumpfte 2018 zum fünften Mal in Folge. Um in diesem Preiskampf auf ihre Kosten zu kommen, versuchten große Fitnessketten, zusätzlich zu den (scheinbar) günstigen Mitgliedsbeiträgen eine Reihe weiterer Zusatzgebühren zu verrechnen.<sup>38</sup> Die sich im Verdrängungswettbewerb befindlichen kleineren Anbieter übernahmen diese Praxis. Dies gipfelte in einer Vielzahl verschieden bezeichneter Gebühren,<sup>39</sup> denen keine nennenswerte Gegenleistung gegenüberstand. Diesem Gebührenwildwuchs setzt der OGH mit 4 Ob 59/22p und den in FN 10 angeführten Urteilen ein Ende. Weiterhin zulässig bleibt die Verrechnung von Extraleistungen, die ausdrücklich von Kunden gewünscht werden,<sup>40</sup> solange die Grenzen des § 6 c KSchG eingehalten werden.

### 2. Telekomverträge

Die von allen größeren Anbietern in der Telekom- oder Internetbranche eingehobene jährliche Servicepauschale ist ein Austriacum, die in anderen Ländern, zB Deutschland,<sup>41</sup> unbekannt ist. Der OGH beurteilte bereits 2014 anlässlich einer UWG-Verbandsklage eine Internetservicepauschale für nicht bestellte und nicht werthaltige Gegenleistungen nicht nur als irreführende, sondern auch als aggressive Geschäftspraktik.<sup>42</sup> In 4 Ob 86/21g hielt der OGH zu einer weiteren UWG-Verbandsklage fest, dass eine jährliche Servicepauschale im Gesamtpreis für den jeweiligen Abrechnungszeitraum einberechnet werden muss.<sup>43</sup> Zur Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit der Servicepauschale im Telekommunikationsbereich liegt bislang keine hGRsp vor, schlichtweg deshalb, weil diese Frage noch nie in einer Verbandsklage nach § 28 KSchG thematisiert wurde. Dennoch kann kein Zweifel daran bestehen, dass die von Gerichten iZm Fitnessstudios erarbeiteten Zulässigkeitskriterien in gleicher Weise für Telekom- und Internetverträge gelten. Zusatzentgelte, denen keine individuelle, werthaltige Mehrleistung gegenübersteht, bspw weil sie für allgemeine Zwecke (Ausbau der Netzinfrastruktur) eingehoben werden, sind damit unzulässig.

**Zusatzentgelte, denen keine individuelle, werthaltige Mehrleistung gegenübersteht, sind unzulässig.**

### 3. Kreditverträge

Die früher weit verbreitete Praxis der Verrechnung einer zusätzlichen Bearbeitungsgebühr in Verbraucherdarlehen ging in letzter Zeit merklich zurück. Grund dafür sind die mit der *Lexitor*-Entscheidung des EuGH<sup>44</sup> verbundenen Änderungen im Verbraucherkreditrecht: Zahlt ein Verbraucher einen der VerbraucherkreditRL (2008/48/EG) unterliegenden Kredit vorzeitig zurück, ist die Bearbeitungsgebühr anteilig rückzuerstatten.<sup>45</sup> Damit verlor sie für den Bankensektor stark an Attraktivität. Die Frage nach den Auswirkungen der jüngsten Rsp auf Kreditbearbeitungsgebühren ist dennoch brisant. Während nie strittig war, dass diese Gebühren der Transparenzprüfung unterliegen,<sup>46</sup> ver-

schloss sich der OGH wie erwähnt in 6 Ob 13/16d einer Missbräuchlichkeitsprüfung nach § 879 Abs 3 ABGB mit dem Argument, die Bearbeitungsgebühr sei als Hauptgegenstand des Vertrags kontrollfrei. Diese Haltung gibt der OGH in 4 Ob 59/22p, Rz 49f, auf und postuliert unter Bezugnahme auf EuGH *Caixa-bank SA* die Maxime, dass in einem Verbraucherkreditvertrag ein konkreter Konnex zwischen Sonderentgelt und tatsächlich erbrachter Dienstleistung bestehen muss; eine Pauschalierung sei nur dann zulässig, wenn damit die konkreten Kosten nicht grob überschritten werden. Der OGH spricht damit einen heiklen Punkt an: In der Vergangenheit haben Banken ihren Kunden nicht den konkret entstandenen Aufwand, sondern einen Prozentsatz der Kreditsumme verrechnet.<sup>47</sup> Gerade bei Hypothekendarlehen stand die prozentmäßig berechnete Bearbeitungsgebühr oft in keinem angemessenen Verhältnis zu den tatsächlichen Kosten.<sup>48</sup> Darüber hinaus stellt sich die Frage nach der grundsätzlichen Zulässigkeit, die dann nicht vorliegen wird, wenn mit der Kreditbearbeitungsgebühr keine Leistungen abgegolten werden, die nicht ohnedies von der Bank iZm der Kreditgewährung zu erbringen sind.<sup>49</sup>

## D. Rechtsfolgen unzulässiger Gebührenverrechnung

Unzulässige Gebührenklauseln entfallen ersatzlos, dh ein Unternehmer kann weder einen Teil der unzulässigen Gebühren einbehalten noch sonstige Ersatzansprüche geltend machen.<sup>50</sup>

### Unzulässige Gebührenklauseln entfallen ersatzlos.

<sup>36</sup> Siehe *Strohmayr*, VbR 2022, 48 (50) und *Kolba/Leupold*, Das neue Verbraucherrecht (2014) Rz 484; vgl auch *Apathy/Frössel* in ABGB Praxiskommentar IX<sup>5</sup> § 6 c KSchG Rz 2, 3. IdS auch das OLG Wien 14. 2. 2023, 2 R 117/22y, Pkt 2.4.1.

<sup>37</sup> [www.wko.at/site/fitnessbetriebe/der-fitness-markt-in-oesterreich.html](http://www.wko.at/site/fitnessbetriebe/der-fitness-markt-in-oesterreich.html) (zuletzt abgerufen am 23. 1. 2023).

<sup>38</sup> Im Fall der E 4 Ob 59/22p gleich drei zusätzliche Gebühren ohne erkennbare Gegenleistung.

<sup>39</sup> Anmelde-, Aktivierungs-, Energiekosten-, Hygiene-, Karten-, Service-, Transponder-, Verwaltungsgebühr etc.

<sup>40</sup> Gerade bei Diskontanbietern ist es üblich, dass mit der Zahlung der „flat fee“ nur die Nutzung der Trainingsgeräte abgedeckt wird und für jede Zusatzleistung (Duschen, Solarium, Trainerstunden) extra bezahlt werden muss.

<sup>41</sup> Außer einer einmaligen Anschlussgebühr werden keine weiteren obligatorischen Zusatzentgelte, denen keine ausdrücklich bestellten Leistungen gegenüberstehen, verrechnet.

<sup>42</sup> OGH 20. 1. 2014, 4 Ob 115/13k.

<sup>43</sup> *Strohmayr*, VbR 2022, 48.

<sup>44</sup> EuGH 11. 9. 2019, C-383/18, *Lexitor*.

<sup>45</sup> § 16 Abs 1 VKrG. Anders zur WIKrRL (2014/17/EU) jüngst EuGH 9. 2. 2023, C-555/21, *UniCredit*, wonach laufzeitunabhängige Kosten nicht anteilig zurückerstattet werden müssen (s dort jedoch einschränkend Rz 37, 38). Zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Kreditbearbeitungsgebühren lässt sich der Entscheidung keine Aussage entnehmen, weil diese Frage nicht verfahrensgegenständlich war und den Gebühren (zB Grundbucheintragung, Schätzung, Beglaubigungskosten etc, Rz 18) außerdem konkrete Kosten gegenüberstanden.

<sup>46</sup> In 4 Ob 221/06p, Klauseln 41a und b wurde eine Kreditbearbeitungsgebühr aufgrund der intransparenten Verrechnungsweise als unzulässig qualifiziert.

<sup>47</sup> Je nach Höhe des Kredits und Bonität des Kreditnehmers zwischen 1% und 4% der Kreditsumme.

<sup>48</sup> In 6 Ob 13/16d wurde ein Zeitaufwand des Bankberaters von sechs bis acht Stunden angenommen. Geht man zB von einem Hypothekarkredit von € 350.000,- und einer Bearbeitungsgebühr von 1,5% aus, fielen eine Bearbeitungsgebühr von € 5.250,- an, obwohl der übliche Stundensatz (vgl Preisaushänge der Kreditinstitute) bei rund € 100,- liegt, womit bei konkreter Abrechnung nur Kosten zwischen € 600,- und 800,- zu bezahlen wären.

<sup>49</sup> Grundlegend dazu BGH 13. 5. 2014, XI ZR 170/13.

<sup>50</sup> EuGH 8. 12. 2022, C-625/21, *Gupfinger*, VbR 2022/132; *Leupold*, Windfall Profits, Cherry Picking und die missbräuchliche Stornoklausel: *Gupfinger locuta*, Onlineblog consumer\_law 11. 12. 2022; *dies*, RdW 2023/1. So wäre es etwa einer Bank verwehrt, aufgrund des Entfalls einer Bearbeitungsgebühr im Gegenzug die Kreditzinsen zu erhöhen oder nachzuerrechnen.

Verbraucher haben Anspruch auf Rückerstattung der vollen Gebührenhöhe zzgl 4% Zinsen. Besteht noch ein aufrechtes Vertragsverhältnis, kann aufgerechnet werden. Die Ansprüche verjähren in 30 Jahren (§ 1478 ABGB). Auch im Falle der wiederkehrenden Einhebung eines unzulässigen Zusatzentgelts (zB jährliche Servicepauschale), kommt die kurze Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 1480 ABGB) nicht zur Anwendung. Zusatzentgelte, denen keine substantielle Leistung gegenübersteht, können nicht unter die in § 1480 ABGB genannten Fälle subsumiert werden. Ein für die Anwendung dieser Bestimmung erforderlicher Analogieschluss würde gegen das Unionsrecht verstoßen. Bei Anwendung des § 1480 ABGB könnte etwa ein Verbraucher, der über einen Zeitraum von zehn Jahren eine rechtswidrige Servicepauschale bezahlt hat, Rückerstattungsansprüche bloß für die letzten drei Jahre einklagen. Diese Rechtsfolge würde nach stRsp des EuGH das Effektivitätsgebot verletzen, weil Ansprüche eines Verbrauchers nicht vor Kenntnisnahme der Miss-

bräuchlichkeit der Klausel verjähren dürfen und die Verjährungsfrist so ausgestaltet sein muss, dass dem Verbraucher ausreichend Zeit für die Geltendmachung seiner Ansprüche bleibt.<sup>51</sup>

### Plus

#### ÜBER DIE AUTOREN

Kontaktadresse: Kanzlei Schumacher, Mohsgasse 2/5 a, 1030 Wien,  
www.kanzlei-schumacher.at

<sup>51</sup> EuGH 9. 7. 2020, C-698/18 und C-699/18, *Raiffeisen*, VbR 2020/83 (*Leupold/Gelbmann*); EuGH 16. 7. 2020, C-224/19 und C-259/19, *Caixabank SA*, VbR 2020/139, 222 (*Leupold/Gelbmann*); EuGH 22. 4. 2021, C-485/19, *Profi Credit Slovakia*; EuGH 10. 6. 2021, C-776/19 bis C-782/19, *BNP Paribas Personal Finance*, VbR 2021/116 (*Schumacher*); EuGH 5. 3. 2020, C-679/18, *OPR-Finance*, VbR 2020/115 (*Leupold/Gelbmann*). Dazu P. Bydlinski, OGH und EuGH zur Verjährung von Rückforderungsansprüchen, VbR 2020, 200.