

ZK 16 148, publiziert Dezember 2016

Entscheid der 2. Zivilkammer des Kantons Bern

vom 23. September 2016

Besetzung

Oberrichter Kiener (Referent), Oberrichter Schlup und Oberrichterin Grütter
Gerichtsschreiber Knecht

Verfahrensbeteiligte

A.,
vertreten durch Rechtsanwalt X.

Beschwerdeführerin

gegen

B.,
vertreten durch Rechtsanwalt Y.

Beschwerdegegner

Gegenstand
provisorische Rechtsöffnung

Regeste:

- Art. 28 KKG
- Art. 31 Abs. 1 KKG
- *Geringfügige Abweichungen zum in der Quellensteuertabelle genannten Steuerbetrag stellen für sich allein noch keine Verletzung von Art. 28 KKG dar (E. 20.4; Bestätigung der Rechtsprechung)*
- *Die Aufforderung zur Überprüfung des vom Kreditgeber zusammengestellten Budgets kann nicht mit der (vorgängig vorzunehmenden) Abklärung der finanziellen Leistungsfähigkeit resp. der Prüfung der Kreditfähigkeit des Kreditnehmers gleichgesetzt werden und ersetzt diese nicht (E. 20.5.4 und 20.5.5).*

- *Das (nachträgliche) Unterzeichnen des vom Kreditgeber ausgefüllten Berechnungsblatts durch den Kreditnehmer stellt keine «Angabe» im Sinn von Art. 31 Abs. 1 KKG dar (E. 20.5.6).*
- *Es sind sämtliche vom Kreditnehmer angegebenen Auslagen in die Kreditfähigkeitsprüfung mit einzubeziehen, deren Berücksichtigung im Falle einer betreibungsrechtlichen Existenzminimumsberechnung nicht ausgeschlossen werden können (E. 20.5.7).*
- *Vorhersehbare Ereignisse sind im Rahmen der Kreditfähigkeitsprüfung nur zu berücksichtigen, soweit sie voraussichtlich innerhalb der fiktiven Amortisationsdauer von 36 Monaten eintreten (E. 20.7.2).*
- *Der innert der fiktiven Frist von 36 Monaten zu amortisierende «Konsumkredit» im Sinn von Art. 28 Abs. 4 KKG umfasst neben dem Kapital auch die Zinsen und Kosten über die gesamte Vertragsdauer (E. 22).*

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Die Bank A. hatte B. einen Kredit nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Konsumkredit (KKG) gewährt, den dieser nicht zurückzahlen konnte. Die Bank A. betrieb in der Folge B., der Rechtsvorschlag erhob. Die Vorinstanz wies das Rechtsöffnungs-gesuch der Bank A. ab, da sie die Einwände des B., wonach die Bank A. ihre Pflichten aus Art. 28 KKG (Kreditfähigkeitsprüfung) in schwerwiegender Weise verletzt habe, als glaubhaft erachtete. Die Bank A. erhob gegen diesen Entscheid Beschwerde.

Auszug aus den Erwägungen:

(...)

IV. Rechtliches

20.

- 20.1 Bei Kreditvergaben im Rahmen des KKG ist der Kreditgeber verpflichtet, die Kreditfähigkeit des Kreditnehmers zu prüfen (Art. 22 i.V.m. Art. 28 Abs. 1 KKG). Diese wird bejaht, wenn der Kreditnehmer den Konsumkredit zurückzahlen kann, ohne den nicht pfändbaren Teil seines Einkommens nach Art. 93 Abs. 1 SchKG beanspruchen zu müssen (Art. 28 Abs. 2 KKG). Gemäss Art. 28 Abs. 3 KKG wird der pfändbare Teil des Einkommens nach den Richtlinien über die Berechnung des Existenzminimums des Wohnsitzkantons der Konsumentin oder des Konsumenten ermittelt. Im Kanton Bern war zur Berechnung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums im damaligen Zeitpunkt das Kreisschreiben aB 3 massgebend.
- 20.2 Die Kreditgeberin darf sich dabei grundsätzlich auf die Angaben der Konsumentin oder des Konsumenten zu den finanziellen Verhältnissen verlassen (Art. 31 Abs. 1 Satz 1 KKG), soweit diese nicht offensichtlich unrichtig sind oder denjenigen der Informationsstelle widersprechen (Art. 31 Abs. 2 KKG). Sie kann von der Konsumentin oder dem Konsumenten einen Auszug aus dem Betreibungsregister und einen Lohnnachweis einfordern (Art. 31 Abs. 1 Satz 2 KKG). Zweifelt die Kreditgeberin an

der Richtigkeit der Angaben einer Konsumentin oder eines Konsumenten, so muss sie deren Richtigkeit anhand einschlägiger amtlicher oder privater Dokumente überprüfen und darf sich bei der Überprüfung nicht mit den Dokumenten nach Art. 31 Abs. 1 KKG begnügen (Art. 31 Abs. 3 KKG).

- 20.3 Die Pflicht des Kreditgebers zur Durchführung der Kreditfähigkeitsprüfung beinhaltet somit im Wesentlichen zwei Elemente. So ist der Kreditgeber zum einen verpflichtet, Informationen zu beschaffen, die Auskunft über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Kreditnehmers geben, und muss sich dabei bestimmter Quellen bedienen. In einem zweiten Schritt muss der Kreditgeber auf der Grundlage dieser Informationen prüfen, ob der Konsument als kreditfähig anzusehen ist und hierauf die Entscheidung stützen, ob bzw. in welcher Höhe er einen Kredit vergibt (BARNIKOL, Die Schutzinstrumente des schweizerischen Konsumkreditrechts, 2014, S. 114 f.). Zur Beschaffung des Informationsmaterials hat der Kreditgeber u.a. vom Konsumenten Auskunft über dessen finanzielle und wirtschaftliche Verhältnisse zu verlangen (BARNIKOL, a.a.O., S. 115).

20.4

- 20.4.1 Bei der Berechnung des Existenzminimums hat die Kreditgeberin u.a. die geschuldeten Steuern gemäss Quellensteuertabelle zu berücksichtigen (Art. 28 Abs. 3 Bst. b KKG). Diesbezüglich hielt die Vorinstanz zutreffend fest, dass die Berücksichtigung der Quellensteuer bei in der Schweiz wohnhaften Schweizern, welche ohnehin nicht der Quellensteuer unterliegen, stets nur eine annäherungsweise Schätzung der Steuerlast sein kann. Zudem ist die Berechnung künftig anfallender Steuern aufgrund der variierenden Sätze stets mit Unsicherheiten verbunden und kann deshalb nicht auf den Franken genau abgeschätzt werden. Geringfügige Abweichungen zum in der Quellensteuertabelle genannten Steuerbetrag stellen für sich allein deshalb noch keine Verletzung von Art. 28 KKG dar (vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Bern ZK 13 339 vom 17. Januar 2014 E. 7.9).
- 20.4.2 Gemäss Steuertabelle für die Quellensteuer, Ausgabe 2009, betrug die Quellensteuer zum massgeblichen Zeitpunkt bei einem Bruttolohn von CHF 5'624.85 einer alleinerwerbenden verheirateten Person ohne zulagenberechtigte Kinder (Tarif B 0 inkl. Kirchensteuer) CHF 507.00. Für den Monat, in dem zusätzlich der 13. Monatslohn ausgerichtet wurde, wäre eine Quellensteuer von CHF 1'763.00 angefallen. Werden diese Zahlen auf das Jahr hochgerechnet (11 x CHF 507.00 und 1 x CHF 1'763.00) resultiert eine durchschnittliche Quellensteuerbelastung von CHF 611.65; mithin CHF 32.40 höher als von der Beschwerdeführerin in ihrer Berechnung des Budgetüberschusses veranschlagt (vgl. GB 29). Diese Abweichung von rund 5 % kann jedoch noch als geringfügig im Sinn der obgenannten Rechtsprechung bezeichnet werden und lässt für sich allein noch keine Verletzung von Art. 28 KKG annehmen.

20.5

- 20.5.1 Gemäss Kreisschreiben aB 3 sind bei der Berechnung des Existenzminimums ferner auch die «Fahrten zum Arbeitsplatz» als «unumgängliche Berufsauslagen» zum monatlichen Grundbetrag hinzuzurechnen, soweit solche anfallen und der Arbeitgeber nicht dafür aufkommt (vgl. Kreisschreiben aB 3, Ziff. 4 Bst. d). Werden

die Fahrten mit einem Automobil zurückgelegt, sind dessen feste und veränderliche Kosten (ohne Amortisation) zu berechnen, welche bei der Benützung des Automobils als Transportmittel zum Arbeitsplatz anfallen. Voraussetzung hierfür ist, dass dem Automobil Kompetenzcharakter zukommt, d.h. die betreffende Person muss zur Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf das Automobil angewiesen sein. Kommt dem Automobil keine Kompetenzqualität zu, richtet sich der Auslagenersatz nach den Benützungskosten öffentlicher Verkehrsmittel.

- 20.5.2 Vorliegend wusste die Beschwerdeführerin aufgrund der Angaben im Kreditantrag (GB 5) sowie der vorgelegten Lohnabrechnungen der Monate November 2009 und Januar 2010 (GB 6), dass der in C. wohnhafte Beschwerdegegner Angestellter am Spital D. mit einem Beschäftigungsgrad von 100 % ist. Bei der Berechnung des Existenzminimums stellte sich damit zwangsläufig die Frage nach den «unumgängliche Berufsauslagen» gemäss Kreisschreiben aB 3, namentlich nach den anfallenden Kosten für die «Fahrten zum Arbeitsplatz» (Kreisschreiben aB 3, Ziff. 4 Bst. d). Da das Spital D. zudem bekanntermassen auch nachts Mitarbeiter beschäftigt und die Anfrage der Beschwerdeführerin bei der IKO (Informationsstelle für Konsumkredit) ergaben, dass der Beschwerdegegner ein Autoleasing hatte, konnte die Beschwerdeführerin insbesondere auch nicht ausschliessen, dass der Beschwerdegegner zur Ausübung seiner Erwerbstätigkeit auf das Automobil angewiesen ist, d.h. dem Automobil allenfalls Kompetenzcharakter zukommt.
- 20.5.3 Aus den bei den Akten liegenden Dokumenten lässt sich nun aber nicht entnehmen, dass der Beschwerdegegner zu diesem Ausgabenpunkt («Fahrten zum Arbeitsplatz») befragt worden wäre oder die Beschwerdeführerin Abklärungen in dieser Sache getroffen hätte (z.B. mit welchem Verkehrsmittel er zur Arbeit fährt und welche Kosten ihm hierbei entstehen). Auch auf dem vom Beschwerdegegner ausgefüllten Kreditantragsformular (GB 5) finden sich keine entsprechenden Formularfelder, in denen er seine Arbeitswegkosten oder andere «unumgängliche Berufsauslagen» hätte angeben können. In der Berechnung des monatlichen Budgetüberschusses (GB 29) findet sich denn auch nur ein pauschaler Betrag von CHF 100.00 als «Arbeitswegpauschale» aufgeführt, ohne dass ersichtlich wäre, auf welche Angaben sich die Beschwerdeführerin dabei stützte.
- 20.5.4 Das Berechnungsblatt wurde dem Beschwerdegegner wiederum erst nach erfolgter Kreditfähigkeitsprüfung (vgl. GB 2, Ziff. 2) zusammen mit dem – von der Beschwerdeführerin bereits am 9. Februar 2010 unterzeichneten – Kreditvertrag (GB 2) zugestellt. Der Einwand der Beschwerdeführerin, in der Budgetberechnung sei ausdrücklich nach bestehenden regelmässigen Auslagen «gefragt» worden (vgl. pag. 7, S. 4 des Rechtsöffnungsgesuchs) resp. der Beschwerdegegner hätte auf der Berechnung des monatlichen Budgetüberschusses einen Betrag «einsetzen können» (vgl. pag. 177, S. 9 der Beschwerde), verfängt deshalb nicht. Die Aufforderung zur Überprüfung des bereits zusammengestellten Budgets kann nicht mit der (vorgängig vorzunehmenden) Abklärung der finanziellen Leistungsfähigkeit resp. der Prüfung der Kreditfähigkeit des Kreditnehmers gleichgesetzt werden und ersetzt diese nicht. Bei der Kreditfähigkeitsprüfung handelt es sich denn auch um eine *vorvertragliche* Abklärungs- und Sorgfaltspflicht (vgl. BARNIKOL, a.a.O., S. 138 f.).

- 20.5.5 Die Beschwerdeführerin hatte folglich die Pflicht, die Kreditfähigkeit des Beschwerdegegners vor der Zusammenstellung des Budgets und vor Unterzeichnung des Kreditvertrags am 9. Februar 2010 (GB 2) abzuklären. Dass auch die Beschwerdeführerin von diesem Ablauf ausging, lässt sich sowohl dem Kreditvertrag vom 9./10. Februar 2010 (vgl. GB 2: «Die Bank hat die Kreditfähigkeit des Darlehensnehmers gemäss Art. 28 des Konsumkreditgesetzes gestützt auf die vom Darlehensnehmer gemachten Angaben [...] geprüft.») als auch dem Berechnungsblatt selbst entnehmen (vgl. GB 29: «Mit Ihren Angaben haben wir Ihr persönliches Budget berechnet.»), wonach die Zusammenstellung des Budgets auf den Angaben des Beschwerdegegners beruhen soll. Wann und wie die Beschwerdeführerin zu diesen Angaben gekommen sein will, lässt sich aus den bei den Akten liegenden Dokumenten nicht entnehmen. Die Zusendung eines Berechnungsblatts zusammen mit einem bereits unterzeichneten Kreditvertrag und der Aufforderung zur (nachträglichen) Überprüfung der Budgetposten reicht hierfür nicht aus. Denn die Abklärungspflicht des Kreditgebers besteht nicht darin, dem Kreditnehmer die Pflicht aufzuerlegen, von ihr vorgedruckte (Pauschal-)Angaben nachträglich zu überprüfen und zu bestätigen.
- 20.5.6 Da der Beschwerdegegner im Rahmen der Kreditfähigkeitsprüfung – soweit aus den Akten ersichtlich – weder Angaben zu seinen Arbeitswegkosten machte, noch danach gefragt wurde (z.B. mittels Formularfeld «Kosten für Arbeitsweg» auf dem Kreditantragsformular), kann auch Art. 31 Abs. 1 KKG nicht zur Anwendung gelangen («Die Kreditgeberin darf sich auf die Angaben der Konsumentin oder des Konsumenten zu den finanziellen Verhältnissen [...] verlassen»). Ebenso wenig kann im (nachträglichen) Unterzeichnen des vom Kreditgeber ausgefüllten Berechnungsblatts eine «Angabe» im Sinn von Art. 31 Abs. 1 KKG erblickt werden, hat doch die Budgetberechnung selbst auf den (vorgängig gemachten) Angaben des Kreditnehmers zu beruhen.
- 20.5.7 Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist der Kreditnehmer auch nicht verpflichtet, eine allfällig bestehende Kompetenzqualität des Automobils nachzuweisen. Anders als bei der Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums, bei der die Interessen der Gläubiger an einer möglichst umfassenden Pfändung im Vordergrund stehen, bezweckt die Berechnung des kreditrechtlichen Existenzminimums die Vermeidung einer Überschuldung des Kreditnehmers (vgl. hierzu: BARNIKOL, a.a.O., S. 112 f.). Im Rahmen der Kreditfähigkeitsprüfung sind damit sämtliche vom Kreditnehmer angegebenen Auslagen mit einzubeziehen, deren Berücksichtigung im Falle einer betriebsrechtlichen Existenzminimumsberechnung nicht ausgeschlossen werden können. Ziel ist es nämlich nicht, einen möglichst hohen Budgetüberschuss zu erzielen, sondern ein realistisches Budget aufzustellen, das einer Überschuldung vorbeugt. Gibt der Kreditnehmer anlässlich der Kreditfähigkeitsabklärung folglich an, mit dem Automobil zum Arbeitsplatz zu fahren, sind diese Kosten bei der kreditrechtlichen Existenzminimumsberechnung mit einzubeziehen, soweit sich die Kompetenzqualität des Automobils nicht ausschliessen lässt.
- 20.5.8 Insgesamt bestehen somit konkrete Zweifel daran, dass die Beschwerdeführerin im Rahmen der Kreditfähigkeitsprüfung ihrer Abklärungspflicht hinsichtlich allfällig be-

stehender Arbeitswegkosten (als «unumgängliche Berufsauslagen» gemäss Kreisschreiben aB 3) gehörig nachgekommen ist. Das einseitige Einsetzen einer Arbeitswegpauschale auf dem Berechnungsblatt ohne den Kreditnehmer vorgängig zur Angabe allfälliger Arbeitswegkosten eingeladen zu haben (z.B. mittels Formularfeld «Kosten für Arbeitsweg» auf dem Kreditantragsformular), dürfte die bei der Kreditfähigkeitsprüfung vom Kreditgeber zu fordernde Sorgfaltspflicht nicht erfüllen. Vom Beschwerdegegner wurde mithin ausreichend glaubhaft gemacht, dass die Kreditfähigkeitsprüfung auch in diesem Punkt mangelhaft ausgefallen ist.

20.6

- 20.6.1 Das zu den Arbeitswegkosten Ausgeführte (vgl. E. 20.5 oben) gilt grundsätzlich auch für die Auslagen für die auswärtige Verpflegung. Die Beschwerdeführerin war aufgrund ihrer Abklärungspflicht gehalten, die zur Berechnung des Existenzminimums benötigten Angaben einzuholen (vgl. BARNIKOL, a.a.O., S. 137). Dabei mussten, um die Berechnung des Existenzminimums zu ermöglichen, mindestens die Positionen gemäss dem Kreisschreiben aB 3 erfragt werden (vgl. SIMMEN, in: Das neue Konsumkreditgesetz, 2002, S. 53).
- 20.6.2 Die Auslagen für Nahrungsmittel sind zwar im monatlichen Grundbetrag enthalten (vgl. Kreisschreiben aB 3, Ziff. 1.). Bei Mehrauslagen für auswärtige Verpflegung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit ist jedoch ein Betrag von CHF 9.00 bis CHF 11.00 pro Hauptmahlzeit als Zuschlag zum Grundbetrag zu berücksichtigen, soweit der Arbeitgeber dafür nicht aufkommt (vgl. Kreisschreiben aB 3, Ziff. 4. Bst. b). Im Kreisschreiben aB 3 findet sich damit ausdrücklich eine vom Grundbetrag separate Position für «Auslagen für auswärtige Verpflegung». Die Beschwerdeführerin durfte deshalb nicht – wie von ihr geltend gemacht – davon ausgehen, dass diese Auslagen bereits im Grundbetrag enthalten sind, sondern hatte entsprechende Abklärungen zu treffen (Art. 28 Abs. 2 und 3 KKG). Dies insbesondere auch deshalb, weil sie von der Erwerbstätigkeit des Beschwerdegegners am Spital D. mit einem Beschäftigungsgrad von 100 % wusste (vgl. GB 6). Die Beschwerdeführerin war mithin verpflichtet, die aus der Erwerbstätigkeit resultierenden Berufsauslagen (im Kreisschreiben aB 3 als «unumgänglichen Berufsauslagen» bezeichnet) in die Berechnung mit einzubeziehen und entsprechende Abklärungen zu treffen.
- 20.6.3 Wie bereits bei den Arbeitswegkosten festgestellt (vgl. E. 20.5.3 oben), lässt sich den bei den Akten liegenden Dokumenten nicht entnehmen, dass der Beschwerdegegner zum Ausgabenpunkt «Auslagen für auswärtige Verpflegung» befragt worden wäre oder die Beschwerdeführerin Abklärungen in dieser Hinsicht getroffen hätte (z.B. ob und in welchem Umfang er auf auswärtige Verpflegung angewiesen ist). Auch auf dem vom Beschwerdegegner ausgefüllten Kreditantragsformular (GB 5) findet sich kein entsprechendes Formularfeld, in welchem er seine Auslagen für auswärtige Verpflegung hätte angeben können. In der Berechnung des monatlichen Budgetüberschusses (GB 29) wurden dementsprechend auch keine Auslagen für auswärtige Verpflegung berücksichtigt und mit CHF 0.00 angegeben.
- 20.6.4 Dass in der blossen Unterzeichnung des Berechnungsblatts durch den Beschwerdegegner (nach erfolgter Kreditfähigkeitsprüfung, vgl. GB 2, Ziff. 2) keine «Angabe» im Sinne von Art. 31 Abs. 1 KKG erblickt werden kann und die Abklärungs-

pfllichten der Kreditgeberin gemäss Art. 28 Abs. 1 - 3 KKG nicht zu ersetzen vermag, wurde bereits bei den Erwägungen zu den Arbeitswegkosten dargelegt (vgl. E. 20.5.4 - 20.5.5 oben). Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist ein Kreditnehmer auch nicht verpflichtet, die von ihm angegebenen Auslagen für auswärtige Verpflegung gegenüber der Kreditgeberin nachzuweisen (vgl. hierzu E. 20.5.7 oben). Im Rahmen der Kreditfähigkeitsprüfung sind vielmehr sämtliche vom Kreditnehmer angegebenen Auslagen mit einzubeziehen, deren Berücksichtigung im Falle einer betriebsrechtlichen Existenzminimumsberechnung nicht ausgeschlossen werden können. Nur so wird dem der Kreditfähigkeitsprüfung zugrundeliegenden Ziel der Vermeidung einer Überschuldung entsprochen.

20.6.5 Insgesamt bestehen somit auch hinsichtlich allfällig bestehender Kosten für auswärtige Verpflegung (als «unumgängliche Berufsauslagen») konkrete Zweifel daran, dass die Beschwerdeführerin im Rahmen der Kreditfähigkeitsprüfung ihrer Abklärungspflicht gehörig nachgekommen ist. Vom Beschwerdegegner wurde mithin ausreichend glaubhaft gemacht, dass die Kreditfähigkeitsprüfung auch in diesem Punkt mangelhaft ausgefallen ist. Unter Berücksichtigung einer verbilligten Kantinenverpflegung dürften diese Ausgaben bei monatlich rund CHF 130.00 gelegen haben (21.75 Arbeitstage x CHF 6.00 pro Mahlzeit).

20.7

20.7.1 Bei der Prüfung der Bonität des Kreditnehmers hat der Kreditgeber eine prognostische Beurteilung vorzunehmen, die sich während der ganzen Dauer der Vertragsabwicklung zu bewähren hat (vgl. GIGER, a.a.O. S. 303, N. 281). Steht bereits im Zeitpunkt der Kreditfähigkeitsprüfung fest, dass sich die Einkünfte des Konsumenten zu einem späteren Zeitpunkt erheblich verändern werden, ist dies bei der Kreditfähigkeitsprüfung zu berücksichtigen und kann unter Umständen zur Kreditunfähigkeit oder zur Kreditfähigkeit des Konsumenten führen (vgl. BARNIKOL, a.a.O., S. 136).

20.7.2 Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, handelt es sich bei der (ordentlichen) Pensionierung um ein vorhersehbares Ereignis, da das Rentenalter gesetzlich festgelegt ist (Art. 21 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung; AHVG; SR 831.10). Eine Kreditgeberin hat deshalb grundsätzlich die Pflicht, Abklärungen betreffend die Pensionierung des Kreditnehmers zu treffen und diese gegebenenfalls in ihre Berechnungen mit einzubeziehen. Da bei der Beurteilung der Kreditfähigkeit aber gemäss Willen des Gesetzgebers von einer fiktiven Amortisation des Konsumkredits innerhalb von 36 Monaten auszugehen ist (Art. 28 Abs. 4 KKG), sind auch nur die in dieser Zeitspanne eintretenden vorhersehbaren Ereignisse bei der Kreditfähigkeitsprüfung zu berücksichtigen. Allfällig erst später eintretende Ereignisse werden durch die gesetzliche Vorgabe einer fiktiven Amortisationsdauer von 36 Monaten konsumiert. Diese fiktive Frist trägt mitunter dem Umstand Rechnung, «dass niemand voraussagen kann, wie sich die Einkommenssituation der Konsumentin oder des Konsumenten mittel- und langfristig entwickeln wird» (vgl. BOTSCHAFT, a.a.O., S. 3184). Die Nichtberücksichtigung der Pensionierung durch die Vorinstanz ist folglich nicht zu beanstanden.

- 20.8 Als Zwischenfazit kann festgehalten werden, dass der Beschwerdegegner im Rechtsöffnungsverfahren ausreichend glaubhaft gemacht hat, dass die Abklärungen bezüglich der Quellensteuer als auch bezüglich der «unumgänglichen Berufsauslagen» (gemäss Kreisschreiben aB 3, Ziff. 4) ungenügend ausgefallen sind und die Beschwerdeführerin damit die Bestimmungen zur Kreditfähigkeitsprüfung (Art. 28 KKG) verletzt hat. Die Beschwerde erweist sich somit in diesem Punkt als unbegründet.
- 21.
- 21.1 Verstösst die Kreditgeberin gegen Art. 28 KKG, so verliert sie bei einem schwerwiegenden Verstoss die von ihr gewährte Kreditsumme samt Zinsen und Kosten (Art. 31 Abs. 1 KKG), bei einem geringfügigen Verstoss nur die Zinsen und die Kosten (Art. 31 Abs. 2 KKG). Liegt ein Fehler bei der Informationsgewinnung vor, ist der Verstoss als schwerwiegend einzustufen, wenn die der Berechnung zugrunde liegenden Informationen grob lückenhaft sind oder wenn der Kreditgeber ganz elementare Regeln der Kreditfähigkeitsprüfung missachtet (BARNIKOL, a.a.O., S. 211).
- 21.2 Vorliegend können die vom Beschwerdegegner glaubhaft gemachten Mängel bei der Abklärung der Kreditfähigkeit nicht mehr als geringfügig bezeichnet werden. Die «unumgänglichen Berufsauslagen» gemäss Kreisschreiben aB 3 gehören bei erwerbstätigen Kreditnehmern zu den grösseren Ausgabenposten (neben Grundbetrag, Miete, Steuern und Krankenkassenprämien) und stellen die Regel dar. Werden diese Berufsauslagen bei einer um Kredit ersuchenden, erwerbstätigen Person nicht erfragt bzw. ermittelt, können sich deutlich zu hohe Budgetüberschüsse bei der Existenzminimumsberechnung ergeben, die nicht der Realität entsprechen und eine zu hohe Kreditfähigkeit des Kreditnehmers suggerieren. So hätte bereits die Berücksichtigung der Auslagen für auswärtige Verpflegung im vorliegenden Fall, wo der Beschwerdegegner gemäss eigenen Angaben von einem vergünstigten Kantinenessen profitieren konnte, einen um rund CHF 130.00 tieferen Budgetüberschuss ergeben (vgl. E. 20.6 oben), was knapp 12 % des berechneten Budgetüberschusses von CHF 1'104.15 entspricht (vgl. GB 29). Hochgerechnet auf eine fiktive Amortisationsdauer von 36 Monaten verringern diese Auslagen die maximal zulässige Kreditbelastung um CHF 4'680.00 ($\text{CHF } 130.00 \times 36 \text{ Monate}$). Auch bei den Arbeitswegkosten kann aufgrund der Ausführungen des Beschwerdegegners nicht ausgeschlossen werden, dass ein deutlich höherer Wert als die Arbeitswegpauschale von CHF 100.00 ins Budget einzusetzen gewesen wäre, hätte die Beschwerdeführerin vor Aufstellung des Budgets und Unterzeichnung des Kreditvertrags entsprechende Abklärungen getroffen (z.B. mittels Formularfeld «Kosten für Arbeitsweg» auf dem Kreditantragsformular). Die nicht vorhandene bzw. in den Akten zumindest nicht ersichtliche Abklärung der «unumgänglichen Berufsauslagen» (trotz Kenntnis von der Erwerbstätigkeit des Beschwerdegegners) hatte somit potentiell erhebliche Auswirkung auf die Höhe des berechneten Budgetüberschusses und der damit maximal zulässigen Kreditbelastung. Hinzu kommen die falsch berechneten Quellensteuern, die ebenfalls, wenn auch nicht massgeblich, zu einem zu hohen Budgetüberschuss beitrugen.

- 21.3 Sollte die Beschwerdeführerin – wie vom Beschwerdegegner im Rahmen des Rechtsöffnungsverfahrens glaubhaft gemacht – es tatsächlich unterlassen haben, diese Auslagen vor der Prüfung der Kreditfähigkeit zu erfragen resp. zu ermitteln, dürfte es sich um einen schwerwiegenden Verstoss gegen Art. 28 KKG handeln, der für die Beschwerdeführerin den Verlust der Kreditsumme samt Zinsen und Kosten zur Folge hat (Art. 31 Abs. 1 KKG). Der Beschwerdegegner hat damit im Rechtsöffnungsverfahren Einwendungen glaubhaft gemacht, welche die Schuldanerkennung zu entkräften vermögen (Art. 82 Abs. 2 SchKG). Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin somit zu Recht die provisorische Rechtsöffnung verweigert. Die Beschwerde ist folglich abzuweisen.
- 21.4 Um abschliessend beurteilen zu können, ob und gegebenenfalls welche Abklärungen die Beschwerdeführerin traf resp. auf welchen Angaben des Beschwerdegegners sie sich bei der Erstellung des Budgets abstützte, wären weitere Beweiserhebungen erforderlich (z.B. mittels Befragung des Beschwerdegegners und des Kreditvermittlers). Das Rechtsöffnungsverfahren, welches als summarisches Verfahren kein ausgedehntes Beweisverfahren vorsieht und als Beweismass das Glaubhaftmachen der Einwände genügen lässt, ist hierfür nicht geeignet.
- 22.
- 22.1 Die Vorinstanz wertete als weiteren Verstoss gegen Art. 28 KKG, dass die Beschwerdeführerin bei der Beurteilung der Kreditfähigkeit des Beschwerdegegners neben der Darlehenssumme von CHF 33'000.00 nur die bei einer fiktiven Laufzeit von 36 Monaten anfallenden Zinsen und Kosten (effektiver Jahreszins 9.90 %) berücksichtigt hatte.
- 22.2 Gemäss Art. 28 Abs. 4 KKG muss bei der Beurteilung der Kreditfähigkeit von einer Amortisation des Konsumkredits innerhalb von 36 Monaten ausgegangen werden, selbst wenn vertraglich eine längere Laufzeit vereinbart worden ist. Es handelt sich dabei nicht um eine Laufzeitbeschränkung des Kredits, sondern um ein Berechnungsmodell (vgl. GIGER, a.a.O., S. 327, N. 313). Der Konsument muss aufgrund der prognostischen Einschätzung seiner Finanzlage durch den Kreditgeber fähig sein, den Bruttokredit (Kapital + Zinsen und Kosten) innerhalb von 36 Monaten ohne Anlastung des erweiterten Existenzminimums zurückzuzahlen (vgl. GIGER, a.a.O., S. 327 f., N. 313 f.).
- 22.3 Ob mit dem zu amortisierenden «Konsumkredit» in Art. 28 Abs. 4 KKG der effektiv gewährte Konsumkredit (Kapital + Zinsen und Kosten über die gesamte Vertragsdauer) oder ein «fiktiver Konsumkredit» mit einer Laufzeit von 36 Monaten gemeint ist (Kapital + Zinsen und Kosten über die fiktive Laufzeit von 36 Monate), lässt sich dem Gesetzestext nicht entnehmen. In der BOTSCHAFT betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über den Konsumkredit vom 14. Dezember 1998 (BBI 1999 3155) wird implizit und ohne nähere Begründung von Letzterem ausgegangen, indem in den Rechenbeispielen lediglich die Laufzeit angepasst wird, während das Kapital und der effektive Jahreszins unverändert bleiben (vgl. BOTSCHAFT, a.a.O., S. 3184). In den Räten wurde diese Frage nicht thematisiert (vgl. Amtliches Bulletin [AB] 1999, S. 1908 ff. und AB 2000, S. 564 ff.; GIGER, a.a.O. S. 323, N. 308).

- 22.4 In der Lehre hat sich soweit ersichtlich bisher lediglich GIGER eingehender mit dieser Thematik auseinandergesetzt, ohne sich jedoch klar für eine der Varianten auszusprechen (vgl. GIGER, a.a.O., S. 328 ff., N. 314 ff.). Im Berechnungsbeispiel von STAUDER finden sich – ohne nähere Begründung – die Zinsen und Kosten der gesamten Vertragsdauer berücksichtigt (ca. CHF 17'000.00 : 36 = CHF 470.00; STAUDER, *La prévention du surendettement du consommateur: la nouvelle approche de la LCC 2001*; in: *La nouvelle loi fédérale sur la crédit à la consommation*, 2002, S. 129 f.). SIMMEN hält ebenfalls ohne nähere Begründung fest, dass die Norm von Art. 28 Abs. 4 KKG eine theoretische Amortisierbarkeit der «gesamten Konsumkreditbelastung» innerhalb von 36 Monaten und damit faktisch eine entsprechende «Maximalkreditbelastung» vorschreibe (SIMMEN, a.a.O., S. 38). Es müsse mithin in Nachachtung von Art. 28 Abs. 4 KKG geprüft werden, ob die «gesamte Konsumkreditbelastung» – bereits laufende Konsumkreditschulden und der neu beantragte Kredit – aus dem zur Verfügung stehenden Freibetrag innerhalb von 36 Monaten amortisiert werden könne (SIMMEN, a.a.O., S. 52). BARNIKOL belässt es wiederum bei der Wiedergabe von Art. 28 Abs. 4 KKG und weist lediglich darauf hin, dass durch diese gesetzliche Fiktion einer bestimmten Amortisationsdauer verhindert werden solle, dass ein effektiver Konsumentenschutz durch die Vereinbarung überlanger Laufzeiten umgangen werde (BARNIKOL, a.a.O., S. 128 f.; ebenso: LUPU THOMANN, *Die Anwendung des Konsumkreditgesetzes auf Miet-, Miet-Kauf und Leasingverträge*, in: SZV Bd. 10 [2003], S. 157 f.).
- 22.5 In der Praxis fehlt es an einer einheitlichen Rechtsprechung. So ist das Obergericht des Kantons Zürich in seinem Urteil vom 30. November 2012 (Geschäfts-Nr. VO120171) im Rahmen der Beurteilung eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege implizit von der Berücksichtigung sämtlicher Zinsen und Kosten ausgegangen und hat den Gesamtbetrag des gewährten Konsumkredits entsprechend durch 36 Monate geteilt (E. 2.7; vgl. hingegen Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. August 2013, Geschäfts-Nr. RT130122, E. 5.c, wo die Frage wieder offen gelassen wurde). Die 1. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern berücksichtigte demgegenüber in ihrem Entscheid vom 17. Januar 2014 (ZK 13 399) lediglich die Kosten und Zinsen über die fiktive Laufzeit von 36 Monaten (E. 7.10). Zur Begründung verwies sie auf zwei Textstellen von GIGER (GIGER, a.a.O., S. 328 und 330), die sich inhaltlich widersprechen («Eine längere Vertragsdauer bedeutet, dass ein höherer als der für drei Jahre geschuldete Zins zu berücksichtigen ist, weshalb sich das verfügbare Kapital bei einer längeren als dreijährigen Laufzeit reduziert.» und «Der Zins nach Ablauf der Dreijahreslaufzeit ist nicht in die Berechnung miteinzubeziehen.»). Das erstinstanzliche Zivilgericht des Kantons Jura berücksichtigte in seinem Entscheid vom 24. Januar 2014 (CIV/737/2013) ebenfalls nur die Kosten und Zinsen über die fiktive Laufzeit von 36 Monaten (Beschwerdebeilage [BB] 3, S. 4). Das Bundesgericht musste sich zu dieser Frage noch nicht äussern.
- 22.6 Wie die Vorinstanz ist auch die 2. Zivilkammer der Ansicht, dass die Bestimmung von Art. 28 Abs. 4 KKG im Lichte ihres Schutzzwecks auszulegen ist, nämlich der Verhinderung der Umgehung des Konsumentenschutzes durch Vereinbarung überlanger Laufzeiten. Der durch die Kreditfähigkeitsprüfung gewährte Schutz darf nicht durch eine (über)lange Laufzeit mit entsprechend tiefen Raten umgangen werden.

Diesem gesetzgeberischen Willen wird nur dann effektiv Rechnung getragen, wenn verlangt wird, dass die gesamte Konsumkreditbelastung (inkl. Zinsen und Kosten über die vertragliche Laufzeit) innerhalb der fiktiven Laufzeit von drei Jahren mit dem errechneten Freibetrag x 36 (theoretisch) amortisiert werden kann. Andernfalls blieben bei Laufzeiten von deutlich über drei Jahren jeweils erhebliche Zins- und Kostenlasten bei der Kreditfähigkeitsprüfung unberücksichtigt, die mit zunehmender Vertragsdauer einen immer grösseren Anteil des Bruttokredits bilden. Bei einem auf zehn Jahre abgeschlossenen Konsumkreditvertrag mit einer Darlehenssumme von CHF 30'000.00 und einem effektiven Jahreszins von 10 % blieben beispielsweise bereits mehr als CHF 12'000.00 an Kosten- und Zinsen bei der Kreditfähigkeitsprüfung unberücksichtigt. Wird zudem davon ausgegangen, dass (selbst vorhersehbare) Ereignisse, die nach der fiktiven Laufzeit von drei Jahren eintreten (z.B. Pensionierung, vgl. E. 20.7 oben), bei der Kreditfähigkeitsprüfung nicht zu berücksichtigen sind, muss auf der anderen Seite konsequenterweise gefordert werden, dass der gesamte Bruttokredit (inkl. Zinsen und Kosten über die gesamte Vertragsdauer) auch innert diesen drei Jahren mit dem errechneten Freibetrag x 36 (theoretisch) amortisierbar ist. Mit der Berechnungsmethode in Art. 28 Abs. 4 KKG wird denn auch bezweckt, bei Konsumkrediten mit einer Laufzeit über drei Jahren eine ausreichende Reserve zwischen Freibetrag und Annuität zu schaffen, da niemand voraussehen kann, wie sich die Einkommenssituation des Kreditnehmers mittel- und langfristig entwickeln wird (vgl. BOTSCHAFT, S. 3184 und AB 1999, S. 1908 ff.). Der Kreditnehmer soll auch im Falle einer längeren Vertragsdauer und den daraus folgenden Unsicherheiten betreffend die zukünftigen finanziellen Verhältnisse effektiv vor Überschuldung geschützt werden. Dies ist nur bei Berücksichtigung der gesamten Konsumkreditbelastung hinreichend gewährleistet. Für die von der Vorinstanz gewählte Variante spricht nicht zuletzt auch, dass im Informationssystem über Konsumkredite lediglich der Vertragsbeginn, die Anzahl Raten und der Bruttobetrag der gemeldeten Kredite ersichtlich ist (vgl. Anhang zur Verordnung zum Konsumkreditgesetz; VKKG, SR 221.214.11), nicht aber der effektive Jahreszins oder der Nettobetrag. Bei den nach Art. 28 Abs. 4 letzter Satz KKG zu berücksichtigenden früheren Konsumkrediten kann damit ebenfalls nur der (noch offene) Bruttobetrag zur Bestimmung des maximal erlaubten Konsumkreditvolumens herangezogen werden.

- 22.7 Nach dem Gesagten ist der Argumentation der Vorinstanz zuzustimmen. Die mögliche finanzielle Belastung durch den Konsumkredit (inkl. Zinsen und Kosten über die gesamte Laufzeit) muss mit dem zur Verfügung stehenden Freibetrag innert 36 Monaten amortisiert werden können. Nur so wird dem Anliegen des Gesetzgebers, das Überschuldungsrisiko zu minimieren, effektiv Rechnung getragen. Indem die Beschwerdeführerin nur die Zinsen und Kosten einer fiktiven Laufzeit von drei Jahren berücksichtigte, versties sie gegen Art. 28 Abs. 4 KKG. Die Beschwerde erweist sich somit auch in diesem Punkt als unbegründet.

(...)

Hinweis:

Der Entscheid ist rechtskräftig.