



## „Negativzinsen“

### Bestandsaufnahme und weitere offene Fragen

Christoph Kronthaler,<sup>\*</sup> Universität Salzburg

**Kurztext:** Die Frage, ob ein Kreditgeber bei Eintritt gewisser Voraussetzungen dazu verpflichtet sein könnte, dem Kreditnehmer „Negativzinsen“ zu zahlen, wurde in jüngster Zeit in der Literatur<sup>1</sup> kontrovers diskutiert und mittlerweile mehrfach durch den OGH<sup>2</sup> entschieden. Der folgende Beitrag bietet zunächst einen allgemeinen Überblick über die Thematik, geht auf einige in der jüngeren literarischen Diskussion eingeworfene Bedenken ein und versucht, offen gebliebene Fragen zu klären.

**Schlagworte:** Negativzinsen; Sollzinssatz; Mindestzinssatz; Höchstzinssatz; Kreditvertrag; Vertragsauslegung; normative Auslegung; Vertrauenstheorie; Symmetriegebot; Verbraucherschutzrecht; variable Zinsen; Zinsgleitklausel; Referenzzinssatz; Entgeltlichkeit.

### I. Wie können „Negativzinsen“ überhaupt entstehen?

Vor einer kurzen Auseinandersetzung mit dem gegenwärtigen Stand der literarischen Diskussion über „Negativzinsen“ und der bereits erwähnten Judikatur des OGH, sollte zunächst die Frage geklärt werden, unter welchen genauen Voraussetzungen es bei Kreditverträgen überhaupt zu „Negativzinsen“ kommen könnte.

---

\* Mag. Christoph Kronthaler ist Universitätsassistent an der Universität Salzburg. Der vorliegende Beitrag beruht zu großen Teilen auf Vorträgen, die der Verfasser am 9. 11. 2017 bei der Salzburger Juristischen Gesellschaft und am 6. 3. 2018 bei der Oberösterreichischen Juristischen Gesellschaft gehalten hat.

1 Zöchling-Jud, Zum Einfluss von negativen Referenzwerten auf Kreditzinsen, ÖBA 2015, 318; Ch. Rabl, Auslegung einer Entgeltvereinbarung und kein Additionsautomat, VbR 2016, 63; G. Graf, Der OGH und die negativen Referenzwerte – Untergrenze ist auch ohne Obergrenze zulässig! ZFR 2017, 367 (Aufschlag bildet idR die Untergrenze für den Sollzinssatz); Kolba, Fremdwährungskredit – Judikaturüberblick und aktuelle Fragen, VbR 2015, 48 (50); Leupold, Negativzinsen beim Kreditvertrag, VbR 2015, 82; Haghofer, Wer trägt das Risiko über dem Referenzzinssatz liegender Refinanzierungskosten? VbR 2016, 62; Kriegner, Negativzinsen – pacta sunt servanda? ÖBA 2016, 507; Vonkilch, Negativzinsen beim Kreditvertrag? In FS Eccher (2017) 1237; ders, Keine „Negativzinsen“ (?), Zak 2017, 227; Ramharter, Negativzinsen beim Kreditvertrag – wider die Natur? VbR 2017, 144 und wohl auch L. Schmid, „Negativzinsen“: Eine kritische Würdigung der aktuellen Rechtsprechung, RdW 2017, 671 (Sollzinssatz kann negativ werden); Kronthaler, Negativzinsen – eine erste Einschätzung, Zak 2016, 128; ders, Negativzinsen, ÖJZ 2017, 101; ders, Die „Negativzinsen“ in der Judikatur des OGH, Zak 2017, 224; zust. Aichberger-Beig in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 988 Rz 12/1; Schopper, Erste OGH-Entscheidung zu Negativzinsen beim Verbraucherkreditvertrag, VbR 2017, 77 (Sollzinssatz kann nicht in den Negativzinsbereich sinken, aber eine vollständige „Aufzehrung“ des Aufschlags ist möglich).

2 OGH 10 Ob 13/17k = VbR 2017, 105; OGH 1 Ob 4/17w = ÖBA 2017, 510; OGH 4 Ob 60/17b = ÖBA 2017, 422 (krit. B. Koch); OGH 8 Ob 101/16k = ZFR 2017, 393; OGH 8 Ob 107/16t = ZFR 2017, 556 (Ruhm); OGH 9 Ob 35/17p = ZFR 2017, 550; OGH 6 Ob 51/17v = ÖBA 2017, 867; OGH 3 Ob 88/17p = ÖBA 2017, 861.

## A. Vereinbarung eines variabel verzinsten Kredits

Den Ausgangspunkt aller folgenden Überlegungen bildet im Wesentlichen der nachstehende einfache Sachverhalt: Eine Bank gewährt einen Kredit in Höhe von 200.000 €. Der Kreditnehmer und die Bank vereinbaren eine variable Verzinsung; zusätzlich zum Sollzins schuldet der Kreditnehmer eine im Verhältnis zur Kreditsumme prozentual festgelegte, einmalige Bearbeitungsgebühr<sup>3</sup> und ein laufendes (wertgesichertes) Kontoführungsentgelt.<sup>4</sup>

Als Alternative zur variablen Verzinsung bestünde für die Vertragsparteien natürlich auch die Möglichkeit, einen festen Zinssatz über die gesamte Laufzeit des Kreditvertrags hinweg zu vereinbaren („Fixzinskredit“);<sup>5</sup> dies wird in der Praxis allerdings häufig von beiden Seiten nicht gewünscht:<sup>6</sup> Der Kreditnehmer möchte durch die Vereinbarung variabler Zinsen einen anfänglich höheren Risikoaufschlag vermeiden<sup>7</sup> und hofft, insgesamt weniger Zinsen bezahlen zu müssen. Die kreditgewährende Bank kann zunächst das Unwägbarkeitsrisiko reduzieren, welches mit einer langfristigen Zinskalkulation notwendigerweise einhergeht.<sup>8</sup> Außerdem ermöglicht die Vereinbarung eines variablen Zinssatzes – zumindest in einem gewissen Ausmaß<sup>9</sup> – eine Absicherung gegen nachträgliche Kostensteigerungen im Hinblick auf die Refinanzierung.<sup>10</sup>

## B. Zinsgleitklausel

Wollen die Parteien, wie im obigen Ausgangsbeispiel, eine *variable Verzinsung*, wird in der Praxis häufig eine entsprechende Zinsgleitklausel in den Kreditvertrag aufgenommen.<sup>11</sup> Der Zinssatz wird in diesem Fall an einen *veränderlichen Indikator* gekoppelt (wie beispielsweise den „3-Monats-

3 Vgl. allgemein zur Kreditbearbeitungsgebühr *Bollenberger*, Zulässigkeit von einmaligen Bearbeitungsentgelten beim Kreditvertrag, ÖBA 2015, 396; *G. Graf*, Zur Zulässigkeit der Vereinbarung einer Bearbeitungsgebühr beim Kreditvertrag, ÖJZ 2015, 293; OGH 6 Ob 13/16d = JBl 2016, 533. Bei einer in der Bankenpraxis durchaus üblichen Bearbeitungsgebühr im Ausmaß von 2 % der Kreditvaluta schuldet der Kreditnehmer der Bank 4.000 € (*Bollenberger*, ÖBA 2015, 396, bezeichnet „ein bis drei Prozent des Kreditbetrags“ als üblich).

4 Das Kontoführungsentgelt wird im Normalfall an einen Index (zB VPI) gebunden, ist also ebenfalls variabel ausgestaltet und unterfällt daher § 6 Abs 1 Z 5 KSchG.

5 Vgl. *Krepold* in *Schimansky/Bunte/Lwowski* (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch<sup>5</sup> (2017) Rz 78/69. Beim „Fixzinskredit“ kann der Kreditgeber selbstverständlich keine laufende Anpassung des Zinssatzes vornehmen. In Ausnahmefällen könnte freilich ein Rückgriff auf die Geschäftsgrundlagenlehre zulässig sein (vgl. *Kozioł* in *Avancini/Iro/Kozioł* [Hrsg.], Österreichisches Bankvertragsrecht II [1993] Rz 1/31; *Bollenberger* in *Apathy/Iro/Kozioł* [Hrsg.], Österreichisches Bankvertragsrecht IV<sup>2</sup> [2012] Rz 1/66).

6 Vgl. *Ch. Rabl*, Anmerkung zu OLG Wien 5 R 35/17d, ÖBA 2017, 354 (356).

7 *Ch. Rabl*, ÖBA 2017, 356; ferner *Ellenberger*, Zinsanpassungsklauseln im Kreditgeschäft, in FS Hopt II (2010) 1754; *Omlor* in *Staudinger* (Hrsg.), BGB (2016) § 246 BGB Rz 50; BGH XI ZR 78/08 = BGHZ 180, 257 mit zahlreichen Nachweisen zur Vorjudikatur.

8 *Ellenberger* in FS Hopt II 1754; *Omlor* in *Staudinger*, BGB § 246 BGB Rz 50; BGH XI ZR 78/08 = BGHZ 180, 257 wiederum mit zahlreichen Nachweisen zur Vorjudikatur.

9 Ob der Unternehmer, also die kreditgewährende Bank, mit der Entgeltsänderungsklausel das Risiko nachträglicher Kostensteigerungen tatsächlich wirksam minimieren kann, hängt in erster Linie davon ab, inwieweit der veränderliche Bestandteil (Index, Referenzzinssatz etc) in der Entgeltsänderungsklausel die „internen Kostenfaktoren“ korrekt abzubilden vermag.

10 Vgl. *Ellenberger* in FS Hopt II 1754; *Krepold* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch<sup>5</sup> Rz 78/70; BGH XI ZR 78/08 = BGHZ 180, 257. Ferner *Told*, Zinsgleitklauseln und Referenzzinssatz vor und nach Vorhersehbarkeit des negativen Referenzniveaus, ÖBA 2017, 828 (830).

11 Vgl. etwa *Bollenberger* in *Apathy/Iro/Kozioł*, Bankvertragsrecht IV<sup>2</sup> Rz 1/68; *Aichberger-Beig* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 988 Rz 12/1; *Omlor* in *Staudinger*, BGB § 246 BGB Rz 51. Zur Alternative einer „Zinsanpassungsklausel“ *Bollenberger* in *Apathy/Iro/Kozioł*, Bankvertragsrecht IV<sup>2</sup> Rz 1/69; *Kronthaler*, ÖJZ 2017, 101 f; aus deutscher Sicht *K. P. Berger* in *Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB III<sup>7</sup> (2016) § 488 BGB Rz 173.

EURIBOR“ oder den „6-Monats-CHF-LIBOR“).<sup>12</sup> Der vom Kreditnehmer zu bezahlende Sollzinssatz setzt sich idR aus einem unveränderlichen Aufschlag („Marge“), welchem einfach der veränderliche Indikator hinzugerechnet wird, zusammen (zB „1,500 % pa + 3-Monats-EURIBOR“).

Zusätzlich zur Vereinbarung der Höhe des Aufschlags („1,500 %“) und zur Wahl des Indikators („3-Monats-EURIBOR“) müssen in der Zinsgleitklausel die Zeiträume, für welche der Zinssatz jeweils gilt, sowie der für die Festsetzung des Indikatorwerts maßgebliche Zeitpunkt und Modus bestimmt werden.<sup>13</sup> Die Anpassung des Zinssatzes erfolgt dann von selbst. Dem Kreditgeber kommt keinerlei eigenständiger Ermessensspielraum bei der Zinsanpassung zu. Dementsprechend bedarf es während der gesamten Laufzeit des Kredits auch keiner auf Zinserhöhung oder -senkung gerichteten Willenserklärung.<sup>14</sup> Mitteilungen an den Kreditnehmer über Veränderungen der Zinshöhe – etwa auf Kontoauszügen – wirken bloß deklaratorisch.<sup>15</sup>

### C. Referenzzinssätze

Beim *veränderlichen Indikator* in der Zinsgleitklausel handelt es sich in aller Regel um einen bestimmten Referenzzinssatz.<sup>16</sup> Sowohl der „EURIBOR“<sup>17</sup> als auch der „LIBOR“<sup>18</sup> sind Referenzzinssätze für Termingelder<sup>19</sup> am Interbankenmarkt. Ihnen liegt – vereinfacht gesagt – der durchschnittliche Zinssatz zugrunde, zu dem eine bestimmte Bank bereit wäre, einer anderen Bank ein zeitlich befristetes Kapitalnutzungsrecht ohne Sicherheiten einzuräumen.<sup>20</sup> Am „EURIBOR“ beteiligen sich derzeit 20 ausgewählte europäische Banken;<sup>21</sup> an der Ermittlung des „LIBOR“ nehmen aktuell zwischen 11 und 17 internationale Banken mit Sitz in London teil.<sup>22</sup>

Aufgrund der globalen Wirtschafts- und Finanzkrise, die ab Herbst 2008 einsetzte, sind die Referenzzinssätze kontinuierlich gefallen und zum Teil in den Negativzinsbereich abgerutscht.<sup>23</sup> Wie mit dieser veränderten Situation umzugehen war, blieb zunächst unklar. Einige Kreditinstitute

12 Bollenberger in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht IV<sup>2</sup> Rz 1/68; Apathy in Schwimann/Kodek (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB Va<sup>4</sup> (2015) § 6 KSchG Rz 23; Kronthaler, ÖJZ 2017, 101; OGH 4 Ob 73/03v = JBl 2004, 50 (Rummel); vgl wiederum K. P. Berger in MüKoBGB III<sup>7</sup> § 488 BGB Rz 171; Krepold in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch<sup>5</sup> Rz 78/68.

13 Bollenberger in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht IV<sup>2</sup> Rz 1/68; vgl auch Schimansky, Zinsanpassungsklauseln in AGB, WM 2001, 1169 (1173).

14 Bollenberger in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht IV<sup>2</sup> Rz 1/68; Apathy in Schwimann/Kodek Va<sup>4</sup> § 6 KSchG Rz 23; Kronthaler, ÖJZ 2017, 101; vgl auch OGH 4 Ob 73/03v = JBl 2004, 50 (Rummel); OGH 1 Ob 4/17w = ÖBA 2017, 510. S zur automatischen „Flexibilisierung“ des Zinssatzes ferner K. P. Berger in MüKoBGB III<sup>7</sup> § 488 BGB Rz 171.

15 Bollenberger in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht IV<sup>2</sup> Rz 1/68; Apathy in Schwimann/Kodek Va<sup>4</sup> § 6 KSchG Rz 23; OGH 4 Ob 73/03v = JBl 2004, 50 (Rummel); vgl ferner Krepold in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch<sup>5</sup> Rz 78/68.

16 ZB 4 Ob 60/17b = ÖBA 2017, 422 (krit B. Koch); vgl auch RIS-Justiz RS0131462; vgl auch Habersack, Zinsänderungsklauseln im Lichte des ABGB und des VerbrKrG, WM 2001, 753 (754). § 6 Abs 1 Z 6 VKrG und § 7 Z 5a HIKrG idF BGBl I 2017/93 erwähnen neben den Referenzzinssätzen auch *Indizes*.

17 Abkürzung für „Euro InterBank Offered Rate“. Näheres unter <https://www.emmi-benchmarks.eu/> (zuletzt abgefragt am 28. 5. 2018).

18 Abkürzung für „London Interbank Offered Rate“. Detaillierte Informationen finden sich unter <https://www.theice.com/iba/libor> (zuletzt abgefragt am 28. 5. 2018).

19 Termingelder müssen ohne vorherige Kündigung zu einem im Vorhinein festgelegten Termin zurückbezahlt werden (Scheffold in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch<sup>5</sup> Rz 116/163).

20 Vgl Krepold in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch<sup>5</sup> Rz 78/26.

21 European Money Markets Institute (EMMI), Panel Banks, <https://www.emmi-benchmarks.eu/euribor-org/panel-banks.html> (zuletzt abgefragt am 15. 11. 2017).

22 Intercontinental Exchange (ICE), Panel Composition, <https://www.theice.com/iba/libor#panel-composition> (zuletzt abgefragt am 15. 11. 2017).

23 Vgl Zöchling-Jud, ÖBA 2015, 318 und ausführlich Told, ÖBA 2017, 828 f.

beharrten darauf, in jedem Fall die vereinbarte Marge zu erhalten. Andere waren bereit, den Zinssatz bis auf 0 % zu senken. Auch in der Lehre besteht diesbezüglich keine Einigkeit.

## II. Meinungsstand in Lehre und Judikatur

Im österreichischen Schrifttum<sup>24</sup> geht man überwiegend davon aus, dass den Kreditgeber eine „umgekehrte Zinszahlungspflicht“ gegenüber dem Kreditnehmer trifft, sobald der negative Referenzzinssatz den Aufschlag mehr als aufgezehrt hat (Beispiel: -0,900 % 6-Monats-CHF-LIBOR + 0,500 % Aufschlag = -0,400 % [Negativ-]Zinsen). Nach der Gegenauffassung<sup>25</sup> müsste der Kreditnehmer in jedem Fall den vereinbarten Aufschlag bezahlen (0,500 %). ME ist zwar eine vollständige „Aufzehrung“ des vereinbarten Aufschlags (0,500 %) und damit eine Nullverzinsung denkbar, nicht jedoch eine Zahlungsverpflichtung des Kreditgebers (0,000 %).<sup>26</sup>

Der OGH hat sich im Wesentlichen der letzteren Auffassung angeschlossen und sich zunächst einmal ausdrücklich gegen „Negativzinsen“ ausgesprochen.<sup>27</sup> Auch könne nicht im Wege ergänzender Vertragsauslegung eine Sollzinsuntergrenze in Höhe des vereinbarten Aufschlags eingezogen werden. Es mangle an einer planwidrigen Vertragslücke, weil sich sämtliche aufgeworfenen Auslegungsprobleme mittels einer einfachen Vertragsinterpretation lösen ließen.<sup>28</sup> Die von Teilen der Lehre<sup>29</sup> vorgeschlagene ergänzende Vertragsauslegung zum Erhalt des vereinbarten Aufschlags sei auch deshalb unzulässig, weil diese wegen Unvereinbarkeit mit § 6 Abs 1 Z 5 KSchG zu einem gesetzwidrigen Ergebnis führe.<sup>30</sup> Sieht die Zinsgleitklausel eine Untergrenze („Zinsfloor“) vor, bedürfe es zugleich der Vereinbarung einer Obergrenze („Zinscap“).<sup>31</sup>

## III. Exkurs: Rechtliche Rahmenbedingungen

Den gleich folgenden Überlegungen zur Vertragsauslegung sollen in einem kurzen Exkurs die *kreditrechtlichen Rahmenbedingungen* vorangestellt werden:

Der Kreditvertrag ist ein *entgeltlicher Darlehensvertrag über Geld* (§ 988 HS 1 ABGB). Der Kreditgeber muss dem Kreditnehmer die vereinbarte Summe an Geld also im Grundsatz zur freien Verfügung überlassen (vgl § 983 S 1 ABGB); der Kreditnehmer würde dann Eigentümer des Geldes (vgl

24 Kolba, VbR 2015, 50; Leupold, VbR 2015, 82; Haghofer, VbR 2016, 62; ders, Zur Wirksamkeit von Mindestverzinsungsklauseln, eolex 2017, 291; Kriegner, ÖBA 2016, 507; Vonkilch in FS Eccher 1237; ders, Zak 2017, 227; idS wohl auch L. Schmid, RdW 2017, 671.

25 Zöchling-Jud, ÖBA 2015, 318; Ch. Rabl, VbR 2016, 63; G. Graf, ZFR 2017, 367.

26 S bereits Kronthaler, Zak 2016, 128; ders, ÖJZ 2017, 101; ders, Zak 2017, 224; zust Aichberger-Beig in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 988 Rz 12/1; Schopper, VbR 2017, 77.

27 OGH 10 Ob 13/17k = VbR 2017, 105; OGH 1 Ob 4/17w = ÖBA 2017, 510; OGH 8 Ob 101/16k = ZFR 2017, 393; OGH 8 Ob 107/16t = ZFR 2017, 556 (Ruhm); OGH 9 Ob 35/17p = ZFR 2017, 550; OGH 6 Ob 51/17v = ÖBA 2017, 867.

28 OGH 4 Ob 60/17b = ÖBA 2017, 422 (krit B. Koch); OGH 8 Ob 101/16k = ZFR 2017, 393; OGH 8 Ob 107/16t = ZFR 2017, 556 (Ruhm); OGH 9 Ob 35/17p = ZFR 2017, 550; OGH 3 Ob 88/17p = ÖBA 2017, 861.

29 Insb Zöchling-Jud, ÖBA 2015, 323 ff und Ch. Rabl, VbR 2016, 63; anders aber Kronthaler, ÖJZ 2017, 103 ff; G. Graf, ZFR 2017, 371 f (jeweils, wenngleich mit unterschiedlichem Ergebnis, für einfache Vertragsauslegung).

30 OGH 4 Ob 60/17b = ÖBA 2017, 422 (krit B. Koch); OGH 8 Ob 101/16k = ZFR 2017, 393; OGH 8 Ob 107/16t = ZFR 2017, 556 (Ruhm); OGH 4 Ob 107/17i = VbR 2017, 174; OGH 9 Ob 35/17p = ZFR 2017, 550; OGH 6 Ob 51/17v = ÖBA 2017, 867; OGH 3 Ob 88/17p = ÖBA 2017, 861.

31 OGH 4 Ob 60/17b = ÖBA 2017, 422 (krit B. Koch); OGH 8 Ob 101/16k = ZFR 2017, 393; OGH 8 Ob 107/16t = ZFR 2017, 556 (Ruhm); OGH 4 Ob 107/17i = VbR 2017, 174; OGH 6 Ob 51/17v = ÖBA 2017, 867.

§ 983 S 1 ABGB; § 1461 ABGB).<sup>32</sup> Die Verschaffung von Eigentum am Geld ist allerdings nicht zwingend; in der heutigen Rechtspraxis kommt es hauptsächlich zur unbaren Überweisung der Kreditvaluta auf ein (Kredit-)Konto des Kreditnehmers, welchem in diesem Fall ein Forderungsrecht gegen die kontoführende Bank zusteht.<sup>33</sup> Der Gesetzgeber des DaKRÄG<sup>34</sup> hat die Zulässigkeit dieser Gestaltungsmöglichkeit im zweiten Halbsatz des § 988 S 1 ABGB bewusst zum Ausdruck gebracht.<sup>35</sup>

Wie jeder andere Darlehensnehmer ist auch ein Kreditnehmer dazu verpflichtet, dem Darlehensgeber „spätestens nach Vertragsende ebenso viele Sachen derselben Gattung und Güte zurückzugeben“ (§ 983 S 2 iVm § 988 ABGB; vgl auch § 989 Abs 2 ABGB); wobei *in praxi* naturgemäß auch die Rückzahlung überwiegend unbar durch Leistung von Buchgeld erfolgt.

Die Gegenleistung des Kreditnehmers besteht *regelmäßig* in den von ihm zu zahlenden Zinsen (§ 988 Abs 2 ABGB).<sup>36</sup> Die Rückzahlung der Kreditvaluta steht hingegen nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis, weil es bei ihr augenscheinlich an der erforderlichen „Do-ut-des-Verknüpfung“ fehlt: Ein Kredit wird nicht der Rückzahlung wegen gewährt, sondern um damit etwas zu verdienen.<sup>37</sup>

Die in § 983 S 2 ABGB statuierte Verpflichtung des Darlehensnehmers, „ebenso viele Sachen derselben Gattung und Güte zurückzugeben“ ist nach zutreffender hL<sup>38</sup> für Darlehensverträge *typusbildend*. Dies gilt selbstverständlich auch für Kreditverträge gem § 988 ABGB. Müsste der Kreditnehmer nicht in jedem Fall das gesamte vom Kreditgeber Erhaltene zurückstellen, läge von Vornherein kein Kreditvertrag iSd § 988 ABGB vor, sondern irgendein anderer Vertrag. In Betracht käme vor allem eine Art *unregelmäßige Verwahrung*.<sup>39</sup>

#### IV. Negativzinsen als primäres Problem der Vertragsauslegung

Kreditgeber und Kreditnehmer sind sich über den genauen Bedeutungsgehalt der im Kreditvertrag festgelegten Zinsgleitklausel uneinig. Die Banken auf der Kreditgeberseite möchten ungeachtet der negativen Entwicklung der Referenzzinssätze idR Zinsen in Höhe des Aufschlags erhalten. Demgegenüber steht die Kreditnehmerseite auf dem Standpunkt, dass von den Banken unter gewissen Voraussetzungen sogar „Negativzinsen“ zu bezahlen seien.

32 Der Kreditgeber hat dem Kreditnehmer also auf derivativem Wege Eigentum am Geld zu verschaffen (*Stanzl in Klang* [Hrsg], Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch IV/1<sup>2</sup> [1968] 695; *Ertl in Fenyves/Kerschner/Vonkilch* [Hrsg], Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch<sup>3</sup> [2013] § 983 Rz 20). Beim Kredit (= Gelddarlehen) ist der Eigentumserwerb des Kreditnehmers, selbst wenn der Kreditgeber nicht Eigentümer oder verfügungsbefugt war, schon durch § 371 ABGB weitgehend sichergestellt (*Stanzl in Klang IV/1<sup>2</sup> 695; Aichberger-Beig in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 983 Rz 10).

33 Vgl *Pamp in Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch<sup>5</sup> Rz 76/142.

34 BGBl I 2010/28.

35 ErläutRV 650 BlgNR 24. GP 11.

36 Damit der Kreditgeber tatsächlich einen Anspruch auf Verzinsung hat, bedarf es selbstverständlich stets einer vertraglichen *Zinsabrede*.

37 ZB *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil<sup>11</sup> (2017) Rz 1086; *K. P. Berger in MüKoBGB III*<sup>7</sup> § 488 BGB Rz 42.

38 *Stanzl in Klang IV/1<sup>2</sup> 699; Ertl in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 983 Rz 31; *Wendehorst in Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg), Verbraucherkreditrecht (2010) § 983 ABGB Rz 27; *Zöchling-Jud*, ÖBA 2015, 321; s zur deutschen Lehre etwa *K. P. Berger in MüKoBGB III*<sup>7</sup> § 488 BGB Rz 42.

39 Vgl *Ch. Rabl*, VbR 2016, 63. Die „unregelmäßige Verwahrung“ ist ein *gemischter Vertrag* mit Darlehens- und Verwahrungselementen (zB *Henssler in Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* [Hrsg], Münchener Kommentar zum BGB V/2<sup>7</sup> [2017] § 700 BGB Rz 2).

Welcher (Vertrags-)Inhalt den strittigen Zinsgleitklauseln tatsächlich beizulegen ist, stellt damit die zentrale Fragestellung in der Diskussion über „Negativzinsen“ dar. Um sagen zu können, welcher der beiden Seiten Recht zu geben ist, bedarf es eines Rückgriffs auf die Mittel und Methoden der Vertragsinterpretation, wobei „Auslegung“ im Grunde nichts anderes bedeutet, als den Regelungsplan der Parteien zu erforschen (und nötigenfalls zu Ende zu denken<sup>40</sup>).

Die nachfolgenden Ausführungen bieten – für Österreich erstmalig – einen vollständigen Überblick über die bisher geführte Diskussion zur Auslegung von Zinsgleitklauseln in Kreditverträgen. Dabei soll zugleich die eigene Auffassung<sup>41</sup> fortentwickelt und die Judikatur gegen neue Kritik aus der Lehre verteidigt werden (vgl dazu die Pkt IV.A., IV.C., IV.D. und IV.E.).

### A. Abschluss eines „Kreditvertrags“

Ob schon der Tatsache, dass die Parteien einen „Kreditvertrag“ abgeschlossen haben, bei der Auslegung von Zinsgleitklauseln Bedeutung zukommt, wurde erst unlängst in Streit gezogen: *L. Schmid*<sup>42</sup> bemängelt an der Rsp des OGH etwa, dass man im Kontext mit Kreditverträgen aus der bloßen „Vertragsbezeichnung“ nichts ableiten dürfe. Die im Schuldrecht herrschende Vertragsfreiheit ermögliche es den Parteien, jeden beliebigen Vertragstyp zu wählen und daher prinzipiell auch einen atypischen Vertrag<sup>43</sup> zu schließen.<sup>44</sup> An die gesetzlichen Typenbeschreibungen hätten sich die Kontrahenten jedenfalls nicht zu halten.

Daran ist unbestreitbar richtig, dass es durch Vertragsauslegung stets die hinter dem Wortlaut stehende *Absicht der Parteien* zu ermitteln gilt (§ 914 ABGB) und es in manchen Einzelfällen gut denkbar ist, dass die gewählte Vertragsbezeichnung nicht mit dem tatsächlich Gewollten übereinstimmt.<sup>45</sup> Dies dürfte im Hinblick auf die von den Parteien gewählte Vertragsbezeichnung vor allem dann vorkommen, wenn sich für die damit befassten Kontrahenten (und Kautelarjuristen) einigermaßen subtile Abgrenzungsfragen zwischen den einzelnen in Betracht kommenden Vertragstypen stellen. Ein praktisches Beispiel hierfür bildet die Dichotomie von Miet- und Pachtvertrag bei der schuldrechtlichen Gebrauchsüberlassung: Aufgrund der im Einzelnen durchaus diffizilen Unterscheidung, etwa bei der Überlassung von Geschäftsräumlichkeiten in Einkaufszentren oder auf Flug- und Bahnhöfen, kommt der Bezeichnung oder rechtlichen Einordnung<sup>46</sup> eines Bestandvertrags als „Miete“ oder „Pacht“ nach mE zutreffender hA<sup>47</sup> keine allzu große Bedeutung für die Auslegung zu. Entscheidend muss vielmehr sein, welchen Zweck die Parteien mit der

---

40 Letzteres im Rahmen der sog „ergänzenden Vertragsauslegung“; vgl *Heiss* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 914 Rz 81.

41 Insb *Kronthaler*, ÖJZ 2017, 101 ff.

42 RdW 2017, 671 f.

43 Wie etwa die bereits genannte „unregelmäßige Verwahrung“.

44 IdS bereits *Kriegner*, ÖBA 2016, 515.

45 Vgl nur *Bollenberger* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB<sup>5</sup> (2017) § 914 Rz 5.

46 Beispielsweise als Vertrag, für den das MRG gilt.

47 OGH 5 Ob 2383/96v = wobl 1999, 48; OGH 8 Ob 11/04g = immolex 2004, 248; OGH 8 Ob 108/04x = wobl 2005, 172 (*Hausmann*); OGH 7 Ob 267/05y = RdW 2006, 17 (krit *Iro*); OGH 7 Ob 260/07x = JBl 2008, 591; OGH 6 Ob 141/09t = wobl 2010, 65; RIS-Justiz RS0020514; *B. Jud*, Bestandverträge in Einkaufszentren, wobl 2005, 121 (125 f); *Dirnbacher*, MRG 2013 (2013) 34; *Bernat*, Zum Geltungsbereich des Mietrechtsgesetzes, in *Korinek/Krejci* (Hrsg), Handbuch zum MRG (1985) 91 (97). *Pittl* (Miet- und Wohnungseigentumsrecht<sup>2</sup> [2011] 36) unterstellt der Bezeichnung des konkreten Bestandvertrags immerhin Indizwirkung; idS schon *Iro*, Die Rechtsnatur von Bestandverträgen in Einkaufszentren, RdW 2005, 666 (672). Ähnlich wohl auch OGH 3 Ob 253/05k = immolex 2007, 79 (*H. Böhm*).

Überlassung des Bestandgegenstands zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses verfolgt haben und welche Befugnisse dem Bestandnehmer konkret eingeräumt werden sollten.<sup>48</sup>

Der durch die Vertragsteile getroffenen „Typenwahl“ generell jede Relevanz bei der Auslegung abzusprechen, wäre aber in jedem Fall überschießend. Der Geschäftswille der Parteien wird in vielen, wenn nicht sogar den praktisch meisten Fällen sehr wohl durch den ausgewählten Vertragstypus (mit-)beeinflusst und vorgeprägt.<sup>49</sup> So wird man nicht ernsthaft bezweifeln können, dass sowohl die kreditgewährende Bank als auch der präsumtive Kreditnehmer eine recht konkrete Vorstellung darüber haben, welche rechtlichen Konsequenzen mit dem Abschluss eines Kreditvertrags verbunden sind:<sup>50</sup> Der Kreditgeber, idR also die Bank, ist zunächst dazu verpflichtet, dem Kreditnehmer eine bestimmte Summe an Geld zu überlassen. Der Kreditnehmer muss das erhaltene Geld laufend oder am Ende der Vertragslaufzeit zurückzahlen und als Gegenleistung für die vorübergehende Zurverfügungstellung von Kapital ein Entgelt leisten, welches idR in *Zinsen* (§ 988 S 3 ABGB) und *weiteren Vergütungen* besteht.<sup>51</sup>

Zwischen den Parteien besteht – zumindest im Regelfall<sup>52</sup> – Einigkeit über den zur Verwirklichung ihrer geschäftlichen Absichten (zB Immobilienkauf) geeigneten Vertragstypus (Kreditvertrag) sowie dessen Inhalt, der zeitweiligen Überlassung von Kapital im Gegenzug für die Leistung eines bestimmten Entgelts (in Form von Zinsen, Kontoführungs- und Bearbeitungsgebühren etc).<sup>53</sup> Insoweit liegt ein „natürlicher Konsens“ vor, eine *wirkliche Willensübereinstimmung*. Für „Negativzinsen“ bleibt kein Platz. Der vertragliche Regelungsplan der Parteien sieht – abgesehen von der Zuzählung der Kreditvaluta – keine weiteren Geldleistungen des Kreditgebers an den Kreditnehmer vor.<sup>54</sup>

Die auch in letzter Zeit immer wieder vorgebrachte Einwendung, dass die Parteien ein Abrutschen der Referenzzinssätze in den negativen Bereich *nicht vorhersehen* hätten können<sup>55</sup>, trifft die hier vertretene Auffassung nicht: Die Parteien haben sich bewusst und willentlich auf ein vertragliches Pflichtenprogramm geeinigt, in dem die Möglichkeit einer Zahlungspflicht des Kreditgebers gegenüber dem Kreditnehmer von vornherein nicht mitenthalten ist.

---

48 OGH 1 Ob 255/97z = immolex 1998, 108 (*Pfiel*); OGH 7 Ob 270/00g = immolex 2001, 76; OGH 8 Ob 11/04g = immolex 2004, 248; RIS-Justiz RS0020261; *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1091 Rz 1; *Würth* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I<sup>3</sup> (2000) § 1091 Rz 1; *Pesek* in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB V<sup>4</sup> (2014) § 1091 Rz 1; *Klang* in *Klang* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch V<sup>2</sup> (1954) 26 f.

49 Darauf weist schon *Zöchling-Jud*, ÖBA 2015, 321, ganz zutreffend hin. Richtigerweise dürfte – zumindest bei gewissen, in den betroffenen Verkehrskreisen allgemein bekannten Vertragstypen – eine widerlegliche Vermutung dafür streiten, dass die Parteien den im dispositiven Gesetzesrecht bekannten Vertrag und keinen atypischen Vertrag schließen wollten. Dies gilt insb dann, wenn sich im Vertragstext keine gegenteiligen Anhaltspunkte finden.

50 IdS nunmehr auch *Eliskases*, Anmerkung zu OGH 4 Ob 60/17b, JBl 2017, 739 (740).

51 Vgl *Ertl* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 984 Rz 5; *Perner* in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB IV<sup>4</sup> (2014) § 984 Rz 3.

52 Eine abweichende Vereinbarung, deren Regelungsplan „Negativzinsen“ mitumfasst, wäre naturgemäß zulässig (OGH 10 Ob 13/17k = VbR 2017, 105), aber in der Praxis höchst unwahrscheinlich.

53 Ebenso OGH 10 Ob 13/17k = VbR 2017, 105; OGH 1 Ob 4/17w = ÖBA 2017, 510; OGH 8 Ob 101/16k = ZFR 2017, 393.

54 So offenbar auch *Told*, ÖBA 2017, 835 ff.

55 *Vonkilch* in FS Eccher 1240; *Ramharter*, VbR 2017, 144. Vgl in diesem Zusammenhang auch die in OGH 10 Ob 13/17k = VbR 2017, 105; OGH 4 Ob 60/17b = ÖBA 2017, 422 (krit *B. Koch*) wiedergegebenen erstgerichtlichen Feststellungen.

Dieses Auslegungsergebnis, innerhalb dessen für „Negativzinsen“ kein Raum bleibt, kann mithilfe der in Österreich einhellig vertretenen Vertrauenstheorie<sup>56</sup> noch zusätzlich absichert werden: Stellt man sich die Frage, ob der Kreditnehmer – gemessen am Maßstab eines redlichen und verständigen Erklärungsempfängers<sup>57</sup> – damit rechnen durfte, irgendwann vom Kreditgeber „Zinszahlungen“ zu erhalten, gelangt man mE geradezu zwangsläufig zur Antwort, dass dies nicht der Fall ist.<sup>58</sup> Einem redlichen Kreditnehmer wird zudem bewusst sein, dass sich der Kreditgeber niemals dazu bereit erklären würde, ihm „Negativzinsen“ zu bezahlen.<sup>59</sup> Dafür spricht sicherlich auch, dass die Zinsgleitklausel von ihrem Wortlaut und Zweck her ausschließlich das vom Kreditnehmer zu leistende Entgelt regeln soll.<sup>60</sup>

Als Zwischenergebnis lässt sich damit festhalten, dass die Zahlung von „Negativzinsen“ an den Kreditnehmer nicht innerhalb des zwischen den Parteien konsentierten Pflichtenprogramms liegt.

Die grundlegende Erkenntnis, dass sich die Vertragsteile typischerweise darüber einig sein werden, einen dem gesetzlich ausgestalteten Vertragstypus entsprechenden Kreditvertrag abzuschließen, bei dem der Kreditgeber – abgesehen von der Überweisung der Kreditvaluta – keine weiteren Zahlungen an den Kreditnehmer leistet, weist für alle weiteren Überlegungen zur Vertragsauslegung den Weg. Jedes Auslegungsergebnis, welches wir im Folgenden auch immer erzielen werden, muss sich aus zwingenden rechtsmethodischen Gründen innerhalb des „Regelungsrahmens“ bewegen, den der „natürliche Konsens“ der Parteien vorgibt.<sup>61</sup>

## B. Auslegung der Zinsgleitklausel

Im allergrößten Teil der Kreditverträge, die vom OGH zu beurteilen waren, haben die Parteien eine Zinsgleitklausel vereinbart, die ohne irgendwelche zusätzlichen Einschränkungen auf den Referenzzinssatz verweist (zB „3-Monats-EURIBOR plus 2,000 % pa“).<sup>62</sup>

Die fehlende Beschränkung der Zinsgleitklausel nach unten und oben hin spricht mE eindeutig dafür, dass die Vertragsparteien den Sollzinssatz prinzipiell<sup>63</sup> unbeschränkt an die zukünftige Entwicklung des Referenzzinssatzes koppeln wollten. Die (Un-)Vorhersehbarkeit der späteren Negativentwicklung der Referenzzinssätze spielt hier wiederum keine entscheidende Rolle: Dies schon deshalb nicht, weil die (*langfristige*) *Entwicklung des Referenzzinssatzes* für die Parteien aus

56 Zur Vertrauenstheorie etwa *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> (2014) Rz 343; *Heiss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 914 Rz 3.

57 Vgl etwa *Koziol – Welser/Kletečka*, BR I<sup>14</sup> Rz 343; *Rummel* in *Rummel/Lukas* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch<sup>4</sup> (2014) § 863 Rz 14; *Wiebe* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 863 Rz 14; *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 869 Rz 3.

58 *Kronthaler*, Zak 2016, 129; *ders*, ÖJZ 2017, 104; idS nunmehr auch *Told*, ÖBA 2017, 834; OGH 10 Ob 13/17k = VbR 2017, 105; OGH 1 Ob 4/17w = ÖBA 2017, 510; OGH 8 Ob 101/16k = ZFR 2017, 393; OGH 8 Ob 107/16t = ZFR 2017, 556 (*Ruhm*); OGH 9 Ob 35/17p = ZFR 2017, 550; OGH 6 Ob 51/17v = ÖBA 2017, 867.

59 *Kronthaler*, Zak 2016, 129; *ders*, ÖJZ 2017, 104; idS nunmehr *Told*, ÖBA 2017, 834; OGH 10 Ob 13/17k = VbR 2017, 105; OGH 1 Ob 4/17w = ÖBA 2017, 510; OGH 8 Ob 101/16k = ZFR 2017, 393; 8 Ob 107/16t = ZFR 2017, 556 (*Ruhm*); OGH 9 Ob 35/17p = ZFR 2017, 550; OGH 6 Ob 51/17v = ÖBA 2017, 867.

60 Vgl *Zöchling-Jud*, ÖBA 2015, 322; OGH 1 Ob 4/17w = ÖBA 2017, 510 (jeweils auf den Wortlaut abstellend). Krit in diesem Punkt *Vonkilch* in FS Eccher 1244.

61 Vgl allgemein *Heiss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 914 Rz 32 und insb 82; *Bollenberger* in KBB<sup>5</sup> § 914 Rz 5; besonders deutlich jüngst OGH 10 Ob 13/17k = VbR 2017, 105.

62 Vgl OGH 8 Ob 101/16k = ZFR 2017, 393.

63 Die Grenze bildet der in Ausnahmesituationen in Betracht kommende Wegfall der Geschäftsgrundlage; vgl dazu beim „Fixzinskredit“ oben FN 6.

*Sicht ex ante bekanntlich weitestgehend unvorhersehbar* ist und dies von den Vertragsteilen *bewusst in Kauf genommen* wurde.<sup>64</sup>

Müsste der Kreditnehmer, wie von manchen behauptet wird<sup>65</sup>, jedenfalls den Aufschlag („2,000 %“) als „Mindestsollzinssatz“ bezahlen, könnte es in manchen Konstellationen zu einer nahezu vollständigen Verlagerung des Zinsänderungsrisikos auf den Kreditnehmer kommen, wie das nachfolgende Beispiel verdeutlichen soll:

Ein variabel verzinsten Kreditvertrag über 200.000 € wurde im September 2012 abgeschlossen. Der vom Kreditnehmer zu bezahlende Sollzinssatz ergibt sich aus einem festen Aufschlag in Höhe von „2,000 %“ plus dem „3-Monats-EURIBOR“, welcher zu diesem Zeitpunkt bei ungefähr +0,250 % lag.<sup>66</sup> Der Anfangssollzinssatz hätte dementsprechend 2,250 % betragen. Läge die Untergrenze beim Aufschlag („2,000 %“), könnte der Sollzins um exakt -0,250 % nach unten absinken. Umgekehrt wäre nach oben hin ein unbegrenzter Zinsanstieg möglich.

Einem Kreditnehmer, der mit dem Kreditgeber eine *variable Verzinsung* vereinbart, im Wege der Vertragsauslegung zu unterstellen, er habe sich mit dem „Zinsänderungsrisiko“ belasten wollen, sich aber gleichzeitig keine relevante „Zinsänderungschance“ erhofft, wäre mE äußerst bedenklich. Ein neuerlicher Rückgriff auf die normative Auslegung bestätigt diesen Eindruck: Die entscheidende Frage ist nämlich, wie die Zinsgleitklausel von einem redlichen und verständigen Kreditnehmer unter den gegebenen Umständen verstanden werden durfte.

Der Kreditnehmer, der einer aus seiner Sicht risikobehafteten Zinsgleitklausel zustimmt und gerade keinen teureren, aber für ihn „sichereren“ Fixzinskredit wünscht,<sup>67</sup> geht für den Kreditgeber erkennbar von einer *ausgewogenen Verteilung von Chancen und Risiken* aus.<sup>68</sup> Ein redlicher Kreditgeber kann und darf nicht davon ausgehen, dass der Kreditnehmer nahezu das gesamte „Zinsänderungsrisiko“ auf sich nehmen wollte, ohne sich dafür einen entsprechenden „Zinsänderungsvorteil“ zu versprechen. Nach der Vertrauenstheorie ist der Kreditnehmer in seiner Erwartung einer gleichmäßigen Verteilung von Chancen und Risiken zu schützen.<sup>69</sup>

Ein mE durchaus gewichtiges, aber bislang kaum beachtetes Zusatzargument für das hier vertretene Auslegungsergebnis ist der „Vertragszweck“<sup>70</sup> von Zinsgleitklauseln: Sie dient der *Wahrung*

64 *Eliskases*, JBl 2017, 740; vgl auch *Ertl*, Memo: Inflation und Privatrecht, *ecolex* 2008, 313 (314); *ders* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*<sup>3</sup> § 985 Rz 72; *Aichberger-Beig* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 985 Rz 12.

65 *Zöchling-Jud*, ÖBA 2015, 325; *Ch. Rabl*, VbR 2016, 63; *G. Graf*, ZFR 2017, 371 f.

66 *Österreichischen Nationalbank*, <https://www.oenb.at/Statistik/Standardisierte-Tabellen/Internationale-Vergleiche/Zinssatze-und-Renditen/Drei-Monats-Zinss-tze.html> (zuletzt abgefragt am 28. 5. 2018).

67 Man könnte durchaus sagen, der höhere Risikoaufschlag beim „Fixzinskredit“ stelle eine Art „Versicherungsprämie“ gegen nachträgliche Zinssteigerungen dar.

68 S zu Recht bereits *Leupold*, VbR 2015, 83; ihr folgend *Kronthaler*, Zak 2016, 129; *ders*, ÖJZ 2017, 105; *ders*, Zak 2017, 225 f; *Aichberger-Beig* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 988 Rz 12/1; OGH 4 Ob 60/17b = ÖBA 2017, 422 (krit *B. Koch*); dem 4. Senat folgend OGH 8 Ob 101/16k = ZFR 2017, 393; OGH 8 Ob 107/16t = ZFR 2017, 556 (*Ruhm*); OGH 9 Ob 35/17p = ZFR 2017, 550; OGH 3 Ob 88/17p = ÖBA 2017, 861; ausdrücklich aA *G. Graf*, ZFR 2017, 372.

69 Die Behauptung, der OGH stütze seine Argumentation alleine (!) auf den Wortlaut der Zinsgleitklauseln, ist unrichtig (anders aber *S. Foglar-Deinhardstein*, Anmerkung zu OGH 8 Ob 101/16x, ÖBA 2018, 45 [46], der genau dies behauptet). Vielmehr berücksichtigt der OGH – mE mit Recht – auch verschiedene normative Gesichtspunkte im Rahmen der einfachen Vertragsauslegung.

70 Vgl zur Beachtlichkeit des „Vertragszwecks“ bei der Auslegung *Gschnitzer* in *Klang IV/1*<sup>2</sup> 405; *Heiss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 914 Rz 32; *Vonkilch* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch<sup>3</sup> (2011) § 914 Rz 175 ff; skeptisch aber *G. Graf*, *Vertrag und Vernunft* (1997) 251 ff.

der ursprünglichen vertraglichen Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung.<sup>71</sup> Der Kreditgeber soll nicht durch eine nachträgliche Verteuerung seiner Refinanzierungskosten benachteiligt werden; der Kreditnehmer soll aber umgekehrt auch von einer aus seiner Sicht günstigen Veränderung der Refinanzierungsmöglichkeiten des Kreditgebers profitieren. Die Zinsgleitklausel soll zugunsten beider Vertragsparteien wirken!

### C. Dysfunktionalität der in der Praxis verwendeten Zinsgleitklauseln?

Der jüngst gleich mehrfach erhobene Einwand, dass die derzeit gängigen Referenzzinssätze die tatsächlichen Refinanzierungskosten des Kreditgebers in Wahrheit nur ungenügend abbildeten,<sup>72</sup> verfängt jedenfalls im Rahmen der hier anzustellenden Überlegungen zur Vertragsauslegung nicht. Einigen sich Kreditgeber und Kreditnehmer über einen variablen Zinssatz, bringen beide damit übereinstimmend zum Ausdruck, dass die gewährte Leistung mit der dafür hingegebenen Gegenleistung als „vergolten“ anzusehen ist (§ 917 ABGB).

Der vereinbarte Referenzzinssatz bildet die tatsächlichen Refinanzierungskosten des Kreditgebers zu keinem Zeitpunkt ganz korrekt ab<sup>73</sup>; weder beim Vertragsabschluss noch irgendwann während der Laufzeit des Kredits. Das Risiko, dass die Veränderung der eigenen Refinanzierungskosten nicht mit jener des Referenzzinssatzes korreliert, hat nach allgemeinen Grundsätzen<sup>74</sup> der Kreditgeber zu tragen. Die anfängliche, von den Vertragsparteien in beiderseitigem Einverständnis bestimmte „subjektive Äquivalenz“ kann deshalb während der Kreditlaufzeit nur dadurch aufrechterhalten werden, dass sich das vom Kreditnehmer laufend zu zahlende Entgelt entsprechend dem vereinbarten Indikatorwert anpasst. Es ist davon auszugehen, dass allfällige über dem Referenzzinssatz liegende Refinanzierungskosten bereits im Aufschlag eingepreist sind.<sup>75</sup>

### D. Entgeltlichkeit

*Told*<sup>76</sup> hat vor kurzem Bedenken dahingehend geäußert, dass sich eine auch bloß „zeitweise Nullverzinsung“ in Widerspruch „zur übereinstimmenden Vorstellung der Parteien beim Vertragsabschluss“ setzen könnte. Daher habe der Kreditnehmer „zu den vereinbarten Zeitpunkten einen (Mindest)Zins zu leisten“, wobei sich dieser wirtschaftlich „kaum von einer Nullverzinsung“ unterscheide. Sofern mit dem Kreditnehmer zusätzlich Vergütungen vereinbart worden wären, „die unabhängig von einem Nullzinssatz die Entgeltlichkeit des Vertrages begründen, wird auch eine zeitweise Nullverzinsung vom gemeinsamen Konsens getragen sein“.<sup>77</sup>

Abgesehen davon, dass in praxi neben dem Sollzinssatz wohl stets zusätzliche Leistungen vom Kreditnehmer geschuldet sind, beruhen die Ausführungen von *Told* auf einem unrichtigen Ver-

71 *Ellenberger* in FS Hopt II 1754, 1757; *Omlor* in *Staudinger*, BGB § 246 BGB Rz 62; *Krepold* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch<sup>5</sup> Rz 78/70; vgl auch *Iro*, Einseitige Kreditzinsenanpassung durch die Bank? RdW 1985, 266; *Eliskases*, JBl 2017, 740. S ferner *Coester* in *Staudinger* (Hrsg), BGB (2013) § 307 BGB Rz 330a. OGH 10 Ob 80/15k = ZFR 2017, 78 (*Butschek*); OGH 8 Ob 31/12k = ÖBA 2012, 691 (*Butschek*).

72 *G. Graf*, ZFR 2017, 370; *Ch. Rabl*, ÖBA 2017, 355; *B. Koch*, Anmerkung zu OGH 4 Ob 60/17b, ÖBA 2017, 423 (425).

73 Vgl schon *Kronthaler*, ÖJZ 2017, 107. Dies zur Kritik von *B. Koch*, ÖBA 2017, 424.

74 ZB *Told*, ÖBA 2017, 840; näher zur Tragung des Beschaffungsrisikos durch den Leistungsschuldner unter Pkt V.D.

75 Darauf weist *Told*, ÖBA 2017, 829, zu Recht hin.

76 ÖBA 2017, 835 ff.

77 Im praktischen Ergebnis dürfte die Auffassung von *Told*, ÖBA 2017, 832 ff, jener des *Verfassers* entsprechen (Nullverzinsung, aber keine Negativzinsen möglich; vgl *Kronthaler*, ÖJZ 2017, 103 ff; *ders*, Zak 2017, 224 ff).

ständnis des Begriffs der Entgeltlichkeit: Bei der Prüfung der Entgeltlichkeit geht es alleine um die „subjektive Äquivalenz“ der gegenseitig auszutauschenden Leistungen aus Sicht der betroffenen Parteien; maßgeblich für die Beurteilung ist daher der *Zeitpunkt des Vertragsabschlusses*.<sup>78</sup> Es hat mithin keinen Einfluss auf die Entgeltlichkeit eines Kreditvertrags, wenn nicht in jeder Zinsperiode Leistungen an den Kreditgeber fließen.<sup>79</sup>

### E. Mangelnde Schutzbedürftigkeit des Kreditnehmers?

Nicht zu folgen ist der Auffassung, die Vereinbarung einer Zinsobergrenze wäre entbehrlich, weil das objektive Recht den Kreditnehmer durch § 934 ABGB und die Regelungen über den Wucher gegen nachträglich steigende Sollzinsen absichere.<sup>80</sup> Sowohl die *laesio enormis* (§ 934 ABGB) als auch der Wuchertatbestand (§ 879 Abs 2 Z 4 ABGB; WucherG) knüpfen an den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses an, weshalb diese Regelungen den Kreditnehmer nicht gegen einen belastenden Zinsanstieg im Nachhinein schützen können.<sup>81</sup>

Nicht zu teilen sind mE auch die Bedenken *Ch. Rabls*<sup>82</sup> im Hinblick auf die vorzeitige Kreditrückzahlungsmöglichkeit des Verbraucherkreditnehmers (vgl § 16 VKrG; § 20 HIKrG). *Ramharter*<sup>83</sup> hat mit Recht darauf hingewiesen, dass trotz der Möglichkeit zur jederzeitigen vorzeitigen Rückzahlung zumindest auf „*Portfoliobasis*“ eine Absicherung des Kreditgebers gegen einen späteren Zinsanstieg durch sog „*Hedging*“ möglich ist.<sup>84</sup> Außerdem ist ein anderer gewichtiger Aspekt in der bisherigen Diskussion in Österreich noch gar nicht angesprochen worden: Die hohen Transaktionskosten einer Umschuldung.<sup>85</sup> Das Recht des Verbraucherkreditnehmers, seinen Kredit jederzeit vorzeitig zu tilgen, stellt schon alleine aus diesem Grund keine adäquate Kompensation für das Risiko eines unbegrenzten späteren Zinsanstiegs dar.

### F. Zwischenergebnis (Regelungsplan der Parteien)

Zusammengefasst ergibt sich bereits im Rahmen der einfachen Vertragsauslegung ein klarer und vollständiger *Regelungsplan* der Vertragsparteien: Kreditgeber und Kreditnehmer sind sich darüber einig, einen Kreditvertrag iSd § 988 ABGB abzuschließen. Die Zahlung von „Negativzinsen“ war von beiden Vertragsparteien zu keinem Zeitpunkt gewollt. Abgesehen davon, soll sich der Sollzinssatz in gleicher Weise nach oben und unten hin verändern können.<sup>86</sup>

78 *Reischauer in Rummel I*<sup>3</sup> § 917 Rz 1; *Koziol – Welser/Kletečka*, BR I<sup>14</sup> Rz 365; *Kronthaler*, Zak 2016, 218; *ders*, ÖJZ 2017, 105 f.

79 So mit Recht schon *Leupold*, VbR 2015, 82.

80 So aber *Zöchling-Jud*, ÖBA 2015, 328; *dies*, Anmerkung zu OGH 3 Ob 47/16g, ÖBA 2017, 764 (766).

81 Vgl zum Wucher *Koziol – Welser/Kletečka*, BR I<sup>14</sup> Rz 556; *Krejci in Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 879 Rz 356; zur *laesio enormis* *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> (2015) Rz 443; *Gruber in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 934 Rz 7; *Reischauer in Rummel I*<sup>3</sup> § 934 Rz 5.

82 BA 2017, 355 f; idS aber auch *G. Graf*, ZFR 2017, 370 f.

83 VbR 2017, 145.

84 Die Kosten für die Absicherungsgeschäfte („*Hedging*“) kann der Kreditgeber – etwa innerhalb des in der Marge enthaltenen Risikoaufschlags – auf den Kreditnehmer überwälzen (zutreffend *Ramharter*, VbR 2017, 145).

85 Vgl BGH XI ZR 78/08 = BGHZ 180, 257; *Habersack*, WM 2001, 757; *Schimansky*, WM 2001, 1172; *ders*, Zinsanpassung im Aktivgeschäft, WM 2003, 1449; *Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen* (Hrsg), AGB-Recht<sup>12</sup> (2016) Zinsanpassungsklauseln Rz 21.

86 *Kronthaler*, Zak 2017, 226.

Es bedarf daher auch *keines Rückgriffs auf die ergänzende Vertragsauslegung*: „Ein solcher kommt nur dann in Betracht, wenn nach Vertragsabschluss Probleme auftreten, die die Parteien nicht bedacht und daher nicht geregelt haben“.<sup>87</sup>

## V. Gesetzliche Vorgaben für Zinsgleitklauseln in Verbraucherkreditverträgen

### A. Rechtfertigung von Preisänderungsklauseln in Kreditverträgen durch praktisches Anpassungsbedürfnis

Aufgrund des zumeist mehrjährigen, nicht selten sogar jahrzehntelangen Rückzahlungszeitraumes besteht bei Kreditverträgen für den Kreditgeber ein enormes praktisches Bedürfnis, während der gesamten Vertragslaufzeit auf Entwicklungen reagieren zu können, die für die Höhe des vom Kreditnehmer zu bezahlenden Entgelts relevant sind.<sup>88</sup>

### B. Inhaltliche Schranken der Preisanpassung

Der Gesetzgeber erkennt die Möglichkeit einer einseitigen Entgeltanpassung durch den Unternehmer während laufendem Vertrag in § 6 Abs 1 Z 5 KSchG grundsätzlich an.<sup>89</sup>

Damit kommt der Gesetzgeber dem „Preisänderungsinteresse“ des Unternehmers entgegen, was vor allem bei langfristigen Vertragsbindungen durchaus nachvollziehbar ist. Für den Verbraucher, der zu einer Leistung an den Unternehmer verpflichtet ist, bedeutet ein einseitiges Preisänderungsrecht allerdings eine empfindliche Abschwächung der subjektiven „Richtigkeitsgewähr“<sup>90</sup> des Vertrags; darauf hat allen voran *Schauer*<sup>91</sup> mit Recht hingewiesen.<sup>92</sup> Eine Preisänderungsklausel legt den künftigen Vertragsinhalt nämlich nicht in bestimmter Weise fest, sondern umschreibt nur diejenigen Umstände, die eine Bestimmbarkeit der Leistung in Zukunft ermöglichen.

Dazu kommt, dass Klauseln, die eine Möglichkeit zur einseitigen Preisänderung durch den Unternehmer vorsehen, in den seltensten Fällen individuell ausgehandelt werden. Der Verbraucher befindet sich im Regelfall in einer Situation der „verdünnten Willensfreiheit“.<sup>93</sup>

Zum Schutz des Verbrauchers ist das nachträgliche „Preisänderungsrecht“ des Unternehmers deshalb an vier strenge inhaltliche Voraussetzungen gebunden:

Eine Preisänderungsklausel ist nur dann gültig, wenn „*der Vertrag bei Vorliegen der vereinbarten Voraussetzungen für eine Entgeltänderung auch eine Entgeltsenkung vorsieht*“ (= Symmetriegebot), „*die*

87 OGH 4 Ob 60/17b = ÖBA 2017, 422 (krit *B. Koch*) (Hervorhebung im Original); ferner *Bollenberger* in KBB<sup>5</sup> § 914 Rz 8; *Heiss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,02</sup> § 914 Rz 99. Vgl allgemein *Koziol – Welser/Kletečka*, BR<sup>14</sup> Rz 351.

88 So iZm längerfristigen Darlehen etwa *Kronthaler*, ÖJZ 2017, 101 unter Berufung auf *Freitag* in *Staudinger* (Hrsg), BGB (2015) § 488 BGB BGB Rz 190. Vgl allgemein *Langer* in *Kosesnik-Wehrle* (Hrsg), Kurzkomentar zum KSchG<sup>4</sup> (2015) § 6 KSchG Rz 25.

89 ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 23 f; vgl auch *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/4<sup>3</sup> (2002) § 6 KSchG Rz 72 ff; *Eccher* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch<sup>3</sup> (2006) § 6 Abs 1 Z 5 KSchG Rz 1; *Apathy* in *Schwimann/Kodek Va*<sup>4</sup> § 6 KSchG Rz 22.

90 *F. Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes (1967) 126 ff.

91 Die Anpassungsklauseln im Versicherungsvertragsrecht, VR 1999 H 1-2, 21; zust *Fenyves/Rubin*, Vereinbarung von Preisänderungen bei Dauerschuldverhältnissen und KSchG, ÖBA 2004, 347 (349).

92 So im gegenständlichen Zusammenhang auch *Told*, ÖBA 2017, 830.

93 Vgl *Iro*, Anmerkung zu den Entscheidungen des OGH 5 Ob 266/02g, 4 Ob 265/02b und 4 Ob 288/02k, ÖBA 2003, 376 (377); ferner allgemein *Schauer*, VR 1999 H 1-2, 21.

für die Entgeltänderung maßgebenden Umstände im Vertrag umschrieben und sachlich gerechtfertigt sind“ (= Transparenzgebot<sup>94</sup> und Erfordernis der sachlichen Rechtfertigung<sup>95</sup>) und „ihr Eintritt nicht vom Willen des Unternehmers abhängt“ (= Gebot der Willensunabhängigkeit).

Wird auch nur eines dieser vier Kriterien nicht eingehalten, ist die Preisänderungsklausel unwirksam (§ 879 Abs 1 KSchG); G. Graf<sup>96</sup> spricht insoweit treffend von einer „bedingte[n] Anordnung“ des Gesetzes.

### C. Historische Entwicklung

Das Symmetriegebot des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG beruht nicht, wie man vielleicht glauben könnte, auf einer Umsetzung der Klausel-RL<sup>97</sup>, sondern auf einer autonomen Entscheidung des österreichischen Gesetzgebers.<sup>98</sup> Den nationalen *Gesetzesmaterialien* kommt daher eine ganz erhebliche Bedeutung zu:

Bereits bei Einführung des KSchG mit BGBl 1979/140 hat der Gesetzgeber darauf hingewiesen, dass § 6 Abs 1 Z 5 „entgegen dem Grundsatz ‚pacta sunt servanda‘ einen nachträglichen einseitigen Eingriff des Unternehmers in das ursprüngliche Verhältnis von Leistung und Gegenleistung“ ermöglichen. Der „zahlungspflichtige Verbraucher“ werde dadurch „einem besonderen Risiko ausgesetzt“.<sup>99</sup>

Mit einer Novelle des KSchG im Jahr 1997<sup>100</sup> sollten die Zulässigkeitsvoraussetzungen für Preisänderungsklauseln gleich „in zweierlei Hinsicht verbraucherfreundlicher gestaltet werden“:

Zunächst (und primär) sollte „das – in § 31c KSchG für den Pauschalreisevertrag bereits enthaltene – Erfordernis der Zweiseitigkeit von Preisgleitklauseln auf alle ‚Verbrauchergeschäfte‘ ausgedehnt werden“. „Eine solche Klausel soll nur dann wirksam sein, wenn der Unternehmer bei einer Änderung der vereinbarten Preisgleitfaktoren gegebenenfalls auch zu einer Preisminderung verpflichtet ist. Es ist nämlich nicht recht einzusehen, daß sich ein Unternehmer zwar gegen eine allfällige Verteuerung gewinnbestimmender Faktoren (etwa der Preise von Betriebsmitteln) absichern kann, im Fall der Verbesserung der Faktoren aber den dadurch bedingten Mehrgewinn lukrieren darf. Wenn es schon bestehende Unsicherheiten über preisbestimmende Umstände angezeigt erscheinen lassen, den vereinbarten Preis an die weitere Entwicklung bestimmter Umstände zu binden, dann soll dies im Sinn einer ausgewogenen Verteilung der Lasten und der Vorteile nicht ausschließlich nur zum Nachteil des Ver-

94 Die Verpflichtung des Unternehmers, die für die Entgeltänderung maßgebenden Umstände im Vertrag zu umschreiben, beruht auf dem verbraucherschutzrechtlichen „Informationsmodell“ und verwirklicht ein besonderes Transparenzgebot (darauf weisen bereits Fenyves/Rubin, ÖBA 2004, 350, zutreffend hin; idS auch Eccher in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 6 Abs 1 Z 5 KSchG Rz 4; vgl allgemein zum „Informationsmodell“ Kletečka/Kronthaler, Überlegungen zur Hinweispflicht bei „elektronisch geschlossenen Verträgen“ iSd § 8 FAGG, ÖJZ 2018, 5 f mwN).

95 Sachliche Rechtfertigung bedeutet aber nicht, dass der vom Unternehmer geforderte Preis angemessen sein muss (Krejci in Rummel II/4<sup>3</sup> § 6 KSchG Rz 85; Eccher in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 6 Abs 1 Z 5 KSchG Rz 5).

96 Welche Preisänderungsklauseln sind in Verbraucherverträgen wirksam? wbl 2005, 203.

97 Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl L 1993/95, 29.

98 Schauer, VR 1999 H 1-2, 23 Fn 25.

99 ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 23. In der Stammfassung sah § 6 Abs 1 Z 5 KSchG nur vor, dass die für die Erhöhung des Entgelts maßgebenden Umstände im Vertrag umschrieben sein müssen und ihr Eintritt nicht vom Willen des Unternehmers abhängig sein darf (ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 2; G. Graf, wbl 2005, 197 FN 1).

100 BGBl 1997/6.

*brauchers möglich sein.*<sup>101</sup> Zusätzlich wurde bestimmt, dass die für allfällige Preisänderungen maßgeblichen Faktoren sachlich gerechtfertigt sein müssen.<sup>102</sup>

#### D. Normzweck

Das Symmetriegebot in § 6 Abs 1 Z 5 KSchG bezweckt nach ganz hL<sup>103</sup> vordergründig die Aufrechterhaltung des anfänglichen Wertverhältnisses von vertraglicher Leistung und Gegenleistung. Der rechtsgeschäftlichen Einigung der Parteien über die gegenseitig auszutauschenden Leistungen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses kommt – wie erwähnt – eine gewisse „Richtigkeitsgewähr“ zu.<sup>104</sup> Die von den Vertragsteilen einvernehmlich festgelegte „subjektive Äquivalenz“ zwischen der Leistung des Unternehmers und der Gegenleistung des Verbrauchers soll bei jeder Preisanpassung möglichst beibehalten werden. Steigen die Kosten, die der Unternehmer zur Erbringung seiner Leistung aufzuwenden hat, gebührt ihm ein höheres Entgelt. Im umgekehrten Fall muss sich die Gegenleistung des Verbrauchers verringern. Im Ergebnis soll die „Gewinnmarge“ des Unternehmers über die gesamte Vertragslaufzeit hinweg gleich bleiben.<sup>105</sup>

G. Graf<sup>106</sup> hat allerdings zutreffend erkannt, dass § 6 Abs 1 Z 5 KSchG ökonomisch betrachtet im Grunde nichts anderes bewirkt, als die Möglichkeiten des Unternehmens zur Risikoüberwälzung auf den Verbraucher zu regeln. Nach allgemeinen Regeln<sup>107</sup> trägt der Leistungsschuldner, also der Unternehmer, das „Beschaffungsrisiko“. Ihn treffen all jene Kosten, die mit der Leistungsbeschaffung und -erbringung verbunden sind, und er trägt das Risiko, dass sich die Kosten zu seinen Lasten verändern.<sup>108</sup> § 6 Abs 1 Z 5 KSchG erlaubt dem Unternehmer aber unter gewissen Voraussetzungen, sein Beschaffungsrisiko auf den Verbraucher zu überwälzen („guter Tropfen“). Im Gegenzug muss sich ein Unternehmer, der von Vorteilen<sup>109</sup> einer zulässigen Preisänderungsklausel profitieren möchte, eben an die strengen verbraucherschutzrechtlichen Vorgaben halten („böser Tropfen“).

101 Hervorhebungen durch den Verfasser.

102 ErläutRV 311 BlgNR 20. GP 19.

103 Koitz-Arko, Zinsgleitklauseln bei Verbraucherkrediten, ÖBA 1998, 10 (11); Krejci in Rummel II/4<sup>3</sup> § 6 KSchG Rz 73; Fenyves/Rubin, ÖBA 2004, 350; Fenyves/Rubin, ÖBA 2004, 350; Eccher in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 6 Abs 1 Z 5 KSchG Rz 1; Apathy in Schwimann/Kodek Va<sup>4</sup> § 6 KSchG Rz 22; Kathrein/Schoditsch in KBB<sup>5</sup> § 6 KSchG Rz 10; vgl auch G. Graf, wbl 2005, 200 („Gleichlauf von Kosten und Nutzen“). Vgl aus der Rsp bloß OGH 5 Ob 266/02g = SZ 2002/154; RIS-Justiz RS0117365.

104 Vgl F. Bydlinski, Privatautonomie 62 ff, 126 ff; ferner P. Bydlinski, Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil<sup>7</sup> (2016) Rz 6/2, der allerdings abschwächend von einer „Richtigkeitsvermutung“ spricht; s auch G. Graf, Vertrag und Verunft 64 ff.

105 Vgl Fenyves/Rubin, ÖBA 2004, 351; Vonkilch in FS Eccher 1245.

106 Wbl 2005, 199.

107 Krejci, Konsumentenschutz und Bankgeschäfte, in G. Mayer (Hrsg), Konsumentenpolitisches Jahrbuch 1996 – 1997 (1998) 139 (149); vgl auch Ch. Rabl, Die Gefahrtragung beim Kauf (2002) 349 f; ferner F. Bydlinski in Klang (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch IV/2<sup>2</sup> (1978) 124 f; Pisko/Gschnitzer in Klang (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch VI<sup>2</sup> (1951) 541 ff; Mayrhofer, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Das Recht der Schuldverhältnisse, Allgemeine Lehren II/1<sup>3</sup> (1986) 397; Holly in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1447 Rz 27/3; Aicher in Rummel/Lukas (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch<sup>4</sup> (2017) § 1053 Rz 15; s ferner Habersack, WM 2001, 754.

108 So etwa G. Graf, wbl 2005, 199. Umgekehrt profitiert der Leistungsschuldner von einem Absinken der Kosten, die er für die Beschaffung und Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistung aufbringen muss. Hinter der gesetzlichen Risikozuordnung stehen – wie G. Graf (wbl 2005, 200) überzeugend nachgewiesen hat – ökonomisch sinnvolle Erwägungen. Der Leistungsschuldner wird dadurch veranlasst, vor Übernahme der Vertragsverbindlichkeit genau zu kalkulieren, welche Kosten mit der Erbringung der versprochenen Leistung verbunden sind. Vgl im gegenständlichen Zusammenhang auch Vonkilch in FS Eccher 1246.

109 Damit ist vor allem die Möglichkeit zur Absicherung gegen nachträgliche Preissteigerungen sowie die Vermeidung einer langfristigen Preiskalkulation gemeint; vgl oben unter Pkt I.A.

Es darf zudem nicht übersehen werden, dass § 6 Abs 1 Z 5 KSchG dem Verbraucher auch die Möglichkeit verschaffen möchte, die vom Unternehmer vorgenommene Entgeltsänderung auf ihre Richtigkeit und Angemessenheit hin zu überprüfen (Kontrollfunktion).<sup>110</sup>

### E. Bedeutung von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG für Zinsgleitklauseln

§ 6 Abs 1 Z 5 KSchG gilt, was an dieser Stelle kurz festzuhalten ist, nach zutreffender hA<sup>111</sup> sowohl für Zinsanpassungs- als auch für Zinsgleitklauseln. Zinsgleitklauseln haben bei Kreditverträgen die *Funktion*, den *Sollzins an die Refinanzierungskosten zu koppeln*.<sup>112</sup> Eine Anknüpfung an die individuellen Refinanzierungskosten der kreditgebenden Bank ist jedoch unmöglich, weil der einzelne Kredit keiner konkreten Refinanzierungsform zuordenbar ist.<sup>113</sup> Außerdem wäre eine solche Vorgangsweise, jedenfalls bei Verbraucherkrediten, eindeutig rechtswidrig. § 6 Abs 1 Z 5 KSchG sieht vor, dass die für die Entgeltänderung maßgebenden Umstände im Vertrag umschrieben und sachlich gerechtfertigt sein müssen. Nun hat schon *G. Graf*<sup>114</sup> zutreffend aufgezeigt, dass die Überwälzung betriebsinterner Kostenfaktoren<sup>115</sup>, wie etwa Veränderungen der Bonität der kreditgebenden Bank, grundsätzlich nicht zulässig ist.<sup>116</sup> Vor allem aber wäre es dem Kreditnehmer niemals möglich, die bankinternen Kosten zu überprüfen. Nicht zuletzt sind die konkreten Refinanzierungskosten – zumindest zum Teil – vom „*Willen des Unternehmers*“ abhängig, weil die kreditgebende Bank über den jeweiligen Refinanzierungsansatz entscheidet.<sup>117</sup>

### F. Verlangt § 6 Abs 1 Z 5 KSchG „Negativzinsen“ bei variablen Krediten?

Sämtliche bisherigen Überlegungen zur richtigen Auslegung von Zinsgleitklauseln in Kreditverträgen wären Makulatur, wenn das zwingende Verbraucherschutzrecht, namentlich § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, „Negativzinsen“ verlangen würde.<sup>118</sup> Es bedarf im Grunde keiner weiteren Erörterung, dass man im Wege der Vertragsinterpretation zu keinem gesetzwidrigen Ergebnis gelangen darf.<sup>119</sup>

110 *Koitz-Arko*, ÖBA 1998, 11; *G. Graf*, wbl 2005, 202, 204; *Langer* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG<sup>4</sup> § 6 KSchG Rz 26; *Eccher* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 6 Abs 1 Z 5 KSchG Rz 4; *Apathy* in *Schwimann/Kodek Va*<sup>4</sup> § 6 KSchG Rz 25.

111 *Koitz-Arko*, ÖBA 1998, 12; *Krejci* in *Rummel II/4*<sup>3</sup> § 6 KSchG Rz 86; *G. Graf*, Rechtswidrige Zinsanpassungsklauseln und Verjährungsrecht, *ecolex* 2003, 648 (648 f); *ders*, Bankvertragsrecht<sup>4</sup> (2017) 76; *M. Leitner*, Preis- und Zinsgleitklauseln, *ecolex* 2003, 660 (660 f); *Eccher* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 6 Abs 1 Z 5 KSchG Rz 1; *Dehn* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht IV<sup>2</sup> Rz 2/107; *Apathy* in *Schwimann/Kodek Va*<sup>4</sup> § 6 KSchG Rz 23; *Langer* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG<sup>4</sup> § 6 KSchG Rz 26; *Bollenberger*, Vertragsabschluss unter beiderseitig verdünnter Willensfreiheit, ÖBA 2016, 26 (28); OGH 5 Ob 266/02g = *ecolex* 2003, 237 (*M. Leitner*); OGH 10 Ob 13/17k = VbR 2017, 105; OGH 8 Ob 101/16k = ZFR 2017, 393; OGH 30.05.2017, 8 Ob 107/16t.

112 So ausdrücklich *Habersack*, WM 2001, 755 („*bislang übliche Funktion*“); vgl auch *Iro*, RdW 1985, 266; *M. Leitner*, *ecolex* 2003, 660; *B. Koch*, Basel II und Kreditvertragsrecht, ÖBA 2007, 614 (616); *Gumpoltsberger*, Einseitige Anpassung des Zinsaufschlags und Indikators bei Fremdwährungskrediten, *ecolex* 2012, 862 (862 f); *Zöchling-Jud*, ÖBA 2015, 324; aus deutscher Perspektive *Freitag* in *Staudinger*, BGB § 488 BGB Rz 197; *Fuchs* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht<sup>12</sup> Zinsanpassungsklauseln Rz 1.

113 *Schimansky*, WM 2001, 1173; *Fuchs* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht<sup>12</sup> Zinsanpassungsklauseln Rz 27.

114 Wbl 2005, 201.

115 Das sind solche, die sich der Kontrolle des Unternehmers entziehen (vgl nur *Krejci* in *Rummel II/4*<sup>3</sup> § 6 KSchG Rz 88; *G. Graf*, wbl 2005, 200 f; *Eccher* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 6 Abs 1 Z 5 KSchG Rz 5).

116 Ebenso wohl *Langer* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG<sup>4</sup> § 6 KSchG Rz 31.

117 Vgl *Rummel* in *Dullinger/Kaindl* (Hrsg), Bank- und Kapitalmarktrecht 2008 (2009) 84.

118 So etwa *Kolba*, VbR 2015, 50; *Leupold*, VbR 2015, 86; *Haghofer*, VbR 2016, 62; *Vonkilch* in FS *Eccher* 1250 ff; *Ramharter*, VbR 2017, 145.

119 *Busche* in *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* (Hrsg), Münchener Kommentar zum BGB I<sup>7</sup> (2015) § 157 BGB Rz 57; *Kriegner*, ÖBA 2016, 510; *Kronthaler*, ÖJZ 2017, 107; *ders*, Zak 2017, 226; *Vonkilch* in FS *Eccher* 1250; *Heiss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 914 Rz 78/0/1; aus der Judikatur etwa OGH 4 Ob 60/17b = ÖBA 2017, 422 (krit *B. Koch*) unter Berufung auf *Kriegner*, ÖBA 2016, 507.

Erste Zweifel daran, dass § 6 Abs 1 Z 5 KSchG beim Verbraucherkredit uU auch eine „umgekehrte Zinszahlungspflicht“ des Kreditgebers begründen könnte, ergeben sich bereits aus dem *Wortlaut* der Bestimmung: Dieser bezieht sich ausschließlich auf das vom Verbraucher zu leistende Entgelt.<sup>120</sup> Aber auch zur Erreichung des Normzwecks bedarf es keiner „Negativverzinsung“ des Kredits. Es kommt ja entscheidend darauf an, dass das ursprüngliche Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung während der gesamten Vertragslaufzeit möglichst aufrechterhalten wird. Fällt die Gegenleistung zur Gänze weg, weil der Verbraucherkreditnehmer überhaupt keine Zinsen mehr an den Kreditgeber zu bezahlen hat, bedarf es keiner Anpassungssymmetrie mehr, welche ja ausschließlich dazu dient, die Beibehaltung der anfänglichen Wertrelation von Leistung und Gegenleistung sicherzustellen.<sup>121</sup>

## VI. Ungeklärte Folgefragen

### A. Keine Untergrenze ohne Obergrenze?

In der Literatur<sup>122</sup> wird die Auffassung vertreten, dass § 6 Abs 1 Z 5 KSchG selbst dann, wenn eine Untergrenze für den Sollzinssatz („Zinsfloor“) festgelegt wurde, keine Obergrenze („Zinscap“) verlange.

Dem ist allerdings entschieden entgegenzutreten: Jede Untergrenze in Form eines Mindestsollzinssatzes, wo auch immer diese genau festgesetzt wird, limitiert die zukünftigen „Zinsänderungschancen“ des Kreditnehmers nach unten hin, obwohl dieser gleichzeitig einem unbegrenzten „Zinsänderungsrisiko“ nach oben hin ausgesetzt ist. Die von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG geforderte Aufrechterhaltung der ursprünglichen subjektiven Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung wäre somit nicht gewährleistet.<sup>123</sup> Sobald sich der Kreditgeber am Interbankenmarkt oder auf sonstige Weise (zB durch Einlagen- oder Anleiherrefinanzierung) günstiger refinanzieren kann als zum Mindestsollzinssatz, den der Kreditnehmer ja in jedem Fall zu bezahlen hätte, käme es zu einer einseitigen Erhöhung der Gewinnmarge des Kreditgebers. Dies möchte § 6 Abs 1 Z 5 KSchG aber gerade verhindern.<sup>124</sup> Es entspricht überdies der stRsp,<sup>125</sup> dass bei Zinsgleitklauseln „eine Entgeltensenkung im gleichen Ausmaß und in der gleichen zeitlichen Umsetzung wie eine Entgeltsteigerung zu erfolgen“ hat. Zur Festsetzung von Unter- und Obergrenze noch genauer unter Pkt VI.C.

<sup>120</sup> Kronthaler, Zak 2016, 129; ders, ÖJZ 2017, 107; ders, Zak 2017, 226; diesem folgend Aichberger-Beig in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1-03</sup> § 988 Rz 12/1; insoweit zustimmend auch G. Graf, Rechtliche Konsequenzen der verpflichtenden Verzinsung von Spareinlagen für den Streit über die Negativzinsen, ÖBA 2016, 722 (723 FN 7); Told, ÖBA 2017, 839; OGH; OGH 8 Ob 107/16t = ZFR 2017, 556 (Ruhm); OGH 9 Ob 35/17p = ZFR 2017, 550.

<sup>121</sup> So auch Told, ÖBA 2017, 838 f. IdS wohl bereits Ch. Rabl, VbR 2016, 63.

<sup>122</sup> Zöchling-Jud, ÖBA 2015, 328; Ch. Rabl, VbR 2016, 63; G. Graf, ZFR 2017, 368 ff; Eliskases, JBl 2017, 741; S. Foglar-Deinhardstein, ÖBA 2018, 47; aA Kolba, VbR 2015, 50; Leupold, VbR 2015, 84; Haghofer, VbR 2016, 62; Kriegner, ÖBA 2016, 514; Kronthaler, ÖJZ 2017, 106 f; Told, ÖBA 2017, 844.

<sup>123</sup> Daher richtig OGH 4 Ob 60/17b = ÖBA 2017, 422 (krit B. Koch); OGH 8 Ob 101/16k = ZFR 2017, 393; OGH 8 Ob 107/16t = ZFR 2017, 556 (Ruhm); OGH 4 Ob 107/17i = VbR 2017, 174; OGH 6 Ob 51/17v = ÖBA 2017, 867.

<sup>124</sup> ErläutRV 311 BlgNR 20. GP 19; vgl auch Kronthaler, ÖJZ 2017, 106; zust Told, ÖBA 2017, 844 ff.

<sup>125</sup> OGH 5 Ob 266/02g = SZ 2002/154; OGH 10 Ob 13/17k = VbR 2017, 105; OGH 4 Ob 60/17b = ÖBA 2017, 422 (krit B. Koch); OGH 8 Ob 101/16k = ZFR 2017, 393; OGH 8 Ob 107/16t = ZFR 2017, 556 (Ruhm); RIS-Justiz RS0117365. IdS bereits Koitz-Arko, ÖBA 1998, 11.

## B. Aufspaltung des Sollzinssatzes

### 1. Der Vorschlag von G. Graf

G. Graf<sup>126</sup> hat jüngst den Versuch unternommen, die Zulässigkeit eines Mindestsollzinssatzes damit zu begründen, dass die Aufspaltung des Sollzinssatzes in einen fixen und einen variablen Bestandteil zulässig sei. Hinsichtlich des *variablen Teils* seien die Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG zu erfüllen. Was den *fixen Teil* anbelange, komme § 6 Abs 1 Z 5 KSchG hingegen erst gar nicht zur Anwendung.<sup>127</sup>

Gegen die Zulässigkeit, den Sollzinssatz einfach in einen fixen und einen variablen Bestandteil aufzuspalten, könnte aber sprechen, dass § 6 Abs 1 Z 5 KSchG pauschal auf das „*bei der Vertragsschließung bestimmte Entgelt*“ abstellt. Beim Kredit beinhaltet das *Gesamtentgelt*, das der Kreditnehmer schuldet, neben den laufenden *Zinsen* vielfach noch *zusätzliche Vergütungen* (zB eine einmalige Kreditbearbeitungsgebühr sowie ein laufendes Kontoführungsentgelt).<sup>128</sup>

Nun ergibt sich aus § 6 Abs 1 Z 5 KSchG fraglos nicht, dass das gesamte vom Kreditnehmer geschuldete (Gesamt-)Entgelt zwingend zweiseitig ausgestaltet sein muss, wenn nur (aber immerhin) der Zinssatz variabel ausgestaltet sein soll. Die inhaltlichen Anforderungen des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG beziehen sich richtigerweise bloß auf *variable Entgeltsbestandteile*. Bestehen nebeneinander fixe und variable Entgeltbestandteile, müssen grundsätzlich nur die variablen den Vorgaben des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG entsprechen.

Genau an dieser Stelle knüpft G. Graf<sup>129</sup> an, wenn er ausführt, dass der Kreditnehmer etwa die fix vereinbarten Kreditbearbeitungsgebühren in jedem Fall als *Mindestentgelt* zu zahlen hätte, egal wie sich der vereinbarte Referenzzinssatz und der an diesen gekoppelte Sollzinssatz entwickelt. Dem ist dem Grundsatz nach auch zuzustimmen.<sup>130</sup>

Trotzdem bestehen mE erhebliche Bedenken dagegen, eine Aufspaltung des Zinssatzes in einen fixen und einen variablen Teil als zulässig anzusehen. Bei den Sollzinsen handelt es sich mE um einen eigenständigen, von den übrigen Vergütungen des Kreditnehmers *abgrenzbaren Entgeltsbestandteil*.<sup>131</sup>

### 2. Abgrenzung von Zinsen und anderen Vergütungen

Was unter „Zinsen“ zu verstehen ist, wird im Gesetz nicht näher definiert, sondern als bekannt vorausgesetzt.<sup>132</sup> Gemeinhin versteht man unter dem Begriff der „Zinsen“, eine feste oder verän-

126 ZFR 2017, 368 ff; zust S. Foglar-Deinhardstein, ÖBA 2018, 47. IdS bereits Zöchling-Jud, ÖBA 2016, 766.

127 Zur Absicherung seiner These verweist G. Graf (ZFR 2017, 368) auf einen Timesharing-Vertrag. Bei einem solchen könnte ein fixes Entgelt in Höhe von 1.000 Euro mit einem variablen in Höhe von 2.000 Euro problemlos kombiniert werden. In dieser Konstellation seien „keine Gesichtspunkte erkennbar“, die gegen die Zulässigkeit einer derartigen Vereinbarung sprechen könnten. Vgl auch Ch. Rabl, ÖBA 2017, 356. ME bestehen auch bei einem Timesharing-Vertrag Bedenken gegen ein Mindestentgelt. Der Unterschied zur Zinsgleitklausel liegt bloß im unterschiedlichen Anpassungsverhältnis (dies ausführend etwa G. Graf, ZFR 2017, 369 f).

128 Ertl in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 984 Rz 5; Perner in Schwimann/Kodek IV<sup>4</sup> § 984 Rz 3; Kronthaler, ÖJZ 2017, 101.

129 ZFR 2017, 368 ff.

130 Inwieweit den Bedenken gegen eine prozentual bemessene Kreditbearbeitungsgebühr Berechtigung zukommt, ist nicht Gegenstand der Untersuchung.

131 Insb von der Kreditbearbeitungsgebühr und vom Kontoführungsentgelt, welches idR indexgebunden und damit ebenfalls variabel ausgestaltet ist.

132 Ertl in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 1000 Rz 2; Zöchling-Jud, ÖBA 2015, 322.

derliche, laufzeitabhängige, gewinn- und umsatzunabhängige Vergütung für die Möglichkeit der Kapitalnutzung.<sup>133</sup> Der vom Kreditnehmer zu bezahlende Zins hat im Wesentlichen die Funktion einer Kapitalnutzungsvergütung.<sup>134</sup>

Dieses *funktionale Verständnis* des Zinsbegriffs<sup>135</sup> ermöglicht eine Abgrenzung zu anderen vom Kreditnehmer zu leistenden Vergütungen, die in erster Linie dazu dienen, dem Kreditgeber einen Ausgleich für Kosten zu verschaffen, die ihm zB bei der Kapitalbeschaffung und -überlassung entstanden sind.<sup>136</sup> Im Unterschied zu den Zinsen geht es dem Kreditgeber bei den übrigen Vergütungen nicht um eine Gegenleistung für die zeitweilige Zurverfügungstellung von Kapital, sondern – vereinfacht ausgedrückt – um „Aufwandersatz“.

### 3. Beispiel

Ausgangspunkt ist wieder ein Kreditvertrag, der im September 2012 mit folgender Zinsgleitklausel abgeschlossen wurde: „1,875 % pa (fix) + 3-Monats-EURIBOR + 0,125 % pa (variabel)“.

Der vom Kreditnehmer geschuldete Anfangssollzinssatz läge abermals bei ca 2,250 %.<sup>137</sup> Aufgrund der Aufspaltung des Sollzinssatzes in einen fixen und einen variablen Bestandteil besteht bei 1,875 % eine Untergrenze („Zinsfloor“). Der Zinssatz könnte sich nach oben hin unbegrenzt entwickeln, während nach unten hin ein Absinken im Ausmaß von lediglich -0,375 % möglich wäre.

In diesem Fall droht – gleich wie bei der ausdrücklichen Vereinbarung einer Zinsuntergrenze – eine einseitige Erhöhung der Gewinnmarge des Kreditgebers, sobald sich dieser günstiger als zum Mindestsollzinssatz („1,875 % pa“) refinanzieren kann. Die Aufspaltung des Sollzinssatzes in einen fixen und einen variablen Teil steht daher schon auf den ersten Blick mit dem Normzweck von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG in Widerspruch.

### 4. Eigene Lösung

Stellt man trotzdem die Frage, ob die Trennung des Sollzinssatzes in zwei Bestandteile zulässig sein kann, muss zunächst einmal untersucht werden, welcher (wirtschaftliche) Zweck sich hinter der Aufspaltung verbirgt.

Dies lässt sich bei näherer Betrachtung auch relativ leicht beantworten: Der Kreditgeber ist aus den bekannten Gründen (s dazu bereits oben unter Pkt I.A.) an einer *variablen Verzinsung* des Kredits interessiert. Durch die Aufspaltung des Sollzinssatzes soll – auch ohne ausdrückliche Vereinbarung – ein „Floor“ eingezeichnet werden („1,875 % pa“); einer Zinsobergrenze („Cap“) bedürfte es aber dennoch nicht, weil das Symmetriegebot nur für den variablen Teil der Zinsgleitklausel („3-Monats-EURIBOR + 0,125 % pa“) gelten würde. Rechnerisch besteht trotz der Aufspaltung des Sollzinssatzes überhaupt kein Unterschied zur im Ausgangsbeispiel gebildeten Zinsgleitklausel („2,000 % + 3-Monats-EURIBOR pa“).

133 Vgl K. P. Berger in MüKoBGB III<sup>7</sup> § 488 BGB Rz 154; Freitag in Staudinger, BGB § 488 BGB Rz 181; Krepold in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch<sup>5</sup> Rz 78/1.

134 K. P. Berger in MüKoBGB III<sup>7</sup> § 488 BGB Rz 156. Vgl auch österreichischer Sicht Welser/Zöchling-Jud, BR II<sup>14</sup> Rz 169; Mayrhofer, SchR AT 62.

135 Überzeugend K. P. Berger in MüKoBGB III<sup>7</sup> § 488 BGB Rz 157.

136 K. P. Berger in MüKoBGB III<sup>7</sup> § 488 BGB Rz 159.

137 Der 3-Monats-EURIBOR lag im September 2012 bei ungefähr +0,250 %.

Geht man allerdings vom hier vertretenen funktionalen Verständnis des Zinsbegriffs aus, gelangt man geradezu zwangsläufig zu einem gegenteiligen Ergebnis. Der vom Kreditnehmer zu bezahlende Sollzinssatz offenbart sich dann als ein einheitlicher Entgeltsbestandteil; die Zinsen sind als Kapitalnutzungsvergütung anzusehen. Die vom Kreditnehmer im Regelfall zusätzlich geschuldete Kreditbearbeitungsgebühr und das laufend zu entrichtende Kontoführungsentgelt sind funktional gesondert zu betrachten. Ein weites Verständnis des Entgeltsbegriffs in § 6 Abs 1 Z 5 KSchG ist durch den Normzweck gerechtfertigt (extensive Auslegung<sup>138</sup>).

Beurteilt man auch einen in zwei Teile aufgespaltenen Sollzinssatz als funktional abgrenzbaren Entgeltsbestandteil, verstößt die Zinsgleitklausel im Beispiel (s oben Pkt VI.B.3.) wegen Nichteinhaltung der gesetzlich geforderten Anpassungssymmetrie gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG. Der Kreditvertrag bleibt aufrecht (Restgültigkeit des Vertrags); die im konkreten Anlassfall vereinbarte Zinsgleitklausel ist durch eine hypothetische zu ersetzen.<sup>139</sup>

## 5. Gesetzesumgehung?

Wollte man der hier vorgeschlagenen, am Normzweck orientierten extensiven Auslegung nicht folgen, wäre ungeachtet dessen noch zu prüfen, ob durch die Aufspaltung des Sollzinssatzes in einen fixen und einen variablen Bestandteil die Anwendung von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG nicht einfach umgangen werden soll.

Die Umgehung einer gesetzlichen Vorschrift kann nach § 879 Abs 1 ABGB zur Nichtigkeit einer Vertragsbestimmung führen, wenn der Normzweck (der sonst umgangenen Bestimmung) dies erfordert.<sup>140</sup> Es kommt mithin entscheidend darauf an, ob die Teleologie von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG einer Aufspaltung des Sollzinssatzes in einen fixen und einen variablen Teil entgegensteht.

Da die Aufspaltung des Sollzinssatzes, wie gesagt, zum *exakt selben wirtschaftlichen Ergebnis* führt wie die ausdrückliche *Vereinbarung einer Zinsuntergrenze*,<sup>141</sup> läge mE auch eine Gesetzesumgehung vor.<sup>142</sup> Es wäre überhaupt nicht einsichtig, eine Zinsgleitklausel mit ausdrücklich festgelegter Untergrenze („*Der vom Kreditnehmer zu bezahlende Mindestsollzinssatz beträgt 1,875 % pa.*“) und eine solche mit aufgespaltenem Sollzins („*1,875 % pa [fix] + 3-Monats-EURIBOR + 0,125 % pa [variabel]*“) unterschiedlich zu behandeln.

138 Wenn der durch das in Frage stehende Rechtsgeschäft angestrebte Erfolg mit dem Normzweck einer bestimmten Gesetzesbestimmung unvereinbar zu sein scheint, dann gilt es nach zutreffender Auffassung zunächst einmal zu versuchen, die rechtsgeschäftliche Vereinbarung durch extensive Auslegung zu erfassen (*Sack/Seibl* in *Staudinger* (Hrsg), BGB [2017] § 134 BGB Rz 146).

139 Zu den Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG etwa *Eccher* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 6 Abs 1 Z 5 KSchG Rz 7; ferner *Kathrein/Schoditsch* in *KBB*<sup>5</sup> § 6 KSchG Rz 11.

140 *Koziol – Welser/Kletečka*, BR I<sup>14</sup> Rz 559; *P. Bydlinski*, AT<sup>7</sup> Rz 7/41; *G. Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 879 Rz 56; *Heiss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 916 Rz 4; zum deutschen Recht *Sack/Seibl* in *Staudinger*, BGB § 134 BGB Rz 144 ff; *Armbrüster* in *MüKoBGB* I<sup>7</sup> § 134 BGB Rz 11; *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts<sup>11</sup> (2016) Rz 45/26.

141 Der OGH sieht die ausdrückliche Vereinbarung einer Untergrenze („Zinsfloor“) ohne gleichzeitige Festlegung einer Obergrenze („Zinscap“) zu Recht als mit § 6 Abs 1 Z 5 KSchG unvereinbar an; vgl OGH 4 Ob 60/17b = ÖBA 2017, 422 (krit *B. Koch*); OGH 8 Ob 101/16k = ZFR 2017, 393; OGH 8 Ob 107/16t = ZFR 2017, 556 (*Ruhm*); OGH 4 Ob 107/17i = VbR 2017, 174; OGH 6 Ob 51/17v = ÖBA 2017, 867.

142 Eine *Umgehungsabsicht* ist nach der hL und Rsp nicht zu fordern, vielmehr genügt eine objektive Normzweckverletzung (*Koziol – Welser/Kletečka*, BR I<sup>14</sup> Rz 560; *Heiss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 916 Rz 4; RIS-Justiz RS0016780; RIS-Justiz RS0016792; zB OGH 3 Ob 614/89 = SZ 63/50; anders aber OGH 12. 3. 1992 8 Ob 526/92 [unveröffentlicht]).

§ 6 Abs 1 Z 5 KSchG möchte verhindern, dass nahezu das gesamte *Zinsänderungsrisiko* auf den Verbraucherkreditnehmer *überwälzt* wird. Es ist also ein bestimmter wirtschaftlicher Erfolg, der verpönt ist und verhindert werden soll. Teleologisch betrachtet ist es nun aber vollkommen gleichgültig, ob ausdrücklich ein Mindestsollzinssatz vereinbart wird oder der vom Kreditnehmer zu zahlende Zinssatz bloß in zwei Teile aufgespalten wird. Das Resultat ist immer dasselbe: Der Kreditnehmer soll einen Mindestzins bezahlen.

Damit steht mE außer Frage, dass die Aufspaltung des Sollzinssatzes wegen Gesetzesumgehung gegen § 879 Abs 1 ABGB verstößt, weil ansonsten der Normzweck von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG vereitelt würde. Die Rechtsfolge entspricht jener, die bei einer extensiven Auslegung von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG eintritt: Teilnichtigkeit und Ersetzung der nichtigen durch eine hypothetische Zinsgleitklausel.

### C. Festsetzung der Obergrenze

Bislang finden sich in der Literatur zwei Vorschläge zur Festsetzung der Zinsobergrenze beim Verbraucherkredit. *Leupold*<sup>143</sup> erachtet eine „*streng symmetrisch ausgestaltete zweiseitige Begrenzung des Zinses*“<sup>144</sup> für notwendig. Demgegenüber wollen *Ch. Rabl*<sup>145</sup>, *Haghofer*<sup>146</sup> und *G. Graf*<sup>147</sup> auf die „Barwertmethode“ zurückgreifen.

#### 1. Arithmetisch bestimmte Obergrenze

Wollte man die Unter- und Obergrenze des Sollzinssatzes, wie *Leupold*<sup>148</sup> vorschlägt, „*streng symmetrisch*“ bestimmen, bliebe die Eintrittswahrscheinlichkeit künftiger Zinsänderungen zur Gänze unberücksichtigt.<sup>149</sup> Eine rein arithmetisch bestimmte Obergrenze könnte uU in Konflikt mit dem Gebot der sachlichen Rechtfertigung in § 6 Abs 1 Z 5 KSchG geraten. Daran wäre vor allem dann zu denken, wenn sinkende Referenzzinsen nach aller Erfahrung außerordentlich wahrscheinlich erscheinen. In diesem Fall könnte ein findiger Kreditgeber die Untergrenze gezielt „besonders hoch“ ansetzen. Das Symmetriegebot des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG verlangte im Gegenzug zwar einen „besonders niedrigen“ Höchstzinssatz, damit könnte ein Kreditgeber, der etwa aufgrund eines globalen Wirtschaftsabschwungs mit einer anhaltenden Niedrigzinsphase rechnet, aber wohl sehr gut leben.

#### 2. „Barwertmethode“

Die „Barwertmethode“ berücksichtigte dagegen die unterschiedlichen Eintrittswahrscheinlichkeiten von Veränderungen des Referenzzinssatzes aufgrund der herrschenden Marktgegebenheiten; ihr zugrunde liegt die Erwägung, dass hinter der Vereinbarung einer Unter- und Obergrenze letztlich ein Leistungsaustausch steht: Der Kreditnehmer erhält für die Untergrenze eine „Prämie“ und muss für die Obergrenze eine „Gebühr“ bezahlen.<sup>150</sup>

---

143 VbR 2015, 84.

144 Hervorhebung durch den Verfasser.

145 ÖBA 2017, 354 ff.

146 Zur Wirksamkeit von Mindestverzinsungsklauseln, *ecolex* 2017, 291 (293).

147 ZFR 2017, 373 f.

148 VbR 2015, 84.

149 Darauf weist insb *G. Graf*, ZFR 2017, 373, mit Recht hin.

150 Vgl *Ch. Rabl*, ÖBA 2017, 354.

Die Höhe der „Prämie“ für die Untergrenze und der „Gebühr“ für die Obergrenze hängt von der Eintrittswahrscheinlichkeit einer Zinsänderung nach unten oder oben hin ab. Bei rein arithmetischer Festsetzung der Unter- und Obergrenze könnten die „Prämie“ und die „Gebühr“ einen ganz unterschiedlichen (Markt-)Wert haben. Die Zweiseitigkeit der Zinsgleitklausel wäre dann eine rein formale. Materiell könnte je nach Marktlage entweder der Kreditgeber oder der Kreditnehmer begünstigt sein.

Insoweit kommt dem Vorschlag, die Unter- und Obergrenze des Sollzinssatzes nach der „Barwertmethode“ zu bestimmen, durchaus Berechtigung zu. Es erscheint prima vista überzeugender, auf die objektive Äquivalenz von „Prämie“ und „Gebühr“ für „Zinsfloor“ und „-cap“ abzustellen. Die von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG geforderte Symmetrie bezieht sich dann auf den jeweiligen „Barwert“ der Unter- und Obergrenze und nicht auf die prozentual bemessene Unter- und Obergrenze selbst.

Als problematisch könnte sich erweisen, dass die für die Bestimmung des „Barwerts“ erforderliche „Wahrscheinlichkeitseinschätzung“ künftiger Zinsänderungen dem Unternehmer obliegt, in den hier behandelten Fällen also dem Kreditgeber. Soweit diesem ein *Ermessensspielraum* bei der Festlegung der Unter- und Obergrenze zukommt, droht mE ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG. Die Begrenzung des Zinssatzes nach unten oder oben hin nimmt nämlich mittelbar Einfluss auf die zukünftigen Möglichkeiten einer Entgeltsänderung. *G. Graf*<sup>151</sup> hat bereits vor längerer Zeit ganz zutreffend aufgezeigt, dass ein Ermessensspielraum des Unternehmers bei der nachträglichen Änderung des vom Verbraucher zu leistenden Entgelts *mit dem Symmetriegebot nicht vereinbar* ist.

Wollte man dieser Auffassung nicht folgen, fragt es sich, welche Konsequenzen mit einer mangelhaften Anwendung der „Barwertmethode“ zulasten des Verbraucherkreditnehmers verbunden wären. In einem Zivilprozess über die Gesetzeskonformität der Zinsgleitklausel mit vertraglich festgelegter Unter- und Obergrenze wäre wohl die *Aufnahme eines Sachverständigenbeweises* unvermeidbar. Der vom Gericht bestellte Sachverständige hätte zu ermitteln, ob der „Barwert“ der „Prämie“ für die Untergrenze und der „Gebühr“ für die Obergrenze tatsächlich objektiv äquivalent ist. Ist dies nicht der Fall, führte dies zur Nichtigkeit der Zinsgleitklausel wegen eines Verstoßes gegen das Symmetriegebot des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG. Die ursprüngliche Zinsgleitklausel müsste durch eine hypothetische ersetzt werden. Die Unter- und Obergrenze bestimmte sich dann wohl anhand der vom beigezogenen gerichtlichen Sachverständigen bestimmten objektiv äquivalenten „Barwerte“.

## D. Verstoß gegen (gesetzliche) Informationspflichten?

### 1. Verbraucherkredite

Hielte man es entgegen der zutreffenden Judikatur<sup>152</sup> für zulässig, einen Mindestsollzinssatz ohne Zinsobergrenze vereinbaren zu können, drängt sich die Frage auf, ob der Kreditgeber in diesem Fall nicht gegen seine vorvertraglichen Informationspflichten gegenüber Verbraucherkreditnehmern verstoßen hätte (vgl § 6 Abs 5 VKrG und § 8 Abs 6 HIKrG), wenn er diesen einen variabel

151 Wbl 2005, 203 f unter Berufung auf *Schimansky*, WM 2003, 1451.

152 OGH 4 Ob 60/17b = ÖBA 2017, 422 (krit *B. Koch*); OGH 8 Ob 101/16k = ZFR 2017, 393; OGH 8 Ob 107/16t = ZFR 2017, 556 (*Ruhm*); OGH 4 Ob 107/17i = VbR 2017, 174; OGH 6 Ob 51/17v = ÖBA 2017, 867.

verzinsten Kredit empfiehlt, der möglicherweise fast das gesamte „Zinsänderungsrisiko“ überwälzt.

#### a. Gesetzliche Grundlagen

„Der Kreditgeber hat dem Verbraucher angemessene Erklärungen zu geben [...], damit der Verbraucher in die Lage versetzt wird, zu beurteilen, ob der Vertrag seinen Bedürfnissen und seiner wirtschaftlichen Lage entspricht“ (§ 6 Abs 5 VKrG).

„Der Kreditgeber hat dem Verbraucher angemessene Erläuterungen zu den angebotenen Kreditverträgen und etwaigen Nebenleistungen zu geben, damit der Verbraucher in die Lage versetzt wird, zu beurteilen, ob die vorgeschlagenen Kreditverträge und die Nebenleistungen seinen Bedürfnissen und seiner finanziellen Situation gerecht werden“ (§ 8 Abs 6 HIKrG).

Anzumerken ist freilich, dass das HIKrG erst mit 21. 3. 2016 in Kraft getreten ist (vgl § 31 Abs 1 HIKrG) und damit nur für neuere Fälle Relevanz besitzt. Das VKrG gilt dagegen bereits seit 11. 6. 2010 (vgl § 29 Abs 1 VKrG); der Verletzung von § 6 Abs 5 VKrG könnte durchaus eine größere praktische Bedeutung zukommen.

#### b. Meinungsstand in der Lehre

Sowohl § 6 Abs 5 VKrG als auch § 8 Abs 6 HIKrG möchten den Verbraucherkreditnehmer in die Lage versetzen, in eigener Verantwortung den für ihn nach seinen Bedürfnissen und seiner finanziellen Situation passenden Kredit auszuwählen. Die Erläuterungspflicht durch den Kreditgeber soll sicherstellen, dass der Verbraucherkreditnehmer eine informierte Entscheidung treffen kann.<sup>153</sup>

Die Erläuterungspflicht ist nach hM rein *produktbezogen* zu verstehen; der Kreditgeber braucht die persönlichen Verhältnisse des Verbraucherkreditnehmers nicht zu erforschen.<sup>154</sup> Da der Kreditgeber gesetzlich dazu verpflichtet ist,<sup>155</sup> dem Kreditnehmer „angemessene Erläuterungen“ zu geben, besteht also eine echte *Rechtspflicht* zur Erläuterung.<sup>156</sup> Bei der Erläuterungspflicht nach § 6 Abs 5 VKrG sowie § 8 Abs 6 HIKrG handelt es sich mE im weiteren Sinne um eine *Erfolgsverbindlichkeit*.<sup>157</sup>

153 *Zöchling-Jud* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Verbraucherkreditrecht § 6 VKrG Rz 17; *Rott*, Die neue Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht, WM 2008, 1104 (1109); *Herresthal*, Die Verpflichtung zur Bewertung der Kreditwürdigkeit und zur angemessenen Erläuterung nach der neuen Verbraucherkreditrichtlinie EG 2008/48/EG, WM 2009, 1174 (1179); *Schürnbrand* in *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* (Hrsg), Münchener Kommentar zum BGB IIIa<sup>7</sup> (2017) § 491a BGB Rz 65; *Artz* in *Bülow/Artz* (Hrsg), Verbraucherkreditrecht<sup>9</sup> (2016) § 491a Rz 29; *Knops* in *BeckOGK BGB* § 491a BGB Rz 77, 80.

154 *Heinrich* in *Schwimann/Kodek Va*<sup>4</sup> § 6 VKrG Rz 37; *Herresthal*, WM 2009, 1179 f; *Schürnbrand* in *MüKoBGB IIIa*<sup>7</sup> § 491a BGB Rz 65 f; *Artz* in *Bülow/Artz*, Verbraucherkreditrecht<sup>9</sup> § 491a BGB Rz 29, 30; aA offenbar *Rott* in *Tamm/Tonner* (Hrsg), Verbraucherrecht<sup>2</sup> (2016) Rz 16/63 und wohl auch *Knops* in *Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann* (Hrsg), BeckOGK BGB § 491a BGB Rz 74.

155 Arg „hat [...] zu geben“ in § 6 Abs 5 VKrG und § 8 Abs 6 HIKrG.

156 *Knops* in *BeckOGK BGB* § 491a BGB Rz 74.

157 Vgl allgemein *Dullinger*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil<sup>6</sup> (2017) Rz 2/8. Dies ist deshalb von Bedeutung, weil damit – selbst nach der Auffassung von *Reischauer* (in *Rummel* [Hrsg], Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/2a<sup>3</sup> [2007] § 1298 Rz 1) – § 1298 ABGB in jedem Fall relevant für die Beweislastverteilung zwischen Kreditgeber und -nehmer ist; ebenso zB OGH 3 Ob 225/11a = JBI 2012, 522. S dazu unten unter Pkt VI.D.1.d.

In der Lehre herrscht Uneinigkeit darüber, wie weit die Erläuterungspflicht des Kreditgebers im Einzelnen reicht. *Dehn*<sup>158</sup> und *Heinrich*<sup>159</sup> gehen etwa davon aus, dass dem Verbraucherkreditnehmer – gemessen an seinen Zielvorstellungen – gewisse Handlungsalternativen vor Augen geführt werden müssen.<sup>160</sup> *Pesek*<sup>161</sup> vertritt hingegen die Meinung, dass ein Hinweis auf alternative Produkte nicht geboten sei. Dem ist jedenfalls insoweit zuzustimmen, als der Kreditgeber in keinem Fall auf günstigere Konkurrenzprodukte aufmerksam machen muss.<sup>162</sup>

Folgt man der überwiegenden Auffassung,<sup>163</sup> müsste der Kreditgeber die Hauptmerkmale der jeweiligen kreditvertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten und -varianten dem Kreditnehmer erläutern. Zu den Hauptmerkmalen zählen nicht nur die Hauptleistungspflichten, sondern auch die sonstigen Besonderheiten des Kreditvertrags; dies gilt insb für die Auswirkungen eines variablen Sollzinssatzes.<sup>164</sup> Dem Kreditnehmer müssen die konkreten Vor- und Nachteile der in Betracht kommenden Handlungsalternativen vor Augen geführt werden.<sup>165</sup> *Knops*<sup>166</sup> geht in diesem Punkt sogar noch weiter und verlangt, dass der Kreditgeber „das beste und günstigste hauseigene Produkt anbieten muss“. Dem ist mE nicht zu folgen: Die Erläuterungspflicht soll den Verbraucherkreditnehmer in die Lage versetzen, eigenständig beurteilen zu können, welcher der vom Kreditgeber angebotenen Kreditverträge am besten seinen Bedürfnissen entspricht. Der Kreditgeber hat den Kreditnehmer vollständig und richtig über die zur Auswahl stehenden Kreditverträge zu informieren und auf die jeweiligen Auswirkungen und Risiken hinzuweisen.<sup>167</sup> Es obliegt dann alleine dem Kreditnehmer, sich für ein bestimmtes Angebot zu entscheiden. Eine Pflicht, den Verbraucherkreditnehmer auf ein – aus Sicht des Kreditgebers – vermeintlich besser geeignetes Alternativprodukt hinzuweisen, besteht nicht.

Die Erläuterungspflicht besteht auch ohne ein entsprechendes Informationersuchen des Kreditnehmers<sup>168</sup> und hat in jedem Fall rechtzeitig vor dem Vertragsabschluss zu erfolgen.<sup>169</sup> Nur soweit der Verbraucherkreditnehmer erkennbar nicht informationsbedürftig ist, entfällt die Erläuterungspflicht.<sup>170</sup> Der Kreditgeber darf hierbei vom Kenntnis- und Verständnishorizont eines durch-

---

158 In *Apathy/Iro/Kozioł*, Bankvertragsrecht IV<sup>2</sup> Rz 2/41.

159 In *Schwimm/Kodek Va*<sup>4</sup> § 6 VKrG Rz 37.

160 Ebenso wohl *Stabentheiner*, Das Verbraucherkreditgesetz, ÖJZ 2010, 531 (538); aus deutscher Sicht *Rott*, WM 2008, 1109; *Herresthal*, WM 2009, 1180; *Schürnbrand* in MüKoBGB IIIa<sup>7</sup> § 491a BGB Rz 67; *Artz* in *Bülow/Artz*, Verbraucherkreditrecht<sup>9</sup> § 491a BGB Rz 32; *Knops* in BeckOGK BGB § 491a BGB Rz 89 f.

161 Der Verbraucherkreditvertrag (2012) 74 ff.

162 Vgl *Pesek*, Verbraucherkreditvertrag 76 f; idS auch *Rott*, WM 2008, 1109; *ders* in *Tamm/Tonner*, Verbraucherrecht<sup>2</sup> Rz 16/63; *Knops* in BeckOGK BGB § 491a BGB Rz 90.

163 *Dehn* in *Apathy/Iro/Kozioł*, Bankvertragsrecht IV<sup>2</sup> Rz 2/41; *Heinrich* in *Schwimm/Kodek Va*<sup>4</sup> § 6 VKrG Rz 37; *Stabentheiner*, ÖJZ 2010, 538; *Artz* in *Bülow/Artz*, Verbraucherkreditrecht<sup>9</sup> § 491a BGB Rz 32.

164 *Heinrich* in *Schwimm/Kodek Va*<sup>4</sup> § 6 VKrG Rz 37; *Schürnbrand* in MüKoBGB IIIa<sup>7</sup> § 491a BGB Rz 67; *Artz* in *Bülow/Artz*, Verbraucherkreditrecht<sup>9</sup> § 491a BGB Rz 32; *Rott* in *Tamm/Tonner*, Verbraucherrecht<sup>2</sup> Rz 16/64.

165 *Herresthal*, WM 2009, 1180; *Schürnbrand* in MüKoBGB IIIa<sup>7</sup> § 491a BGB Rz 67.

166 In BeckOGK BGB § 491a BGB Rz 90. Anders auch *Derleder*, Die vollharmonisierende Europäisierung des Rechts der Zahlungsdienste und des Verbraucherkredits, NJW 2009, 3195 (3199): „keine Gewähr des optimalen Kredits“.

167 Vgl *Nobbe*, Neuregelungen im Verbraucherkreditrecht, WM 2001, 625 (629).

168 *Dehn* in *Apathy/Iro/Kozioł*, Bankvertragsrecht IV<sup>2</sup> Rz 2/40; *Zöchling-Jud* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Verbraucherkreditrecht § 6 VKrG Rz 18; *Stabentheiner*, ÖJZ 2010, 538; vgl zum Meinungsstand in Deutschland *Schürnbrand* in MüKoBGB IIIa<sup>7</sup> § 491a BGB Rz 69 mwN.

169 *Dehn* in *Apathy/Iro/Kozioł*, Bankvertragsrecht IV<sup>2</sup> Rz 2/42; *Stabentheiner*, ÖJZ 2010, 538; s ferner *Schürnbrand* in MüKoBGB IIIa<sup>7</sup> § 491a BGB Rz 69.

170 *Münscher* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch<sup>5</sup> Rz 81/129; wohl aA *Knops* in BeckOGK BGB § 491a BGB Rz 73.

schnittlichen Verbrauchercreditnehmers ausgehen.<sup>171</sup> Die Erläuterungen müssen aus Sicht eines Durchschnittsverbrauchercreditnehmers vollständig und zugleich verständlich sein.<sup>172</sup>

### c. Verstoß gegen gesetzliche Informationspflichten?

Nach der überwiegenden Ansicht<sup>173</sup> ist der Kreditgeber, wie gesagt, dazu verpflichtet, dem Verbrauchercreditnehmer gewisse Handlungsalternativen vor Augen zu führen.

Wäre es zulässig, einen Mindestsollzinssatz ohne entsprechende Begrenzung nach oben hin („Zinscap“) zu vereinbaren, dann müsste der Kreditgeber darüber aufklären, dass den Kreditnehmer einerseits ein unbegrenztes „Zinsanstiegsrisiko“ träfe, ohne dass er andererseits eine ähnliche „Zinsänderungschance“ nach unten hin hätte. Darüber hinaus müsste der Kreditgeber auf die Alternative eines „Fixzinskredits“ hinweisen. Ein solcher käme den Kreditnehmer zwar anfänglich teurer, würde ihn jedoch gegen das Risiko eines späteren Zinsanstiegs absichern.

Dass sich unter diesen Umständen, also bei korrekter Erfüllung der gesetzlichen Erläuterungspflicht, eine große Zahl eher risikoscheuer Verbrauchercreditnehmer für einen „Fixzinskredit“ entschieden hätte, ist mE nicht gerade unwahrscheinlich.

### d. Rechtsfolgen und Beweislast

Eine Verletzung der Erläuterungspflicht gegenüber dem Verbrauchercreditnehmer kann – bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen – *Schadenersatzansprüche* begründen und zur *Vertragsanfechtung wegen Irrtums* berechtigen.<sup>174</sup>

Der Verbrauchercreditnehmer könnte in diesem Fall sowohl im Wege des Irrtumsrechts als auch qua Schadenersatzrechtlicher Naturalrestitution<sup>175</sup> die Anpassung des Kreditvertrags verlangen. Es kann nämlich davon ausgegangen werden, dass die kreditgewährende Bank statt des variabel verzinsten Kredits auch (wenngleich zu anderen Konditionen) einen „Fixzinskredit“ abgeschlossen hätte.<sup>176</sup> Da aber Schadenersatzansprüche erst drei Jahre nach Kenntnis von Schaden und Schädiger verjähren (§ 1489 ABGB) und nicht schon drei Jahre ab Vertragsabschluss (§ 1487 ABGB), dürfte die Vertragsanpassung qua Naturalrestitution in der Praxis eine bedeutendere Rolle spielen.

Der EuGH geht unter Berufung auf den unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz („effet utile“) davon aus, dass der Kreditgeber ua die Beweislast für die ordnungsgemäße Erfüllung der vorvertraglichen Informationspflichten einschließlich der Erläuterungspflicht (Art 5 Abs 6 Verbraucher-

171 *Zöchling-Jud* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Verbrauchercreditrecht § 6 VKrG Rz 19; *Heinrich* in *Schwimann/Kodek Va*<sup>4</sup> § 6 VKrG Rz 39; *Herresthal*, WM 2009, 1180; *Schürnbrand* in *MüKoBGB IIIa*<sup>7</sup> § 491a BGB Rz 71. *Rott* (in *Tamm/Tonner*, Verbraucherrecht<sup>2</sup> Rz 16/64) tritt dafür ein, dabei das „*eher niedrige allg. Niveau der Finanzbildung*“ zu berücksichtigen.

172 Vgl. *Schürnbrand* in *MüKoBGB IIIa*<sup>7</sup> § 491a BGB Rz 71; *Artz* in *Bülow/Artz*, Verbrauchercreditrecht<sup>9</sup> § 491a BGB Rz 29a.

173 S FN 163.

174 *Dehn* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht IV<sup>2</sup> Rz 2/45 ff; *Stabentheiner*, ÖJZ 2010, 538.

175 *Koziol – Welser/Kletečka*, BR I<sup>14</sup> Rz 538; *Pletzer*, Aufklärungspflichtverletzung und Vertragsaufhebung, JBl 2002, 545 (558).

176 Zu dieser Voraussetzung *Koziol – Welser/Kletečka*, BR I<sup>14</sup> Rz 504; vgl. zur Möglichkeit einer Vertragsanpassung auch *Pesek* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch<sup>3</sup> (2016) § 6 VKrG Rz 100 mwN.

kredit-RL<sup>177</sup>) tragen müsse. Der Verbraucherkreditnehmer verfüge „nicht über die Mittel, die es ihm ermöglichen, zu beweisen, dass ihm der Kreditgeber [...] nicht die in Art. 5 der Richtlinie vorgesehenen Informationen gegeben [...] hat“.<sup>178</sup> Dies entspricht im Ergebnis der Anordnung in Art 6 Abs 9 der Verbraucherrechte-RL:<sup>179</sup> „Die Beweislast für die Erfüllung der [...] Informationspflichten obliegt dem Unternehmer“. Art 6 Abs 9 Verbraucherrechte-RL wurde nicht gesondert ins österreichische Recht umgesetzt, weil sich die Beweislast des Unternehmers nach Ansicht des Gesetzgebers bereits aus allgemeinen Grundsätzen ergebe. Es sei „nicht zu bezweifeln, dass der Unternehmer die Beweislast für die Erfüllung der ihm obliegenden Informationspflichten trägt und nicht etwa der Verbraucher eine allfällige Nichterfüllung zu beweisen hat“.<sup>180</sup>

In dieser Allgemeinheit kann der Ansicht des österreichischen Gesetzgebers sicherlich nicht beigepflichtet werden. Es wird für das österreichische Recht überwiegend vertreten, dass der Geschädigte stets die „Pflichtverletzung“<sup>181</sup> des Schädigers zu behaupten und zu beweisen hat.<sup>182</sup> Kann der Geschädigte die Nichterfüllung einer (vertragsmäßigen oder gesetzlichen) Verbindlichkeit beweisen, trifft den Schädiger die Beweislast für fehlendes Verschulden und – nach einem beachtlichen Teil der Lehre – auch für die Einhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt.<sup>183</sup> Der Kreditnehmer müsste also die Nicht- oder Schlechterfüllung der gesetzlichen Erläuterungspflicht durch den Kreditgeber beweisen. Gelingt ihm dies, stünde damit praktisch fest, dass der Kreditgeber sich rechtswidrig verhalten hat. § 1298 ABGB hätte dann nur mehr Bedeutung für das Verschulden. Allerdings lässt sich bei der Nichteinhaltung gesetzlicher Aufklärungspflichten die objektive Sorgfaltswidrigkeit kaum einmal von der subjektiven Vorwerfbarkeit trennen.<sup>184</sup>

Da der EuGH, wie ausgeführt, dem Kreditgeber die Behauptungs- und Beweislast für die ordnungsgemäße Erfüllung der vorvertraglichen Informationspflichten einschließlich der Erläute-

177 Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 4. 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABl L 2008/133, 66.

178 EuGH 18. 12. 2014, C-449/13, *CA Consumer Finance SA* Rz 27. Zu Recht krit *Herresthal*, Zur Beweislast für die Erfüllung der vorvertraglichen Informations- und Prüfungspflichten des Kreditgebers („CA Consumer Finance“), *EWIR* 2015, 97 (97 f).

179 Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 25. 10. 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl L 2011/304, 64.

180 ErläutRV 89 BlgNR 25. GP 28.

181 Der Verbraucherkreditnehmer müsste mithin behaupten und unter Beweis stellen, dass der Kreditgeber seiner gesetzlichen Erläuterungspflicht nicht nachgekommen ist. Ganz ähnlich muss der geschädigte Anleger nach stRsp die unterbliebene Aufklärung durch den Berater beweisen (OGH 1 Ob 115/11k = ÖBA 2012, 183; 2 Ob 99/16x = ZFR 2017, 341 [*Keplinger*]; OGH 1 Ob 113/17z = VbR 2017, 202 [*Reichholz*]).

182 *F. Bydlinski*, Zur Haftung der Dienstleistungsberufe in Österreich und nach dem EG-Richtlinienvorschlag, *JB* 1992, 341 (348) (zum Nachweis der Nichterfüllung als Auslöser für die Beweislastumkehr; vermutlich mit Blick auf eine „Sach- oder Werkleistung“, also typische Erfolgsverbindlichkeiten [zB *Dullinger*, *SchR* AT<sup>6</sup> Rz 2/7]); *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> (1997) Rz 16/14 („Der Geschädigte hat aber jene Tatsachen zu beweisen, die Grundlage des Rechtswidrigkeitssurteils sind.“); *Graf* in *Gruber/N. Raschauer* (Hrsg), *WAG* (2010) § 38 Rz 130; *Reischauer* in *Rummel II/2a*<sup>3</sup> § 1298 Rz 1 f (die Nichterfüllung einer Erfolgsverbindlichkeit müsse als Haftungsansatzpunkt vom Geschädigten bewiesen werden); diesem folgend *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, *ABGB-ON*<sup>1,02</sup> § 1298 Rz 17 (die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit, also ein Teilaspekt der Rechtswidrigkeit müsse stets vom Geschädigten bewiesen werden); vgl auch *Dullinger*, Zur Beweislast für Verletzung/Erfüllung der ärztlichen Aufklärungspflicht, *JB* 1998, 2 (7 f) (zur Beweislast für eine Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht).

183 Dafür, dass aus § 1298 ABGB eine Beweislastumkehr auch für die Rechtswidrigkeit abzuleiten ist *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 16/28; *Reischauer* in *Rummel II/2a*<sup>3</sup> § 1298 Rz 2; *Karner* in *KBB*<sup>5</sup> § 1298 Rz 2; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, *ABGB-ON*<sup>1,02</sup> § 1298 Rz 17; dagegen *Welser*, Schadenersatz statt Gewährleistung (1994) 63 ff; *Welser/Zöchling-Jud*, *BR* II<sup>14</sup> Rz 1423. Vgl aus der Judikatur etwa OGH 1 Ob 555/81 = SZ 54/81; OGH 1 Ob 113/17z = VbR 2017, 202 (*Reichholz*); *RIS-Justiz* RS0026290.

184 Vgl in anderem Zusammenhang *Graf* in *Gruber/N. Raschauer*, *WAG* § 38 Rz 131.

rungspflicht auferlegt, entspricht die in Österreich derzeit geltende Rechtslage mit großer Wahrscheinlichkeit nicht den Vorgaben der Verbraucherkredit-RL (und ebenso wenig den Vorgaben der Verbraucherrechte-RL). Selbst mit einer extensiven Interpretation von § 1298 ABGB lässt sich mE kein richtlinienkonformer Rechtszustand herbeiführen, weil der Geschädigte stets zumindest zu beweisen hätte, dass der Schädiger seine vertraglichen oder gesetzlichen Pflichten objektiv nicht erfüllt hat. Durch die Nichtumsetzung von Art 6 Abs 9 Verbraucherrechte-RL ins österreichische Recht scheidet – anders als etwa in Deutschland (vgl § 312k Abs 2 BGB) – ein Analogieschluss zur Lückenfüllung aus.<sup>185</sup>

## 2. Finanzierungsberatung

Über die Pflicht zur Erläuterung hinaus treffen den Kreditgeber Informationspflichten, wenn er mit dem Kreditnehmer einen *Beratungsvertrag* schließt. Bei der Annahme eines konkludent geschlossenen Beratungsvertrags<sup>186</sup> ist aber Vorsicht geboten (vgl § 863 ABGB).<sup>187</sup>

Eine Finanzierungsberatung läuft darauf hinaus, dass der Kreditgeber eine bestimmte Kreditvariante (zB variabel oder fix verzinsten Kredit) zu empfehlen hat.<sup>188</sup> Ob er zu einem Kredit mit variablem Sollzins raten dürfte, der uU nahezu das gesamte „Zinsänderungsrisiko“ auf den Kreditnehmer verlagert, erscheint allerdings mehr als fraglich.

Ob es sich beim Kreditnehmer um einen Verbraucher oder Unternehmer handelt, ist im Wesentlichen gleichgültig. Die Reichweite der Beratungspflicht kann bei einem erfahrenen Unternehmer allenfalls etwas geringer sein.

## VII. Kredite an Unternehmer und an die „öffentliche Hand“

### A. Analoge Anwendung von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG?

§ 6 Abs 1 Z 5 KSchG gilt naturgemäß nur für Verbraucherkredite (§ 2 Abs 3 VKrG sowie § 2 Abs 3 HIKrG) und ist daher bei einer Kreditvergabe an einen Unternehmer iSd § 1 Abs 1 Z 1 KSchG oder die „öffentliche Hand“ (vgl § 1 Abs 2 S 2 KSchG)<sup>189</sup> nicht analog anzuwenden.<sup>190</sup>

Allerdings dient § 6 Abs 1 Z 5 KSchG im Rahmen der Prüfung einer möglichen Sittenwidrigkeit (§ 879 Abs 1 ABGB) oder „gröblichen Benachteiligung“ (§ 879 Abs 3 ABGB)<sup>191</sup> einer Zinsgleitklausel

185 Die vorstehenden Überlegungen stellen selbstverständlich keine abgeschlossene Untersuchung dieser Problematik dar. Eine solche würde allerdings den Rahmen dieses Beitrags bei Weitem sprengen und kann daher allenfalls zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen.

186 Vgl OGH 4 Ob 604/70 = SZ 43/209; OGH 7 Ob 306/99x = ÖBA 2001, 86; OGH 1 Ob 206/11t = ÖBA 2012, 392 (*Heinrich*); OGH 10 Ob 62/15p = JBl 2017, 182 (*Kepplinger*); RIS-Justiz RS0014562.

187 Zu Recht krit *Welser*, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten (1983) 64 ff; *Koziol* in *Avancini/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht I (1987) Rz 3/6; *Kletečka*, Anmerkung zu OGH 3 Ob 13/04i, ÖBA 2005, 57 (57 f); *Dullinger*, Zur Eigenverantwortung von Gehilfen für fehlerhafte Beratung am Beispiel des Vertriebs von Finanzprodukten, in FS Reischauer (2010) 101 (108 ff).

188 Vgl *Welser*, Haftung 2.

189 *Mayrhofer/Nemeth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 1 KSchG Rz 71 f; *Apathy* in *Schwimann/Kodek Va*<sup>4</sup> § 1 KSchG Rz 13.

190 OGH 10 Ob 145/05d = RdW 2006, 764; OGH 8 Ob 31/12k = ÖBA 2012, 691 (*Butschek*); vgl auch *Apathy*, Auswirkungen der Judikatur zu Verbraucherverträgen auf Bankgeschäfte mit Unternehmern, ÖBA 2004, 737 (739); *ders* in *Schwimann/Kodek Va*<sup>4</sup> § 6 KSchG Rz 24; *Aicher* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 1056 Rz 15; *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 879 Rz 366; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 1056 Rz 4; *Zöchling-Jud*, ÖBA 2016, 765; *Told*, ÖBA 2017, 844; *Melber*, Negativzinsen beim Unternehmergeschäft, ÖBA 2017, 814 (817).

191 Die Berufung auf § 879 Abs 3 ABGB bietet für den Kreditnehmer den Vorteil, dass die Ungleichgewichtslage wegen der Verwendung von AGB vermutet wird. Im Vergleich zur Sittenwidrigkeitsprüfung nach § 879 Abs 1 tritt

unzweifelhaft als *Konkretisierungsmaßstab*.<sup>192</sup> Dies gilt insb dann, wenn eine erhebliche Ungleichgewichtslage zwischen den Vertragspartner besteht.<sup>193</sup>

§ 879 Abs 3 ABGB gelangt auf eine Zinsgleitklausel zur Anwendung, weil sie „*nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt*“, sondern bloß die nachträgliche Veränderung der ursprünglich festgelegten Hauptleistung des Kreditnehmers ermöglichen soll.<sup>194</sup>

## B. Vertragsauslegung

Die zur *Vertragsauslegung* angestellten Überlegungen (vgl oben unter Pkt IV.) gelten mE in selber Weise für Kredite an Unternehmer oder die „öffentliche Hand“: Der von den Vertragsteilen konsenterte vertragliche Regelungsplan sieht die Möglichkeit einer Zahlungsverpflichtung des Kreditgebers an den Kreditnehmer in Form von „Negativzinsen“ nicht vor. Eine ergänzende Vertragsauslegung, nach welcher der Kreditnehmer zumindest Zinsen in Höhe des Aufschlags zu bezahlen hat, scheidet ebenso aus, weil es an einer zu schließenden Vertragslücke mangelt und sich eine Vertragsergänzung, worauf oben bereits hingewiesen wurde, nicht in Widerspruch zum übereinstimmenden Parteiwillen setzen darf.<sup>195</sup>

Zu erinnern ist ferner an den *Vertragszweck* einer jeden Zinsanpassungsklausel: Durch eine solche soll das ursprünglich vereinbarte vertragliche Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung möglichst aufrechterhalten werden.<sup>196</sup>

## C. Zinsanpassung und gesetzlicher Kontrollmaßstab

Außerhalb des Anwendungsbereichs des Verbraucherschutzrechts<sup>197</sup> ist § 1056 ABGB (analog) *sedes materiae* für ein einseitiges Zinsänderungsrecht der Bank.<sup>198</sup>

§ 1056 ABGB gestattet nach der mE zutreffenden hL<sup>199</sup> für den Fall, dass einer der Vertragspartner (preis)gestaltungsberechtigt ist, im Zweifel nur eine Preisbestimmung nach billigem Er-

also insoweit eine Beweislastumkehr ein (*Koziol – Welser/Kletečka*, BR I<sup>14</sup> Rz 436; *Kletečka* in *Aicher/Holoubek* [Hrsg], Der Schutz von Verbraucherinteressen [2000] 133 [135 ff]). Nicht zu folgen ist mE der Auffassung, wonach der Maßstab der gröblichen Benachteiligung strenger ist als jener der Sittenwidrigkeit (so aber *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 879 Rz 291).

192 *Welser*, Die Beschränkung der Vertragsfreiheit beim Konsumentengeschäft, JBl 1980, 1 (2 f); *Krejci* in *Rummel* IV/4<sup>3</sup> § 1 KSchG Rz 5; *Apathy* in *Schwimmann/Kodek* Va<sup>4</sup> § 1 KSchG Rz 6; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 1056 Rz 4.

193 *Iro*, Anmerkung zu OGH 10 Ob 125/05p, ÖBA 2006, 922; *Told*, ÖBA 2017, 844; ebenso *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 1056 Rz 4; vgl RIS-Justiz RS0016850.

194 *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 879 Rz 288; vgl auch *Rummel* in *Dullinger/Kaindl*, Bank- und Kapitalmarktrecht 2008, 81. Aus deutscher Sicht ebenso etwa *Freitag* in *Staudinger*, BGB § 488 BGB Rz 191; *Fuchs* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht<sup>12</sup> Zinsanpassungsklauseln Rz 10. OGH 4 Ob 112/04f = SZ 2004/125; OGH 10 Ob 125/05p = ÖBA 2006, 916 (*Iro*); OGH 10 Ob 145/05d = RdW 2006, 764.

195 *Kronthaler*, ÖJZ 2017, 108.

196 ZB OGH 10 Ob 125/05p = ÖBA 2006, 916 (*Iro*); OGH 10 Ob 145/05d = RdW 2006, 764. Aus deutscher Perspektive etwa *Zschiessack* in BeckOGK BGB § 307 BGB (Preisanpassungsklausel) Rz 1; *Fuchs* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht<sup>12</sup> Zinsanpassungsklauseln Rz 18.

197 Dazu ausführlich *Kronthaler*, Anwendungsprobleme des Verbraucherschutzrechts, RdW 2017, 614.

198 OGH 10 Ob 125/05p = ÖBA 2006, 916 (*Iro*); OGH 10 Ob 145/05d = RdW 2006, 764; *Rummel* in *Dullinger/Kaindl*, Bank- und Kapitalmarktrecht 2008, 79; *Melber*, ÖBA 2017, 818. Allgemein zur Zulässigkeit der Preisfestsetzung durch einen Vertragspartner RIS-Justiz RS0019994.

199 *Mayer-Maly* in Klang IV/2<sup>2</sup> 259; *Mayrhofer*, SchR AT 27; *Apathy*, ÖBA 2004, 739; *Rummel* in *Dullinger/Kaindl*, Bank- und Kapitalmarktrecht 2008, 82; *Aicher* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 1056 Rz 9; *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 879 Rz 366; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 1056 Rz 13. IZM Zinsanpassungsklauseln *Koziol* in *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II Rz 1/31; *Zöchling-Jud*, ÖBA 2016, 765; *Melber*, ÖBA 2017, 818.

messen.<sup>200</sup> Das ABGB selbst normiert an sich keine Grenzen. Die Möglichkeit zur uneingeschränkten, mithin willkürlichen Preisfestsetzung stünde allerdings in einem kaum überwindlichen Spannungsverhältnis zum Gedanken der Aufrechterhaltung der vertraglichen *Austauschgerechtigkeit*.<sup>201</sup>

Die Preisbestimmung durch den dazu befugten Kontrahenten hat sich an der Verkehrssitte<sup>202</sup> sowie am Geschäftszweck zu orientieren und Rücksicht auf die Interessen beider Vertragsteile zu nehmen.<sup>203</sup> Der Gestaltungsspielraum des anpassungsberechtigten Vertragspartners findet also dort seine Zulässigkeitsgrenze, wo entweder die Verkehrssitte verletzt oder der Vertragszweck untergraben würde.<sup>204</sup> Es ist daher mit *Aicher*<sup>205</sup> nicht wirklich einsichtig, weshalb die Rsp<sup>206</sup> nach wie vor meint, dass die einseitige Preisanpassung durch einen Vertragspartner der Inhaltskontrolle nach § 1056 ABGB nur dahingehend unterliege, ob „*der Gestaltungsberechtigte die ihm schon durch den Vertrag gesetzten Grenzen überschritten hat oder [...] das Ergebnis [seiner Ermessensausübung] offenbar unbillig ist*“.<sup>207</sup>

Die Lehre<sup>208</sup> zieht die Grenze dagegen zutreffend bei der sachgemäßen Ermessensausübung des anpassungsberechtigten Teils. Im Hinblick auf die spätere einseitige Anpassung der Sollzinsen beim Kreditvertrag bedeutet dies, dass sich der Kreditgeber bei der Ausübung seines Preisgestaltungsrechts vor allem am Vertragszweck, also der Aufrechterhaltung des ursprünglichen Äquivalenzverhältnisses, zu orientieren hat. Eine nachträgliche Erhöhung des Sollzinssatzes, die nicht durch eine Veränderung der „betriebsexternen Kosten“ des Kreditgebers (etwa für die Refinanzierung am Interbankenmarkt oder durch eine Veränderung des Kreditrisikos) gerechtfertigt ist, wäre mE als unsachgemäß zu beurteilen, weil es in diesem Fall an der Verknüpfung mit der eigenen Leistung mangelt. Eine rein „interne“, mithin aus der eigenen „Sphäre“ stammende Umstellung der Refinanzierungsstruktur der kreditgewährenden Bank rechtfertigt in keinem Fall eine nachträgliche Zinserhöhung.<sup>209</sup>

#### D. Zweiseitigkeitserfordernis und Willensunabhängigkeit

Für Preisänderungsklauseln gilt auch im Bereich der *unternehmensbezogenen Rechtsgeschäfte*, dass diese zweiseitig ausgestaltet sein müssen. Für die nachträgliche Anpassung der Sollzinsen durch den Kreditgeber bedeutet dies konkret, dass nicht nur die Möglichkeit zur Erhöhung des Zinssatzes vorgesehen sein darf, sondern umgekehrt auch eine Pflicht zur Zinssenkung, wenn

200 Zum Teil vertritt die Rsp auch, dass „freies Ermessen“ nur hinsichtlich vertraglicher Nebenpunkte vereinbart werden könne, während das Gestaltungsermessen bei Hauptpunkten stets das billige Ermessen sei; vgl etwa OGH 7 Ob 8/17b = JBI 2017, 751.

201 Darauf weist schon *Aicher* (in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 1056 Rz 9) hin. Vgl auch *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 1056 Rz 15.

202 Vgl zum Begriff der Verkehrssitte etwa *Heiss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 914 Rz 46.

203 *Aicher* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 1056 Rz 9.

204 *Aicher* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 1056 Rz 9.

205 In *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 1056 Rz 9; wohl ebenso *Binder/Spitzer* in *Schwimann/Kodek* IV<sup>4</sup> § 1056 Rz 19.

206 OGH 8 Ob 31/12k = ÖBA 2012, 691 (*Butschek*); OGH 10 Ob 80/15k = ZFR 2017, 78 (*Butschek*); OGH 8 Ob 86/16d; vgl auch RIS-Justiz RS0020010; s zu Zinsanpassungsklauseln ferner RIS-Justiz RS0127771.

207 Hervorhebung und Anmerkung durch den Verfasser. Anders aber offenbar *Melber*, ÖBA 2017, 818.

208 *Fenyves/Rubin*, ÖBA 2004, 349; *Iro*, Anmerkung zu OGH 10 Ob 125/05p, ÖBA 2006, 922; *Aicher* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 1056 Rz 9; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 1056 Rz 16; *Binder/Spitzer* in *Schwimann/Kodek* IV<sup>4</sup> § 1056 Rz 19.

209 *Rummel* in *Dullinger/Kaindl*, Bank- und Kapitalmarktrecht 2008, 84; idS auch OGH 6 Ob 68/14i = ÖBA 2015, 71; möglicherweise aA *Melber*, ÖBA 2017, 818.

sich zB die Refinanzierungskosten verbessern.<sup>210</sup> Außerdem müssen die Anpassungsfaktoren nach der zustimmungswürdigen Entscheidung des OGH 6 Ob 68/14i „*vom Willen der Bank unabhängig sein, sodass etwa Umstellungen in der eigenen Sphäre der Bank keine Zinserhöhungen rechtfertigen*“.<sup>211</sup> ME ist darüber hinaus zu fordern, dass dem Kreditnehmer eine Kontrollmöglichkeit hinsichtlich der Anpassungsvoraussetzungen zukommt. Er soll nachprüfen können, ob der Kreditgeber sein Preisänderungsrecht vertragsgemäß ausgeübt hat. Mit einer analogen Anwendung von § 6 Abs 3 KSchG auch auf unternehmensbezogene Rechtsgeschäfte ließe sich dies ohne Zweifel rechtsdogmatisch begründen.<sup>212</sup>

### E. Unter- ohne Obergrenze?

In einer rezenten, einen *Finanzierungsleasingvertrag*<sup>213</sup> betreffenden Entscheidung<sup>214</sup> hat der OGH eine *Mindestverzinsungsklausel* wegen einer gröblichen Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB für nichtig erklärt. Ob der OGH zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre, hätten die Vertragsparteien auch eine Höchstverzinsungsklausel vereinbart gehabt, ist offen geblieben.

Nicht zu bezweifeln ist mE, dass die Vereinbarung einer Zinsuntergrenze in Konflikt mit dem auch im Verhältnis zwischen Unternehmern geltenden Zweiseitigkeitsgebot geraten kann.<sup>215</sup> Ein Mindestsollzinssatz schränkt die in Zukunft möglichen Zinsschwankungen nach unten hin ein und tangiert daher mittelbar auch das Gebot der zweiseitigen Ausgestaltung von Zinsänderungsklauseln.

Eine Begrenzung des Sollzinssatzes nach unten hin („Zinsfloor“) ist mE jedenfalls dann zulässig, wenn gleichzeitig – nach *billigem Ermessen* – eine entsprechende Obergrenze („Zinscap“) festgesetzt wird. Anders als beim Verbraucherkredit ist ein Ermessensspielraum des Kreditgebers als unproblematisch anzusehen, weil nicht § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, sondern § 1056 ABGB (analog) gilt, also eine Bestimmung, die eine Ermessensausübung des preisfestsetzungsberechtigten Teils notwendig voraussetzt.

Ein geradezu willkürlich hoch angesetzter Höchstzinssatz (in Anbetracht der aktuellen Marktlage zB bei 30 % pa) stellte hingegen keine sachliche Rechtfertigung dar, weshalb in diesem Fall eine gröbliche Benachteiligung (§ 879 Abs 3 ABGB) des Kreditnehmers in Betracht kommt. Dies gilt insb dann, wenn die Mindestverzinsungsklausel das „Zinsänderungsrisiko“ im Wesentlichen auf

210 OGH 1 Ob 568/87 = wbl 1987, 244; OGH 10 Ob 125/05p = ÖBA 2006, 916 (*Iro*); OGH 1 Ob 72/08g = ÖBA 2008, 872 (*Koziol*); OGH 6 Ob 68/14i = ÖBA 2015, 71. Vgl auch *Koziol* in *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II Rz 1/31; *Krejci* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 879 Rz 390. Zur Rechtslage in Deutschland *Wurmnest* in *Säcker/Rixecker/Oetker/Limperf* (Hrsg), Münchener Kommentar zum BGB II<sup>7</sup> (2016) § 307 BGB Rz 204.

211 In dieser Entscheidung hält der OGH „*die Anknüpfung an die Bonität des Kreditnehmers*“ für legitim. Dies gilt mE aber aufgrund des Kriteriums der Willensunabhängigkeit nur dann, wenn es sich um ein externes Rating handelt (ebenso *Fuchs* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht<sup>12</sup> Zinsanpassungsklauseln Rz 30). Hervorhebung durch den Verfasser.

212 Für eine analoge Anwendung des Transparenzgebots auf zwischen Unternehmern vereinbarte AGB *Schilcher*, Das Transparenzgebot im Vertragsrecht, in *Aicher/Holoubek*, Schutz von Verbraucherinteressen 99 (124 ff); *M. Leitner*, Das Transparenzgebot (2005) 129 ff; *Parapatits*, Das Transparenzgebot im Unternehmergeschäft, in *Knyrim/Leitner/Perner/Riss* (Hrsg), Aktuelles AGB-Recht (2008) 35 (49 ff); *Koziol – Welser/Kletečka*, BR I<sup>14</sup> Rz 438 mwN; aA *Schurr* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 6 Abs 3 Rz 8; OGH 2 Ob 65/13t = RdW 2013, 471.

213 Dessen rechtliche Einordnung ist strittig; zB *Schopper/Skarics* in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht VII<sup>2</sup> (2015) Rz 1/113 ff mwN.

214 OGH 3 Ob 47/16g = ÖBA 2016, 762 (*Zöchling-Jud*).

215 Wohl aA *Zöchling-Jud*, ÖBA 2016, 765.

den Kreditnehmer überwälzt (vgl etwa das Beispiel oben unter Pkt IV.B.). Zusätzlich müsste eine solche Klausel als sittenwidrig (§ 879 Abs 1 ABGB) angesehen werden.<sup>216</sup>

Das Fehlen eines „Zinscaps“ in der Zinsgleitklausel mit Untergrenze könnte aber ohne Zweifel auf andere Weise sachlich gerechtfertigt werden; etwa dadurch, dass der vom Kreditnehmer zu bezahlende Aufschlag ohne „Zinscap“ merklich niedriger ausfällt als mit einem solchen. Der Kreditnehmer kann diesfalls frei darüber entscheiden, ob er im Gegenzug für die Übernahme des „Zinsanstiegsrisikos“ einen zumindest anfänglich günstigeren Kredit möchte oder ob er doch lieber einen höheren Risikoaufschlag bezahlt.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Kredite an Unternehmer oder die „öffentliche Hand“ mit einer Unter-, aber ohne eine Obergrenze durchaus denkbar sind.<sup>217</sup> Der unternehmerische oder als solcher zu behandelnde (§ 1 Abs 2 S 2 KSchG) Kreditnehmer darf aber nicht in unsachlicher Weise benachteiligt werden.

Mangelt es an einer sachlichen Rechtfertigung, dann wäre die Zinsgleitklausel wegen Sittenwidrigkeit und gröblicher Benachteiligung des Kreditnehmers als nichtig anzusehen. Im Unterschied zu Verbraucherkreditverträgen handelt es sich aber um keine absolute, von Amts wegen aufzugreifende Nichtigkeit,<sup>218</sup> sondern bloß um eine *relative Nichtigkeit*.<sup>219</sup>

Trotz Nichtigkeit der Zinsgleitklausel bleibt der Restkreditvertrag wirksam. Nach der älteren hA<sup>220</sup> käme es zu einer geltungserhaltenden Reduktion der Zinsgleitklausel; diese bliebe demnach mit ihrem gerade noch zulässigen Inhalt bestehen. An einer so verstandenen geltungserhaltenden Reduktion wird aber, insb aus Präventionsgründen, mit Recht Kritik geübt:<sup>221</sup> Es wäre dem verhandlungsmächtigeren Vertragsteil ohne nennenswertes Risiko möglich, ein sittenwidriges oder gröblich benachteiligendes Rechtsgeschäft durchzusetzen, weil er sich äußerstenfalls mit einer bis zur Grenze des Erlaubten gemäßigten Ersatzregelung zufrieden geben müsste. Dies wird in der neueren Lehre<sup>222</sup> aber teilweise dadurch entschärft, dass die fragliche Klausel auf ein jedenfalls unbedenkliches Ausmaß reduziert wird. Soweit die Sittenwidrigkeit oder gröbliche Benachteiligung einer bestimmten Klauselgestaltung allerdings evident ist, erscheint eine Geltungserhaltung dennoch besonders problematisch. Unter diesen Umständen greift der gegen die geltungs-

216 Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Maßstab der gröblichen Benachteiligung kein strengerer als jener bei der Sittenwidrigkeit. Ein Unterschied besteht jedoch – wie *Kletečka* (in *Aicher/Holoubek*, Schutz von Verbraucherinteressen 135 ff) überzeugend nachgewiesen hat – auf Ebene der Beweislast.

217 IdS bereits *Kronthaler*, ÖJZ 2017, 108; aA wohl *Told*, ÖBA 2017, 845.

218 ZB *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 879 Rz 297; *P. Bydlinski*, AT<sup>7</sup> Rz 7/44.

219 *Told*, ÖBA 2017, 845; OGH 3 Ob 47/16g = ÖBA 2016, 762 (*Zöchling-Jud*); vgl auch RIS-Justiz RS0016450.

220 Stellvertretend *Gschnitzer* in *Klang IV/1*<sup>2</sup> 169 mwN; vgl auch *Bollenberger* in *KBB*<sup>5</sup> § 879 Rz 30.

221 Vgl *Iro*, Teilwirksamkeit gröblich benachteiligender AGB-Klauseln „soweit gesetzlich zulässig“? RdW 1987, 7; *Fitz*, Zur „geltungserhaltenden Reduktion“ überschießender AGB-Klauseln, in FS Schnorr (1988) 645 ff; *Kletečka* in *Aicher/Holoubek*, Schutz von Verbraucherinteressen 145 ff; *Koziol – Welser/Kletečka*, BR I<sup>4</sup> Rz 569; so auch die hL in Deutschland vgl *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Das Rechtsgeschäft<sup>4</sup> (1992) 389; *Wolf/Neuner*, AT<sup>11</sup> Rz 46/64 f; *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs<sup>4</sup> (2016) Rz 1201; *Roloff* in *Erman* (Hrsg), BGB I<sup>15</sup> (2017) § 306 BGB Rz 8; im Wesentlichen auch *Armbrüster* in *MüKoBGB I*<sup>7</sup> § 138 BGB Rz 158 ff, der aber in manchen Fällen eine geltungserhaltende Reduktion für zulässig hält; aM etwa *Sack/Fischinger* in *Staudinger*, BGB § 138 BGB Rz 154 ff, die sich für eine teleologische Reduktion von § 138 BGB aussprechen. Es kommt nach ihnen also darauf an, ob Zweck der verletzten „Sittennorm“ die Nichtigkeit erfordert; für eine prinzipielle Zulässigkeit auch *Faust* in *Dauner-Lieb/Heidel/Ring* (Hrsg), NomosKommentar zum BGB I<sup>3</sup> (2016) § 139 BGB Rz 31 ff.

222 *Welser*, JBl 1980, 10; *F. Bydlinski*, Allgemeine Versorgungsbedingungen und Energielieferungsverträge in Österreich, in FS Neumayer (1985) 115 (126 ff); *Koziol*, Sonderprivatrecht für Konsumentenkredite? AcP 188 (1988), 183 (221 f); *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 879 Rz 299. Vgl auch *Canaris*, Gesamtnichtigkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen, in FS Steindorff (1990) 519 (549 ff); ferner *Sack/Fischinger* in *Staudinger*, BGB § 138 BGB Rz 204.

erhaltende Reduktion vorgebrachte Präventionsgedanke in vollem Umfang,<sup>223</sup> die betroffene Vertragsklausel wäre als nichtig anzusehen und die dadurch entstandene Lücke durch dispositives Gesetzesrecht oder allenfalls mittels ergänzender Vertragsauslegung zu schließen.<sup>224</sup> Anders verhält sich dies bei einem Klauselaufsteller, der die von ihm vorgesehene Regelung redlicherweise für inhaltlich zulässig halten durfte. Für diesen Fall hat *Canaris*<sup>225</sup> zutreffend gezeigt, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip eine Einschränkung der an sich berechtigten Präventionserwägungen verlangt.<sup>226</sup> Die vom Sittenwidrigkeitsurteil betroffene oder als gröblich benachteiligend erkannte Klausel ist zwar an sich unwirksam, kann allerdings auf einen angemessenen Umfang reduziert werden; mangels vollständigem Wegfall der Klausel entsteht zu keinem Zeitpunkt eine Vertragslücke.<sup>227</sup>

## VIII. Zusammenfassung der wesentlichsten Ergebnisse

1. Die Vertragspartner sind sich in aller Regel darüber einig, einen „Kreditvertrag“ zu schließen, der dem gesetzlichen Typus (§ 988 ABGB) entspricht. Es liegt ein „natürlicher Konsens“ darüber vor, dass eine bestimmte Summe an Geld gegen Entgelt (in Form von Zinsen und weiteren Vergütungen) für einen gewissen Zeitraum überlassen werden soll. Innerhalb des von den Parteien vorgesehenen Regelungsplans findet sich somit kein Platz für „Negativzinsen“.

2. Das Fehlen einer Unter- und Obergrenze in einer Zinsgleitklausel spricht mE eindeutig dafür, dass die Vertragspartner den Sollzinssatz prinzipiell uneingeschränkt von der zukünftigen Entwicklung des Referenzzinssatzes abhängig machen wollten. Da die (langfristige) Entwicklung des Referenzzinssatzes für die Parteien weitestgehend unvorhersehbar ist, nehmen sie zukünftige Zinsschwankungen bewusst in Kauf.

3. Müsste der Kreditnehmer in jedem Fall zumindest den Aufschlag als Mindestsollzinssatz bezahlen, könnte es uU zu einer nahezu vollständigen Verlagerung des „Zinsänderungsrisikos“ auf den Kreditnehmer kommen. Ein redlicher Kreditgeber dürfte aber gewiss nicht einfach davon ausgehen, dass sein Gegenüber ohne Weiteres dazu bereit wäre. Vielmehr wird ihm typischerweise klar sein, dass der Kreditnehmer mit einer ausgewogenen Verteilung von Chancen und Risiken rechnet (normative Auslegung).

4. Die Überlegungen zur Vertragsauslegung gelten unverändert auch bei einer Kreditvergabe an Unternehmer oder die „öffentliche Hand“.

5. Bei Verbraucherkrediten gilt es zusätzlich § 6 Abs 1 Z 5 KSchG zu beachten. Da sich § 6 Abs 1 Z 5 KSchG vom Wortlaut her ausschließlich auf das vom Verbraucher(-kreditnehmer) zu leistende Entgelt bezieht, erscheint es von vornherein fraglich, ob sich aus dieser Bestimmung eine Pflicht des Kreditgebers zur Zahlung von „Negativzinsen“ ableiten lässt. Dagegen spricht vor allem, dass § 6 Abs 1 Z 5 KSchG primär darauf abzielt, das ursprüngliche Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung zu wahren. Fällt entweder die Leistung oder – wie in den hier interessieren-

223 *Koziol – Welser/Kletečka*, BR I<sup>14</sup> Rz 569; *Riedler in Schwimann/Kodek IV*<sup>4</sup> § 879 Rz 55; *Basedow in MüKoBGB II*<sup>7</sup> § 306 BGB Rz 13.

224 ZB *Bollenberger* in KBB<sup>5</sup> § 879 Rz 30.

225 In FS Steindorff 557 ff.

226 Ebenso *Koziol – Welser/Kletečka*, BR I<sup>14</sup> Rz 569; *Riedler in Schwimann/Kodek IV*<sup>4</sup> § 879 Rz 55; *Basedow in MüKoBGB II*<sup>7</sup> § 306 BGB Rz 13; *Schlosser in Staudinger*, BGB § 306 BGB Rz 24; ähnlich *Faust* in NK-BGB I<sup>3</sup> § 139 Rz 34. AA *Fitz* in FS Schnorr 651.

227 Vgl *Basedow* in MüKoBGB II<sup>7</sup> § 306 Rz 13.

den Fällen – die Gegenleistung zur Gänze weg, bedarf es aus naheliegenden Gründen keiner Anpassungssymmetrie mehr.

**6.** Möchte der Kreditgeber beim Verbraucherkredit eine Untergrenze („Zinsfloor“) festsetzen, bedarf es beim Verbraucherkredit zwingend einer Obergrenze („Zinscap“). Ein Mindestzinssatz limitiert die zukünftigen „Zinsänderungschancen“ des Kreditnehmers, während er nach oben hin weiter einem unbegrenzten „Zinsänderungsrisiko“ ausgesetzt wäre. Unter diesen Voraussetzungen ist die von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG geforderte Aufrechterhaltung der ursprünglichen vertraglichen Äquivalenz nicht gewährleistet.

**7.** Eine Aufspaltung des Sollzinssatzes in einen fixen und einen variablen Teil, die alleine dazu dient, über diesen Umweg einen von der Rsp abgelehnten Mindestsollzinssatz zu begründen, ist gem § 6 Abs 1 Z 5 KSchG unzulässig. Dies ergibt sich mE aus einer extensiven, von einem funktionalen Verständnis des Zinsbegriffs ausgehenden Gesetzesinterpretation. Wollte man dieser Auffassung nicht folgen, stellt sich die Frage, ob die Aufspaltung des Sollzinssatzes in zwei Teile nicht eine Gesetzesumgehung (§ 879 Abs 1 ABGB) bewirkt.

**8.** Außerhalb des Anwendungsbereichs des Verbraucherschutzrechts ist § 1056 ABGB der relevante Maßstab für Zinsänderungsklauseln. Nach der Judikatur müssen Zinsänderungsklauseln auch im Bereich unternehmensbezogener Rechtsgeschäfte zweiseitig ausgestaltet und vom Willen des Kreditgebers unabhängig sein. Dies bedeutet aber nicht, dass eine Mindestverzinsungsklausel stets unzulässig sein muss. Tatsächlich ist für eine solche eine sachliche Rechtfertigung erforderlich. Diese kann etwa in der Gewährung eines – nach billigem Ermessen festgesetzten – „Zinscaps“ oder eines geringeren Aufschlags auf den Referenzzinssatz bestehen.