

# Rücktritt vom Lebensversicherungsvertrag

## Durchgriff auf den Kreditvertrag?<sup>1)</sup>

Stefan Perner

**Auf Basis einer Entscheidung des EuGH hat der OGH ausgesprochen, dass sich der Kunde bei unzureichender Belehrung über sein Rücktrittsrecht „ewig“ von der Lebensversicherung lösen kann. Kapitalbildende Lebensversicherungen wurden oft als Tilgungsträger bei einem Fremdwährungskredit eingesetzt. In der Lehre wurde die – im Rahmen dieses Beitrags überprüfte – Auffassung vertreten, dass der Kunde infolge eines solchen Rücktritts auf den verbundenen Fremdwährungskredit „durchgreifen“ könne, wodurch der Kreditgeber das Fremdwährungsrisiko zu tragen habe.**

Stichwörter: Durchgriff, Einwendungsdurchgriff, Fremdwährungskredit, Fremdwährungsschuld, Lebensversicherung, Rücktritt.  
JEL-Classification: K 12, G 21, G 22.

According to the ECJ and a recent judgment of the Austrian Supreme Court, the policy holder of a life insurance contract has an unlimited right of cancellation if he has not been provided with correct information about the right to withdraw. Such life insurance contracts were often used as a repayment vehicle for bullet loans. Austrian scholars have recently been arguing that the right to withdraw from the life insurance contract enables the customer to also withdraw from the bullet loan.

## 1. Wirtschaftlicher und rechtlicher Hintergrund

### 1.1. Die Konstellation

Bis zur Finanzkrise im Jahr 2008<sup>2)</sup> war es in Österreich weit verbreitet, dass zur Finanzierung von Eigenheimen *Fremdwährungskredite* vergeben wurden.<sup>3)</sup> Diese Kredite wurden meist *endfällig* abgeschlossen. Während der Laufzeit leistet der Kreditnehmer also nur Zinsen, jedoch keine Kapitaltilgungen. Zugleich erwarb der Kreditnehmer Veranlagungsprodukte, die am Ende der Laufzeit dazu

beitragen sollten, das offene Kapital zu tilgen (Tilgungsträger). Meist kamen dafür *fondsgebundene Lebensversicherungen* zum Einsatz, die dem Kreditgeber idR verpfändet, zur Sicherheit abgetreten oder zu seinen Gunsten vinkuliert wurden.<sup>4)</sup>

Heute ist hinlänglich bekannt, dass diese *sehr riskante Konstellation* nicht hielt, was andere – meist Vermittler – von ihr versprochen: Weder entwickelte sich das Fremdwährungsrisiko (mit Blick auf das Zinsniveau und den Wechselkurs) in die erhoffte Richtung: Der zu tilgende Betrag wurde also nicht kleiner, sondern größer. Noch erbrachte der Tilgungsträger die erwartete Leistung: Es ist also weniger als erhofft da, um den – noch dazu größeren – Betrag zurückzuzahlen. Mit anderen Worten: Die Rechnung ging nicht auf, viele Kunden konnten (und können) sich den Kredit nicht leisten.

### 1.2. Exit-Szenarien und ihre Verknappung

Es ist vor dem genannten Hintergrund nachvollziehbar, dass Kreditnehmer begannen, nach Auswegen zu suchen. Ein naheliegendes „Exit-Szenario“ bietet das *Schadenersatzrecht*, das die Folgen einer schuldhaften Fehlberatung beseitigen kann.

Selbst wenn es tatsächlich zu einer Fehlberatung gekommen ist, ergeben sich im vorliegenden Zusammenhang aber Probleme. Abgesehen davon, dass die Produktkombination (Fremdwährung, Lebensversicherung als Tilgungsträger) offenbar sehr häufig von *selbständigen Vermittlern* empfohlen wurde,<sup>5)</sup> sodass



Photo: privat

Univ.-Prof. Dr. Stefan Perner, Universitätsprofessor für Zivilrecht, Leiter der Abteilung für Finanzmarktrecht Johannes Kepler Universität Linz, Institut für Zivilrecht, e-mail: Stefan.Perner@jku.at

ein Fehlverhalten primär dort zu verorten war und eine Zurechnung an die Bank (§ 1313a ABGB) nicht automatisch möglich ist,<sup>6)</sup> stellt sich bekanntlich vor allem die *Verjährungsfrage*: Nach der Rsp liegt der Eintritt des Schadens nämlich bereits darin, dass ein unerwünschtes Produkt erworben wurde („realer Schaden“); wird dem Kunden dieser Umstand – die Finanzierung ist risikobehafteter als dargestellt – erkennbar, beginnt die dreijährige Verjährung des § 1489 ABGB zu laufen.<sup>7)</sup> Viele Haftungsfälle sind also bereits verjährt.<sup>8)</sup>

- 1) Dem Beitrag liegt ein Forschungsauftrag zugrunde, den der Verfasser im Auftrag des Forums für Bankrecht übernommen hat.
- 2) Siehe die Präambel der FMA-Mindeststandards zum Risikomanagement und zur Vergabe von Fremdwährungskrediten und Krediten mit Tilgungsträgern (FMA-FXTT-MS) vom 1.6.2017, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/fma/fma-mindeststandards/>.
- 3) Zur Konstellation siehe bereits *Karollus/Koziol*, ÖBA 2006, 263; aus jüngerer Zeit *Klausser/Strohmayr*, VbR 2016, 177; *Nemeth* in Leupold, Forum Verbraucherrecht 2017, 19, 20 ff. *Klausser*, VbR 2017, 104 spricht von weit über 250.000 österreichischen Kreditnehmern.
- 4) Vgl zu den Varianten *Perner*, ÖBA 2009, 149 ff.
- 5) *Karollus/Koziol*, ÖBA 2006, 263; *Klausser/Strohmayr*, VbR 2016, 177; *Nemeth* in Leupold, Forum Verbraucherrecht 2017, 19, 21.
- 6) Zu den Voraussetzungen RIS-Justiz RS0128476, jüngst etwa 6 Ob 118/17x. Zur Judikatur *Dullinger*, JBl 2016, 277; zum Zurechnungsproblem auch *Perner*, ZFR 2015, 108.
- 7) Siehe zum Fremdwährungskredit mit umfassenden Nw aus der Lit nur 6 Ob 153/15s, ÖBA 2016/2268 (*Madl*). Die Verjährung irrtumsrechtlicher Behelfe beginnt ohnehin bereits ab dem Vertragsabschluss zu laufen, § 1487 ABGB.
- 8) Vgl etwa die Begründung in 1 Ob 88/16x und in 1 Ob 190/16x, VbR 2017/68 (*Klausser*). Siehe *Nemeth* in Leupold, Forum Verbraucherrecht 2017, 19, 21.

Angesichts dieses Umstandes begann die Suche nach alternativen Szenarien, bei der man auch nicht davor zurückschreckte, Bestimmungen ins Treffen zu führen, die bisher (wohl zu Recht) ein Schattendasein führten.<sup>9)</sup> So wurde etwa die Auffassung vertreten, dass der Kreditnehmer in analoger Anwendung des § 27 KSchG, der dem Verbraucher ein Rücktrittsrecht bei bestimmten „Vorauszahlungskäufen“ gibt, sich vom Fremdwährungskredit lösen könne.<sup>10)</sup> Diesem Versuch hat der OGH mittlerweile eine Absage erteilt und festgehalten, dass die in den Materialien zum Ausdruck kommende Wertung eine Analogie nicht rechtfertige.<sup>11)</sup> Tatsächlich wurden Fremdwährungskredite nicht von „jungen Mädchen, besonders als Wäsche- oder Möbelsparausstattungsverträge, geschlossen; [die] meinen, auf diese Weise sinnvoll für ihre Heiratsausstattung vorzusorgen.“<sup>12)</sup>

Was folgt aus diesen Überlegungen für die Kreditnehmer? Sie zeigen, dass die Szenarien, die einen Ausstieg von der Finanzierungsvereinbarung ermöglich(t) en, indem man an der inhaltlichen Missbilligung des Fremdwährungskredits anknüpft, immer weniger werden.

### 1.3. Die Idee eines „Durchgriffs“ auf den Kredit

Der vorliegende Beitrag untersucht die in der Lehre vorgebrachte Idee eines anderen, neuen *Exit-Szenarios des Kreditnehmers*, das einen Umweg über den Tilgungsträger nimmt.<sup>13)</sup> Auf Basis einer Entscheidung des EuGH hat der OGH – vereinfacht gesagt – ausgesprochen, dass sich der Kunde bei unzureichender Belehrung über sein Rücktrittsrecht nach wie vor von der Lebensversicherung lösen kann (zu all dem unten 2.).

Der dadurch bewirkte Wegfall der Lebensversicherung soll dem Kunden nach einer in der Lehre vertretenen Auffassung die Möglichkeit geben, auf den „wirtschaftlich verbundenen“ Kreditvertrag „durchzugreifen“, ihn also zu beseitigen (3.3. und 3.4.). Ziel ist damit

nicht der Wegfall des Immobiliengeschäftes (Kaufvertrag über das Eigenheim), sondern die Beseitigung des unliebsamen Kreditvertrags. Wirtschaftlich geht es natürlich vor allem um die *Beseitigung des Fremdwährungsrisikos*, nur eben auf Basis des Umwegs über den Wegfall der Lebensversicherung.

Rechtlich setzt der Durchgriff nicht an einem Beratungsfehler an. Da das fragile Rücktrittsrecht aus der Lebensversicherung voraussetzungslos zusteht und sich die Aufhebung des Kreditvertrags (nur) aus der wirtschaftlichen Verbindung ergeben soll, wird ein Durchgriff auch nicht mit einem Mangel des Kreditvertrags begründet.

### 1.4. Gang der Untersuchung

Damit ist das Feld für die vorliegende Untersuchung abgesteckt: So wie die Argumentation der Erfinder des „Durchgriffs“ muss auch dieser Beitrag einige Umwege nehmen, um zur eigentlichen Frage zu kommen: Zunächst ist kurz auf den aktuellen Stand beim Thema des Rücktritts von der Lebensversicherung einzugehen (2.).

In einem nächsten Schritt ist das Problem des Durchgriffs auf den Kreditvertrag zu untersuchen. Dabei wird nicht nur auf die eigentlich entscheidende Frage eingegangen, ob sich der Kreditnehmer nach einem Rücktritt von der Lebensversicherung auch vom Kredit lösen kann (3.3. und 3.4.). Vielmehr ist als – ebenso wichtige – Vorfrage zu klären, ob ein Durchgriff den Kreditnehmer überhaupt vom Fremdwährungsrisiko befreien könnte (3.2.).

## 2. Rücktritt vom Lebensversicherungsvertrag

### 2.1. Status quo

Nach europarechtlichen Vorgaben<sup>14)</sup>, die Österreich in § 165a VersVG umgesetzt hat, müssen Kunden einer Lebensversicherung über ein *voraussetzungs-*

*loses Rücktrittsrecht* verfügen, das zwischen 14 und 30 Tagen ab dem Zeitpunkt betragen kann, zu dem sie vom Vertragsabschluss in Kenntnis gesetzt wurden.

Im Jahr 2013 hat der EuGH in der Rs *Endress/Allianz*<sup>15)</sup> ausgesprochen, dass es der europäischen Vorgabe widerspricht, wenn das Rücktrittsrecht erlischt, bevor der Kunde darüber belehrt worden ist.<sup>16)</sup> Kam es zu keiner Belehrung, ist ein Rücktritt nach der durch den EuGH konkretisierten europarechtlichen Vorgabe daher auch viel später möglich.

Die *österreichische Gesetzeslage* stimmt mit dieser Vorgabe nicht überein: Bis zu einer Änderung des § 165a VersVG im Jahr 2012<sup>17)</sup> war eine Belehrung des Kunden über sein Rücktrittsrecht nämlich zwar verpflichtend<sup>18)</sup>, aber keine Voraussetzung für das Ablaufen der Frist. Nur bei Nichtbekanntgabe der Anschrift des Versicherers war der Beginn des Fristenlaufs gehemmt, bis dem Versicherungsnehmer die Anschrift bekannt wurde (§ 165a Abs 2 VersVG). Dies motivierte nicht gerade zur umfassenden Belehrung.

Die Gesetzeslage bereitete zudem den Boden für *fehlerhafte Belehrungen* auf. § 165a VersVG wurde seit 1994 nämlich mehrfach novelliert; unter anderem wurde die Rücktrittsfrist im Jahr 2004 von zwei Wochen auf 30 Tage verlängert.<sup>19)</sup> Die in Österreich tätigen Versicherer dürften ihre Belehrungen aber teils verspätet auf die jeweils neue Rechtslage umgestellt haben.

In seinem Urteil aus dem Jahr 2015 trifft der *OGH*<sup>20)</sup> zwei Kernaussagen, die in ihrer Kombination dazu führen, dass sich *viele Lebensversicherungsnehmer immer noch aus Altverträgen lösen können*. *Erstens* sei die fehlerhafte Belehrung durch den Versicherer (zB über eine zu kurze Rücktrittsfrist) der gänzlich fehlenden gleichzuhalten.<sup>21)</sup> *Zweitens* sei § 165a Abs 2 VersVG richtlinienkonform auszuulegen, sodass dem Kunden bei fehlerhafter Belehrung durch den Versicherer ein unbefristetes Rücktrittsrecht zustehe.<sup>22)</sup>

Das Urteil des OGH wurde in der *Literatur* teils kritisch aufgenommen.<sup>23)</sup>

9) Vgl *Limberg*, *ecolex* 2009, 752, 753 f.  
 10) *Kolba* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG<sup>4</sup> § 27 Rz 5a; *Klauser*, VbR 2017, 104.  
 11) 1 Ob 190/16x, VbR 2017/68 (*Klauser*). So bereits *Graf*, ÖBA 2016, 497.  
 12) EBRV 744 BlgNR 14. GP 36.  
 13) *Klauser/Strohmayr*, VbR 2016, 177; *Nemeth* in *Leupold*, *Forum Verbraucherrecht* 2017, 19.  
 14) Nummehr Art 186 Abs 1 Solvency II-RL 2009/138/EG.  
 15) EuGH C-209/12 (*Endress/Allianz*) Rn 19 ff, insb 26, 32. Zum Urteil und seinen Auswirkungen auf das österreichische Recht *Caks*, ÖBA 2014, 670; *Leupold*, VbR 2014, 151, 155; *Schwintowski*, VbR 2014, 180; vgl nun umfassend *Rebhahn*, *Der prolongierte Rücktritt in der Lebens-*

*versicherung*; weiters *Fenyves*, VR 2017 H 7–8, 29, 34 ff.  
 16) Hintergrund war der (mittlerweile geänderte) deutsche § 5a VVG, nach dem das Widerspruchsrecht – unabhängig von einer Belehrung – jedenfalls „ein Jahr nach Zahlung der ersten Prämie“ erlosch; vgl zur deutschen Rechtslage *Loacker/Perner* in *Looschelders/Pohlmann*, VVG<sup>3</sup> Einl C. Europäisches Versicherungsvertragsrecht, Rn 38 ff, 43, 46.  
 17) BGBI I 34/2012.  
 18) § 9a Abs 1 Z 6 VAG aF. Dies dürfte *Schwintowski*, VbR 2014, 180, insb 183 übersehen.  
 19) Siehe den Überblick bei *Riedler*, *Lebensversicherung: „Unbefristetes“ Rücktrittsrecht bei unzureichender Belehrung?*

14 ff; instruktive Einbettung in das Normenumfeld bei *Fenyves*, VR 2017 H 7–8, 29, 29 ff; *Schauer*, VR 2017 H 1–2, 33, 36 ff.  
 20) 7 Ob 107/15h.  
 21) 7 Ob 107/15h, Punkt 2.3.  
 22) 7 Ob 107/15h, Punkt 2.5.  
 23) Kritisch etwa *Fenyves*, VR 2017 H 7–8, 29, 40 ff; *Fill*, VR 2016 H 3, 38, 39 ff; *Rebhahn*, *Der prolongierte Rücktritt in der Lebensversicherung*, insb 26, der von einer „Überinterpretation“ des *Endress-Urteils* durch den OGH spricht; *Schauer*, VR 2017 H 1–2, 33, 41 ff. (Nur) zur Begründung krit *Ramharter*, VbR 2017, 8, 10 ff.

worauf an dieser Stelle aber nicht einzugehen ist.<sup>24)</sup> Für die Zwecke der hier relevanten Fragestellung ist die durch das Judikat des OGH geprägte Rechtslage vielmehr als Prämisse hinzunehmen, auf der die Untersuchung des Durchgriffs aufbaut.

Die dargestellten Rahmenbedingungen wären freilich beinahe durch den Gesetzgeber selbst entscheidend geändert worden: Ein knapp vor der Nationalratswahl 2017 eingebrachter Gesetzesantrag<sup>25)</sup> enthielt einen § 191c Abs 19 Z 1 VersVG, nach dem das Rücktrittsrecht – auch bei Altverträgen (!) – spätestens einen Monat, „nachdem der Vertrag von beiden Seiten vollständig erfüllt wurde“, erloschen wäre. Damit hätte man den Rücktritt für zahlreiche Altfälle im Nachhinein versperrt. Der Antrag wurde nach Protesten seitens des Verbraucherschutzes jedoch von der Tagesordnung abgesetzt, sodass der Rücktritt von der Lebensversicherung bei unzureichender oder fehlender Belehrung vom Rücktrittsrecht wohl auch weiterhin möglich sein wird.<sup>26)</sup>

## 2.2. Rücktrittsrecht bei Verwendung als Tilgungsträger?

Kann der Kunde – bei fehlerhafter Belehrung – auch von Lebensversicherungen zurücktreten, die als Tilgungsträger eines Fremdwährungskredits eingesetzt wurden? Auf den ersten Blick könnte irritieren, dass dieses Problem überhaupt diskutiert wird: Die Lebensversicherung ist isoliert betrachtet eine wie jede andere, sodass einem Rücktritt doch nichts im Wege stehen dürfte. Tatsächlich wurde aber gefragt,<sup>27)</sup> ob sich der Kunde des Rücktrittsrechts gegenüber dem Versicherer begibt oder die Bank einem solchen Rücktritt zumindest zustimmen muss, weil der Anspruch aus der Lebensversicherung der Bank als Sicherheit diene.

Anlass dafür war eine Entscheidung des BGH, in der dieser den Rücktritt eines Kunden nicht zuließ, weil dieser „durch sein Verhalten im Zusammenhang mit dem zweimaligen Einsatz des

Versicherungsvertrages zur Sicherung eines Kredits bei dem Versicherer den Eindruck erweckt hat, den Vertrag unbedingt fortsetzen zu wollen.“<sup>28)</sup> Abgesehen davon, dass danach eine Entscheidung desselben Zivilsenats ergangen ist,<sup>29)</sup> die das Gegenteil begründet,<sup>30)</sup> bleibt für einen *schlüssigen Verzicht gegenüber dem Versicherer schlicht kein Raum*.<sup>31)</sup> Wieso sollte sich der Kunde durch Einsatz seiner Lebensversicherung als Sicherungsmittel eines Rücktrittsrechts begeben, von dem er nichts weiß oder über das er nicht richtig aufgeklärt wurde?

Eine andere Frage ist, ob der Versicherungsnehmer sein *Rücktrittsrecht mit verpfändet oder abgetreten* hat.<sup>32)</sup> Selbst wenn man davon ausgeht, dass Rücktrittsrechte rechtsgeschäftlich übertragen werden *können*,<sup>33)</sup> sprechen – mangels ausdrücklicher Vereinbarung – kaum Gründe dafür, dass sie tatsächlich – schlüssig (§ 863 ABGB) und damit zweifelsfrei! – übertragen wurden. Dass der Kreditgeber in diesen Fällen schutzlos stünde, trifft nämlich in den konkreten Fällen nicht zu. In der Praxis waren offenbar ohnehin Gestaltungen üblich, in denen sich die Sicherheit auf die Leistung des Versicherers bei Rückkauf erstreckte,<sup>34)</sup> wovon dieser auch verständigt wurde. Ergänzend (§ 914 ABGB) ist wohl davon auszugehen, dass dann auch die Ansprüche aus der Rückabwicklung umfasst sein sollen – *alles, was aus dieser Lebensversicherung aus welchem Rechtsgrund immer ausbezahlt werden muss*.

Die Lösung ist sachgerecht: Der Kunde kann sein Rücktrittsrecht weiterhin geltend machen, der dadurch entstehende Bereicherungsanspruch dient dem Kreditgeber als Sicherheit.<sup>35)</sup> Selbst wenn man davon ausgeht, dass der Anspruch nach Rücktritt nicht von der Sicherungsabrede umfasst wäre, ist der Kreditgeber nicht (völlig) schutzlos. Zwar handelt es sich um keinen gesetzlich anerkannten Fall der Pfandrechtswandlung<sup>36),37)</sup> allerdings ist davon auszugehen, dass der Kreditgeber immerhin einen gewährleistungsrecht-

lichen Anspruch nach § 458 ABGB hat, für den die nach der Rückabwicklung ausbezahlte Summe zur Verfügung steht.

Für das vorliegende Problem ist festzuhalten: Die Verwendung der Lebensversicherung als Sicherheit des Kreditgebers hindert den Versicherungsnehmer schon allein deshalb nicht am Rücktritt von der Lebensversicherung, weil die Bank weiterhin gesichert ist. Damit stellt sich die eigentlich entscheidende und in der Folge zu klärende Frage: *Welche Folgen hat der Rücktritt von der Lebensversicherung für den Fremdwährungskredit?*

## 3. „Durchgriff“ auf den Fremdwährungskredit?

### 3.1. Grundlagen

Dass sich der Kunde nach einem Rücktritt von der Lebensversicherung ohne weitere inhaltliche Voraussetzungen auch vom Fremdwährungskredit befreien kann, wurde in der Literatur mit einer Analogie zu den Vorschriften über den *Einwendungsdurchgriff* begründet.<sup>38)</sup> Ob die Voraussetzungen für einen solchen „Durchgriff“ gegeben sind, wird in weiterer Folge geprüft, wobei nicht nur auf das Institut des Einwendungsdurchgriffs eingegangen wird (3.3.), sondern auch auf die Geschäftsgrundlage (3.4.).

Ob der Kreditnehmer von einem „Durchgriff“ auf den Fremdwährungskredit in der gewünschten Weise profitiert, hängt aber entscheidend davon ab, ob er das Fremdwährungsrisiko (Kurs- und Zinsrisiko) wieder abstreifen kann. Das ist ja der Grund dafür, dass er sich von der Vereinbarung lösen möchte. Die Frage nach den bereicherungsrechtlichen *Rechtsfolgen des Rücktritts vom Fremdwährungskredit* wird daher als Vorfrage zu lösen sein (3.2.), obwohl sie einen wirksamen Durchgriff natürlich voraussetzt. Bleibt der Kreditnehmer nämlich auf dem Fremdwährungsrisiko „sitzen“, stellt sich die Frage nach dem Durchgriff in einem ganz anderen Licht.

24) Zur Frage nach den Rechtsfolgen eines Rücktritts siehe noch unten 3.4.

25) Antrag 2319/A vom 20.9.2017.

26) Jüngst wurde ein „Rahmenvergleich“ zwischen Versicherungswirtschaft und VKI geschlossen (<https://verbraucherrecht.at/cms/index.php?id=2450>). Aus dieser Vereinbarung, mit der man sich auf Beträge geeinigt hat, die den Teilnehmern der Sammelaktion „Rücktritt bei Lebensversicherungen“ des VKI zustehen sollen, dürfte sich für die vorliegende Frage nichts ableiten lassen.

27) Siehe *Klauser/Strohmayr*, VbR 2016, 177, 177 f.

28) BGH IV ZR 130/15.

29) BGH IV ZR 334/15, Tz 15 f.

30) Zutreffend *Klauser/Strohmayr*, VbR

2016, 177.

31) *Nemeth* in Leupold, Forum Verbraucherrecht 2017, 19, 24.

32) Zu den Gründen für eine Vinkulierung, bei der die Rechtslage in den hier interessierenden Fragen gleich ist, siehe *Perner*, ÖBA 2009, 149.

33) So *P. Bydlinski*, Übertragung von Gestaltungsrechten 146 f, 196 ff. AA *Krieger*, *ecolex* 2009, 212, 213 f; *Nemeth* in Leupold, Forum Verbraucherrecht 2017, 19, 26 f.

34) Vgl etwa den Sachverhalt in 7 Ob 228/07s, ÖBA 2009/1529 (*Perner*).

35) Der Kunde kann freilich auf Basis der Sicherungsvereinbarung dazu verpflichtet sein, einen anderen Tilgungsträger zu beschaffen, in den er einzahlen muss

und den er der Bank als Sicherheit zur Verfügung stellt.

36) Dazu etwa *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 457 Rz 11.

37) So auch *Klauser/Strohmayr*, VbR 2016, 177, 178, die dann allerdings doch zur Pfandrechtswandlung gelangen, weil ein ersatzloser Wegfall der Sicherheit „unbillig“ wäre.

38) *Klauser/Strohmayr*, VbR 2016, 177, insb 178 ff; *Nemeth* in Leupold, Forum Verbraucherrecht 2017, 19, 31 spricht von einem „steinigen“ Weg. Der OGH musste sich noch nicht mit der Frage nach dem Durchgriff auf den Fremdwährungskredit beschäftigen.

## 3.2. Vorfrage: Folgen des Rücktritts vom Fremdwährungskredit

### 3.2.1. Einleitung

Wie läuft die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung des Fremdwährungskredits nun also ab? Man könnte sich nun mit einem Verweis auf die – zweifellos zur Anwendung kommenden – allgemeinen bereicherungsrechtlichen Regeln begnügen. Dies tun auch *Klauser/Strohmayer*<sup>39)</sup>, die das Problem knapp ansprechen und die Auffassung vertreten, dass „grundsätzlich der Wertersatz für das Erlangte, der sich am verschafften Nutzen orientiert“, zu leisten sei.<sup>40)</sup> Der Kreditnehmer, der Euro erhalten habe, habe Euro herauszugeben, das sei sein Nutzen. Das Fremdwährungsrisiko treffe in diesen Fällen somit den Kreditgeber.

Diese Aussagen sind nicht falsch, die Stellungnahme ist allerdings etwas verkürzend und dürfte insofern den Blick auf das eigentliche Problem verstellen. Dass der Kreditnehmer, der Euro erhalten hat, diese herauszugeben hat, liegt zwar nahe, weil grundsätzlich die eingetretene Bereicherung zu ersetzen ist. Die entscheidende Vorfrage ist allerdings, ob der Kunde Euro erhalten hat. Dafür ist zu überprüfen, was Inhalt des Fremdwährungskredits wurde.

### 3.2.2. Schuldinhalt beim Fremdwährungskredit

Tatsächlich ist beim Fremdwährungskredit eine Konstruktion denkbar, in der dem Kreditnehmer Euro zugezählt werden. Die Fremdwährung ist dann bloß der Parameter, der für die Rückzahlungspflichten des Kreditnehmers während des laufenden Kredits (Zinsen) und bei Eintritt der Endfälligkeit (Kapital) maßgebend ist.<sup>41)</sup> Es liegt dann eine *unechte Fremdwährungsschuld* vor. Der Kredit-

nehmer schuldet Euro, die Höhe des zu zahlenden Betrags ist aber an den jeweils relevanten Umrechnungskurs geknüpft. Für die hier relevanten Vereinbarungen galt mit § 905 Abs 1 S 2 ABGB aF<sup>42)</sup> eine in diese Richtung weisende Zweifelsregel<sup>43)</sup>, wonach sich die Währung nach dem Erfüllungsort richtete. Lag eine solche Konstruktion vor, so wurden dem Kreditnehmer also tatsächlich Euro zugezählt.

Der – von *Klauser/Strohmayer*<sup>44)</sup> in dieser Deutlichkeit nicht angesprochene – Punkt ist nur: In der Praxis dürfte diese Konstruktion nicht üblich gewesen sein.<sup>45)</sup> In den Vereinbarungen mit den Kreditnehmern wurde nämlich offenbar idR von der Zweifelsregel abgewichen und eine *echte Fremdwährungsschuld* (vgl § 907b ABGB) vereinbart.<sup>46)</sup> Dem Kunden wurden also nicht Euro zugezählt, sondern Fremdwährung; mit dem zugezählten Betrag erwarb der Kreditnehmer anschließend Euro. Den Kunden trifft in diesem Fall auch die Pflicht, den Kredit in der Fremdwährung zurückzuzahlen. Er muss die dafür benötigten Devisen – zum aktuellen Kurs im Endfälligkeitszeitpunkt – ankaufen.

Als Beleg für diese – meist wohl einzelvertraglich vereinbarte – Praxis lässt sich außerdem *Z 75 Satz 1 ABB* anführen,<sup>47)</sup> nach der der Kreditnehmer den Kreditbetrag in ausländischer Währung zurückzuzahlen hat (effektive Fremdwährungsschuld).<sup>48)</sup> Damit wird die Ersetzungsbefugnis des § 907b Abs 1 ABGB abbedungen, wonach der Schuldner einer echten Fremdwährungsschuld statt der Fremdwährung auch Euro leisten kann, wobei sich die Umrechnung nach dem Zeitpunkt der Fälligkeit bemisst (Abs 2).<sup>49)</sup> Die effektive ist also ein besonderer Fall der echten Fremdwährungsschuld;<sup>50)</sup> geschuldet wird Fremdwährung.

### 3.2.3. Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung

Welche Folgen ergeben sich nun aus der Einordnung des Fremdwährungskredits als echte oder unechte Fremdwährungsschuld für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung? Anzuknüpfen ist daran, dass nach § 1435 ABGB primär *Rückgabe des Geleisteten* als „*contrarius actus*“ geschuldet wird.<sup>51)</sup> Hat der Kreditnehmer einen bestimmten Betrag in Euro erhalten, so ist dieser zurückzustellen,<sup>52)</sup> wurde Fremdwährung zugezählt, so hat er den Betrag in Fremdwährung zurückzugeben.<sup>53)</sup>

Wie sind zwischenzeitliche Kursgewinne und Kursverluste aber zu berücksichtigen? Man könnte auf den ersten Blick meinen, dass sich hinter dieser Frage ein sehr allgemeines Problem des Bereicherungsrechts verbirgt: Wie werden Chance und Risiko zufälliger Wertveränderungen der zurückzustellenden Sache verteilt?<sup>54)</sup>

Tatsächlich ist die Antwort auf die Frage allerdings recht einfach, weil der Gesetzgeber sie in § 907b ABGB ausdrücklich gibt. Danach kann die Zahlung bei einer echten Fremdwährungsschuld (bereicherungsrechtliche Rückgabe nach Zuzählung der Fremdwährung) alternativ in inländischer Währung, also Euro, erfolgen (Abs 1 leg cit). Die Umrechnung erfolgt, wie oben (3.2.2.) bereits erwähnt, „nach dem zur Zeit der Zahlung am Zahlungsort maßgeblichen Kurswert“ (Abs 2 leg cit). Diese Bestimmung ist nicht nur auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbar, sondern sie kommt auch bei gesetzlichen Schuldverhältnissen – also in unserem Fall – zur Anwendung (§ 1420 ABGB).

Mit dem Verweis auf den Zahlungszeitpunkt stellt das Gesetz inhaltlich auf die *Fälligkeit* ab (vgl § 907b Abs 2 Satz 2 ABGB).<sup>55)</sup> Die Fälligkeit des Bereiche-

39) VbR 2016, 177, 180 f. So auch *Nemeth* in Leupold, Forum Verbraucherrecht 2017, 19, 30 f.

40) An der genannten Stelle findet sich außerdem der – in der Folge nicht mehr ausgeführte – Hinweis, dass die Rsp mitunter eine Minderung des Rückzahlungsbetrags zulasse, wenn der Schuldner schutzwürdig erscheine.

41) Vgl etwa *Dullinger* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 907b Rz 2.

42) Entfallen durch das Zahlungsverzugsgesetz, BGBl I 50/2013.

43) *Binder/Kolmasch* in Schwimann/Kodek, ABGB IV<sup>4</sup> § 907b Rz 2.

44) VbR 2016, 177, 180 f. *Nemeth* in Leupold, Forum Verbraucherrecht 2017, 19, 30 spricht vom Euro-Betrag, „der auch ausbezahlt wurde.“

45) AA *Schopper*, VbR 2014, 40, 40 f, wo allerdings echte und effektive Fremdwäh-

rungsschulden mE nicht ausreichend auseinandergehalten werden (vgl bei Fn 7).

46) Vgl auch die Definition des Fremdwährungskredits in § 2 Abs 12 VKrG, die also solche freilich nur eine Indizwirkung hat: „Fremdwährungskredit ist ein Kredit, der dem Verbraucher ganz oder teilweise in einer anderen Währung als in Euro gewährt wird.“

47) So auch *Bollenberger* in KBB, ABGB<sup>4</sup> § 907b Rz 9; *Dullinger* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 907b Rz 5. Zur Kontrolle von Fremdwährungsklauseln in Kreditverträgen aber jüngst EuGH C-186/16 (*Andrić*) Rn 42 ff.

48) Siehe *Bollenberger* in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht IV<sup>2</sup> Rz 1/119.

49) Siehe *Binder/Kolmasch* in Schwimann/Kodek, ABGB IV<sup>4</sup> § 907b Rz 8.

50) *Binder/Kolmasch* in Schwimann/Kodek, ABGB IV<sup>4</sup> § 907b Rz 8.

51) Vgl statt aller *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht<sup>5</sup> 385 f.

52) So auch *Klauser/Strohmayer*, VbR 2016, 177, 181.

53) Da der Kreditnehmer *in concreto* ein Interesse hat, so rasch wie möglich aus dem Vertrag auszusteigen und die Auflösung nicht mit einem Fehlverhalten des Kreditgebers, sondern mit einem „reinen Durchgriff“ begründet wird, stellt sich die Frage nicht, ob der Verbraucher die vertraglich vereinbarten Rückzahlungstermine in Anspruch nehmen kann; vgl dazu *Pesek*, Verbrauchercreditvertrag 95 ff, 165 ff.

54) Vgl aus jüngerer Zeit grundlegend *Radler*, Kondiktion auf Sachen von volatilem Wert, insb 33 ff, 41 ff, 56 ff.

55) Siehe bereits *Mayrhofer*, Schuldrecht AT<sup>3</sup> 50.

rungsanspruchs richtet sich wiederum nach § 904.<sup>56)</sup> Der Bereicherungsanspruch wird also nicht mit dem Empfang der Leistung fällig, sondern erst mit seiner Geltendmachung (Rücktritt).<sup>57)</sup>

Damit ist das *Risiko (auch) beim echten Fremdwährungskredit eindeutig verteilt*: Der Kreditnehmer muss dem Kreditgeber den zugezählten Betrag der Fremdwährung zurückgeben (zu Zinsen siehe gleich). Alternativ kann er sich für die Leistung in Euro entscheiden, (auch) dann trägt er allerdings das Kursrisiko, weil die Umrechnung zum Fälligkeitszeitpunkt erfolgt. Nur wenn es sich um einen *unechten Fremdwährungskredit* handelte, schuldet der Kreditnehmer nach einer Auflösung des Kreditvertrags den Betrag der zugezählten Euro; hier ist die Verteilung von Risiken und Chancen also auch eindeutig, sie geht aber in die entgegengesetzte Richtung.

Auf den ersten Blick könnte es irritieren, dass echte und unechte Fremdwährungsschuld sich bei der Rückabwicklung des Kredits unterscheiden, während die Situation bei der Abwicklung des Kreditvertrages weitgehend parallel läuft. Das sollte aber nicht überraschen, denn nur für die *Vertragsabwicklung* ist die insofern parallele *vertragliche* Zuweisung maßgebend. Nur wenn man davon ausgeht, dass dem Kreditnehmer auch bei der echten Fremdwährungsschuld aus seiner Sicht „in Wirklichkeit“ ein Euro-Betrag zur Verfügung gestellt wurde, käme man bereicherungsrechtlich zu einem anderen Ergebnis. Dies würde die rechtsgeschäftliche Vertrauenstheorie in den Fällen, in denen eine Zuzahlung in fremder Währung explizit erfolgte, doch überspannen – abgesehen davon, dass man von der Bezugnahme auf die Fremdwährung profitieren wollte (Kursgewinne und Zinsprofite), so dass ein nachträgliches „Rosinenpicken“ (je nach Kursentwicklung) sehr begründungsbedürftig erschiene.<sup>58)</sup> Man kommt eben nicht umhin, dass die Zuzahlung in jeweils verschiedener Währung (Euro, Fremdwährung) erfolgte. Das Ergebnis

ist in Wahrheit auch sachgerecht, denn Kreditgeber und Kreditnehmer teilen sich in beiden Fällen Risiko und Chance – nur eben jeweils in die entgegengesetzte Richtung.

Die bisherigen Ausführungen betreffen die Rückgabe des Kapitals. Unbestritten ist, dass der Empfänger einer Geldleistung nicht nur das Kapital herauszugeben, sondern auch den Vorteil der Nutzung des Kapitals durch die *Erstattung von Zinsen* abzugelten hat.<sup>59)</sup> Hier ist unproblematisch eine Berechnung der Zinsen in Euro vorzunehmen, fraglich ist nur ihre Höhe. Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass eine *widerlegliche Vermutung* besteht, wonach der Schuldner in Höhe der gesetzlichen Zinsen von 4% (§ 1000 ABGB) ab Empfang der Leistung bereichert ist.<sup>60)</sup> Der Leistungsempfänger kann nach dieser Auffassung also darlegen, dass er nur eine geringere Verzinsung erlangt hat.<sup>61)</sup> Nach einer anderen, von Teilen der Lehre<sup>62)</sup> und wohl auch in der Judikatur<sup>63)</sup> vertretenen Auffassung handelt es sich hingegen um einen *pauschalierten Anspruch iHv 4%*.

### 3.2.4. Zwischenergebnis

*Zusammenfassend ist also festzuhalten*: Ein allfälliger „Durchgriff“ auf den Kreditvertrag, der zu seiner Beseitigung und damit zur Rückabwicklung führt, ist für den Kreditnehmer meist *nicht so erstrebenswert, wie es auf den ersten Blick scheint*. Das Fremdwährungsrisiko verbleibt nämlich über weite Strecken beim Kreditnehmer.

Gibt es den Durchgriff aber überhaupt? Kann der Versicherungsnehmer nach einem Rücktritt von der Lebensversicherung auch den Fremdwährungskredit auflösen? Diese Frage ist in der Folge zu untersuchen, wobei mit dem in der Literatur als Vehikel vorgeschlagenen Einwendungsdurchgriff zu beginnen ist.

## 3.3. Der Einwendungsdurchgriff

### 3.3.1. Die Grundidee

Wie erwähnt, wird die Auflösbarkeit des Kreditvertrages nach dem Rücktritt

von der Lebensversicherung von *Klauser/Strohmayer*<sup>64)</sup> auf einen „Einwendungsdurchgriff“ gestützt. Die Autoren vertreten im Wesentlichen die Auffassung, dass Lebensversicherung und Fremdwährungskredit „im Paket“ angeboten worden seien und daher in wirtschaftlicher Einheit stünden. In *Analogie zu § 18 KSchG* – der zum Zeitpunkt der hier relevanten Vertragsabschlüsse anwendbaren Vorgängerbestimmung des § 13 VKrG<sup>65)</sup> – könne der Kunde daher frei entscheiden, ob er nach einem Rücktritt von der Lebensversicherung auch den Kreditvertrag auflöse.

Richtig ist, dass § 18 KSchG – so wie § 26c KSchG, der ebenfalls einen Einwendungsdurchgriff anordnete<sup>66)</sup> – seinem Wortlaut nach nicht zur Anwendung kommt. Dies liegt schon daran, dass die genannten Bestimmungen nur dann anwendbar sind, wenn eine Kombination von Kaufvertrag (finanziertes Geschäft, § 16 Abs 2 KSchG aF und § 26c Abs 1 KSchG aF) und Kreditvertrag (Finanzierungsgeschäft) vorliegt. Hat der Verbraucher eine Einwendung gegen den Kaufvertrag, kann er sie – dies nennt man Einwendungsdurchgriff – auch gegen den Kreditvertrag anbringen.

Dass diese Voraussetzungen nicht vorliegen und die genannten Bestimmungen daher ihrem Wortlaut nach nicht anwendbar sind, ist offensichtlich: Weder hat der Kreditnehmer eine Einwendung gegen den Kaufvertrag (über den Erwerb der Immobilie), noch möchte er sich von dieser Vereinbarung lösen. Die Funktion von Finanzierungsgeschäft und finanziertem Geschäft werden vielmehr von *Lebensversicherung* und *Kreditvertrag* übernommen.<sup>67)</sup>

An diesem Punkt lohnt es sich innezuhalten: Sind die §§ 18 und 26c KSchG aF nicht unmittelbar, könnte eine analoge Anwendung in Betracht kommen. Dafür muss der vom Wortlaut nicht gedeckte Sachverhalt aber vom *Normzweck der Bestimmung* erfasst werden. Was ist nun der Gedanke, der in den genannten Bestimmungen – mittlerweile in § 13

56) Vgl *Binder/Kolmasch* in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup> IV § 904 Rz 46; zum Schadenersatzanspruch jüngst *Radler*, JBl 2015, 557, 557 ff (Fälligkeit grundsätzlich mit Einmahnung).

57) 1 Ob 315/97y (verst Sen); so bereits *Graf*, JBl 1990, 350, 359 f. AA *P. Bydlinski*, FS Koziol (2010) 21, 35 ff, 39 f: Fälligkeit ab Empfang der Leistung.

58) Aus dieser Überlegung könnte man sogar umgekehrt versuchen abzuleiten, dass der Bereicherungsschuldner auch beim *unechten Fremdwährungskredit* das Kursrisiko im Rahmen der Rückabwicklung trägt. Dass der Kunde mit dem Rücktrittsrecht zu Lasten des Unternehmers spekulieren kann, wird ja zu Recht kritisch gesehen, vgl *Bollenberger* in FS Nowotny

55, 67 f.

59) *Wilburg* in Klang, ABGB VI<sup>2</sup> 474 f.

60) *F. Bydlinski* in Klang, ABGB<sup>2</sup> IV/2, 524; *Mader* in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup> VI § 1437 Rz 13.

61) So auch *Klauser/Strohmayer*, VbR 2016, 177, 181.

62) *P. Bydlinski*, FS Koziol (2010) 21, 36 f. Vgl auch *Lurger* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 1437 Rz 8.

63) 9 ObA 42/91, SZ 64/47; 4 Ob 84/97z, SZ 70/69; 4 Ob 46/13p, EF-Z 2013, 176 (*Schwarzenegger*). Diesen Befund teilt auch *Nemeth* in Leupold, Forum Verbraucherrecht 2017, 19, 31.

64) VbR 2016, 177, 178 ff. Jüngst auch *Nemeth* in Leupold, Forum Verbraucherrecht 2017, 19, 27 ff.

65) Vgl *Nemeth* in Leupold, Forum Verbraucherrecht 2017, 19, 22.

66) *Mayrhofer/Nemeth* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 26c KSchG Rz 1.

67) In den hier untersuchten Fällen des Immobilienerwerbs ist der Kreditvertrag das finanzierte Geschäft, die Lebensversicherung (Tilgungsträger) das Finanzierungsgeschäft. Es ist allerdings auch denkbar, dass der Kreditvertrag die Funktion des Finanzierungsgeschäftes übernimmt, wenn eine Vermögensanlage finanziert werden soll (drittfinanzierte Spekulation, dazu noch gleich unten). So offenbar generell – also auch für die hier primär interessierenden Fälle – *Nemeth* in Leupold, Forum Verbraucherrecht 2017, 19, 26 f.

VKrG – steckt? Dies ist in der Folge zu untersuchen.

**3.3.2. Lösung auf Basis der Zwecke des Einwendungsdurchgriffs**

Das dem Einwendungsdurchgriff zugrunde liegende Regelungsproblem lässt sich anhand eines sehr einfachen *Beispiels* darstellen:<sup>68)</sup> Der Kunde erwirbt ein Auto beim Händler, wobei er sich die sofortige Kaufpreiszahlung nicht leisten kann. Daher bietet der Händler neben dem Auto auch die Finanzierung durch seine Hausbank an, mit der er ständig für solche Finanzierungen zusammenarbeitet. Kauf- und Kreditvertrag werden abgeschlossen, die Valuta direkt dem Verkäufer ausbezahlt und das Auto übergeben.

Ist das Auto mangelhaft, könnte der Käufer der Bank die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages (§ 1052 ABGB p.a.) nun grundsätzlich natürlich nicht entgegenhalten. Eine Einrede aus dem *Kaufvertrag* ist ja keine taugliche Begründung dafür, den *Kredit* nicht zurückzahlen. Die Konstruktion ist aber insgesamt für den Käufer nachteilig, wenn man sie mit dem zweipersonalen Ratenkauf vergleicht: Hätte nicht die Bank, sondern der Verkäufer nämlich kreditiert, dann hätte der Erwerber seine Einwendung natürlich anbringen können und bis zur Beseitigung des Mangels nicht zahlen müssen.

An diesem Punkt setzen die §§ 18 und 26c KSchG – und nunmehr § 13 VKrG – an, die den Erwerber vor dem *Aufspaltungsrisiko* schützen: Hätte der Käufer *einen Vertrag* (Ratenkauf) abgeschlossen, hätte er seine Einwendungen anbringen und die Zahlungen einstellen können. Da er *zwei Verträge* (Kaufvertrag, Kredit) abschließen musste, muss er den Kredit bedienen, auch wenn und solange der Mangel nicht behoben ist. Da der Verkäufer Auto und Finanzierung „im Paket“ angeboten hat, erscheint die Aufspaltung nicht sachgerecht.

Der Verkäufer soll also zusammengefasst keinen Vorteil daraus haben, dass

er aus einem Vertrag zwei macht und damit die *Rechtsposition des Erwerbers durch Aufspaltung verschlechtert* wird. Der Erwerber kann daher gegenüber dem Kreditgeber alle Einwendungen geltend machen, die er auch gegenüber dem Verkäufer hatte.

Hält man sich diesen – unbestrittenen<sup>69)</sup> – Normzweck vor Augen, wird klar, wieso eine *analoge Anwendung* diskutiert (und teilweise bejaht) wurde, wenn etwa die Betragsgrenzen des § 16 KSchG aF überschritten wurden, das finanzierte Geschäft ein Werkvertrag war oder wenn ein beidseitig unternehmerisches Geschäft abgeschlossen wurde<sup>70)</sup>: Das Aufspaltungsrisiko, das Grund für den Durchgriff ist, lag auch in diesen Fällen – unabhängig vom Betrag, dem Vertragstyp des finanzierten Geschäftes oder der Verbrauchereigenschaft des Kunden – grundsätzlich vor.<sup>71)</sup>

*Worin sollte aber in der vorliegenden Situation ein Aufspaltungsrisiko bestehen?* Abgesehen davon, dass der Vertragsabschluss durch eine Person gar nicht möglich ist, weil Versicherungsgeschäfte von Versicherern betrieben werden und Kreditverträge von Kreditinstituten vergeben werden: Es liegen von vornherein schlicht zwei Verträge vor, nämlich ein Veranlagungsgeschäft (Lebensversicherung) und ein Kreditvertrag. Dass hier ein Vertrag „künstlich“ zum Nachteil des Kunden „getrennt“ wird, kann natürlich nicht ernsthaft behauptet werden.

Auch *wirtschaftlich betrachtet* ist nicht zu erkennen, worin das Aufspaltungsrisiko besteht: Die Lebensversicherung wurde – wie dargelegt – abgeschlossen, um die Tilgung des Kredits bei dessen Endfälligkeit zu ermöglichen oder zumindest zu erleichtern. Abgesehen davon, dass der Kreditnehmer ja nicht gezwungen ist, sich aus dieser Veranlagung zu lösen, sondern der Rücktritt ihm nur eine weitere Handlungsoption gibt: Tritt er von der Lebensversicherung zurück, erhält er die eingezahlten Prämien zu-

rück, die er für die Tilgung des Kredits verwenden kann (siehe noch 3.4.). Von einem Aufspaltungsrisiko kann keine Rede sein.<sup>72)</sup> Kann er den Kredit damit aber nicht zurückzahlen, weil er eine bessere Performance erwartet hatte, kann dies wiederum kein Grund sein, um sich auf Basis des Einwendungsdurchgriffs (!) vom Kreditvertrag zu lösen.<sup>73)</sup>

Dass es sich um zwei Verträge handelt, die „im Paket“ angeboten wurden, mag also zutreffen, hat aber für sich genommen nichts mit einer Aufspaltung und daher auch nichts mit einem Einwendungsdurchgriff im Lichte der §§ 18, 26c KSchG aF (§ 13 VKrG) zu tun (zur rechtlichen Bedeutung einer Verknüpfung noch 3.4.). Dass die wirtschaftliche Einheit (der verbundene Vertrag) für den Durchgriff schon ganz grundsätzlich ausreicht,<sup>74)</sup> ist also ein Missverständnis, das ihre Stellung im System der §§ 18 und 26c KSchG aF (§ 13 VKrG) verkennt: Die wirtschaftliche Einheit ist natürlich *stets* Voraussetzung für den Durchgriff – nimmt der Käufer bei *seiner* Hausbank einen Kredit auf und erwirbt er das Auto mit der Valuta beim Händler, gibt es selbstverständlich keinen Durchgriff. Die wirtschaftliche Einheit reicht aber allein *niemals* aus – zu einem Durchgriff kommt es nur, um das Aufspaltungsrisiko zu beseitigen.

Als *Zwischenergebnis* der Untersuchung zum Einwendungsdurchgriff ist damit festzuhalten: Der Kreditnehmer kann nach einem Rücktritt von der Lebensversicherung nicht auf den Kreditvertrag „durchgreifen“, die §§ 18 und 26c KSchG sind insofern nicht analogiefähig.

**3.4. „Durchgriff“ wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage**

Der Kreditnehmer kann sich also nicht unter Rückgriff auf den Einwendungsdurchgriff aus dem Kreditvertrag befreien. Damit bleibt aber noch ein Punkt offen, der einen Kern der Argumentation von *Klauser/Strohmayer* bildet:<sup>75)</sup> Die Verträge (Kredit, Lebensversicherung)

68) Vgl dazu *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht 669 ff.

69) Vgl nur *Mayrhofer/Nemeth* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 18 KSchG Rz 8. Abschwächend (ohne Erwähnung der eigenen früheren Stellungnahme) *Nemeth* in Leupold, Forum Verbraucherrecht 2017, 19, 28, die vorbringt, dass das Aufspaltungsrisiko „so im Wortlaut des § 18 KSchG aF nicht vorkommt“. Dies sollte freilich kaum verwundern, wenn es um die Ermittlung des *Normzwecks* geht.

70) Siehe nur *Mayrhofer/Nemeth* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 18 KSchG Rz 37 ff.

71) Die Analogie wurde dann allenfalls aus anderen Gründen verneint; vgl etwa zum Einwendungsdurchgriff bei beidseitig un-

ternehmerischen Geschäften *Mayrhofer/Nemeth* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 18 KSchG Rz 43; die Analogie zum geltenden Recht bejahend *Haidmayer*, Verbundene Kreditverträge 87 ff.

72) Das unterscheidet die Situation vom umgekehrten Durchgriff nach § 13 Abs 4 VKrG: Tritt der Verbraucher vom Kreditvertrag zurück, kann er auf den verbundenen Kauf- oder Dienstleistungsvertrag durchgreifen, weil er sich diesen nicht mehr leisten kann.

73) Vgl treffend jüngst 4 Ob 37/17w, ÖBA 2017/2372 zum Einwendungsdurchgriff bei drittfinanzierten Spekulationsgeschäften. Zur Diskussion, inwiefern bei drittfinanzierten Vermögensanlagen ein Durchgriff in Betracht kommt, *F. Hoyer*,

Einwendungsdurchgriff 100 ff (zur alten Rechtslage); *Haidmayer*, Verbundene Kreditverträge 70 ff ff (*de lege ferenda* krit zu § 13 Abs 5 VKrG, wonach der Einwendungsdurchgriff nicht möglich ist bei Kreditverträgen, die der Finanzierung des Erwerbs von Finanzinstrumenten dienen); *Wendehorst* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Verbraucherrecht § 13 VKrG Rz 70 ff.

74) Vgl *Klauser/Strohmayer*, VbR 2016, 177, 179 (bei FN 32).

75) *Klauser/Strohmayer*, VbR 2017, 177, 178 ff. So wohl auch *Nemeth* in Leupold, Forum Verbraucherrecht 2017, 19, 29 („gegenseitige Abhängigkeit“ und „einheitlicher Geschäftsvorgang“).

seien im Paket angeboten worden und daher über eine Geschäftsgrundlage miteinander verknüpft. Die genannten Autoren verknüpfen die Begründung zwar mit dem Einwendungsdurchgriff, tatsächlich sind die Argumente aber schärfer zu trennen. Es mag zwar zutreffen, dass eine gewisse Verwandtschaft von Einwendungsdurchgriff und der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage besteht.<sup>76)</sup> Die beiden Institute sind aber – selbstverständlich – auseinanderzuhalten.<sup>77)</sup> Die Möglichkeit der Aufhebung des Kreditvertrages könnte sich also auch aus allgemeinen Erwägungen ergeben, die der Lehre von der Geschäftsgrundlage zugrunde liegen. Eines Rückgriffs auf das „Aufspaltungsrisiko“ bedürfte es dann nicht.

Mit anderen Worten ist zu fragen, ob Lebensversicherung und Kreditvertrag durch eine gemeinsame Geschäftsgrundlage verknüpft sind und ob der Rücktritt von der Lebensversicherung den Kreditnehmer zu einer Beseitigung des Kreditvertrages berechtigt. Dies ist aus den in der Folge dargestellten Gründen zu verneinen.

Die Vertriebsmodelle sind zwar zu verschiedenen, um sie über einen Kamm zu scheren. Es wird aber sicher Fallgestaltungen wie die von den genannten Autoren beschriebenen geben, in denen es eine enge Verknüpfung der Verträge auch aus Anbietersicht gab und man daher durchaus von einer gemeinsamen Geschäftsgrundlage<sup>78)</sup> sprechen könnte.

Dennoch berechtigt der Rücktritt von der Lebensversicherung nicht zur Auflösung des Kreditvertrags. Wie bereits oben beim Einwendungsdurchgriff (3.3.2.) erwähnt, spricht auch bei der Geschäftsgrundlage ein ganz banales – aber deswegen nicht weniger zutreffendes – Argument dagegen: Der Kunde beseitigt die Lebensversicherung freiwillig durch Rücktritt; er könnte den Vertrag alternativ auch weiterlaufen lassen. Wieso sollte die Auflösung des an sich einwandfrei zustande gekommenen Versicherungsvertrags (voraussetzungsloser Rücktritt!), die der Kunde selbst herbeiführt, aber zugleich einen Wegfall der Geschäftsgrundlage des Kreditvertrages bewirken?

Würde man dies anders sehen, könnte man ja auch auf die Idee kommen, dass sich der Kunde nach jeder Auflösung der Versicherung, also auch nach ihrem Rückkauf – der ihm am Schluss der laufenden

Versicherungsperiode offen steht, ohne dass es eines Rücktritts bedürfte<sup>79)</sup> – anschließend vom Kredit lösen kann; auch dann „fällt die Versicherung ja weg“. Eine Idee, auf die zu Recht noch niemand gekommen ist.

Außerdem ist zu bedenken, dass der Kunde nach einem Rücktritt ohnehin die einbezahlten Prämien sowie die gesetzlichen Zinsen erhält und sich bloß eine (geringe) Risikoprämie für den Todfallschutz abziehen lassen muss.<sup>80)</sup> Mit diesem Geld kann er den Kredit bedienen oder (bei entsprechend verbleibender Laufzeit) eine andere geeignete Vermögensanlage als Tilgungsträger beschaffen. Man fragt sich, worin der Wegfall der Geschäftsgrundlage besteht: Dass der Tilgungsträger nicht die erhoffte Performance erreicht? Dafür ist der Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht da.

Einwendungsdurchgriff und Geschäftsgrundlage sind also – was die Argumentation im vorliegenden Fall betrifft – rechtlich sauber zu trennen: Während das entscheidende Argument für einen Einwendungsdurchgriff im Aufspaltungsrisiko bei verbundenen Verträgen (wirtschaftlicher Einheit) liegt, knüpft der Wegfall der Geschäftsgrundlage daran an, dass die eine Vereinbarung (finanziertes Geschäft) ohne die andere (Finanzierungsgeschäft) sinnlos ist. Dass die wirtschaftlichen Argumente, die gegen die Anwendung beider Institute sprechen, einander ähneln, ist kein Zufall: Beide Rechtsinstitute dienen nicht dazu, eine Fehlentscheidung beim Erwerb einer Vermögensanlage zu sanieren.

#### 4. Ergebnisse

1. Nach dem OGH kann der Kunde bei unzureichender Belehrung über sein Rücktrittsrecht „unbefristet“ von der Lebensversicherung zurücktreten. Dieses Recht geht nicht dadurch verloren, dass die Lebensversicherung als Tilgungsträger beim Fremdwährungskredit verwendet und dem Kreditgeber als Sicherungsmittel zur Verfügung gestellt wurde. Der Kreditgeber ist nach einem Rücktritt des Kunden von der Lebensversicherung allerdings weiterhin abgesichert. Die Vereinbarungen sind nämlich idR so auszulegen, dass das Sicherungsrecht auch den bereicherungsrechtlichen

Rückabwicklungsanspruch umfasst (2.2.).

2. Der Einwendungsdurchgriff (§§ 18, 26c KSchG aF; § 13 VKrG) schützt den Kunden vor dem Aufspaltungsrisiko bei verbundenen Verträgen (3.3.): Er soll keinen Nachteil daraus haben, dass aus einem Vertrag zwei gemacht werden und seine Rechtsposition durch die Aufspaltung verschlechtert wird. Werden dem Kunden Fremdwährungskredit und Lebensversicherung „im Paket“ angeboten, liegt kein vergleichbares Risiko vor. Der Kunde kann nach einem Rücktritt von der Lebensversicherung daher nicht auf den Kreditvertrag durchgreifen.
3. Die Möglichkeit der Aufhebung des Kreditvertrages ergibt sich auch nicht aus der Lehre von der Geschäftsgrundlage (3.4.). Zwar sind die Verträge in manchen Fällen eng miteinander verknüpft. Die Voraussetzungen für den Wegfall liegen aber nicht vor, zumal der Versicherungsnehmer die Prämien (und Zinsen) erhält, womit er den Kredit (teilweise) bedienen kann. Dass der erhoffte Profit nicht eingetreten ist, hat wiederum nichts mit der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage zu tun, die keine Fehlentscheidung beim Erwerb einer Vermögensanlage sanieren kann.
4. Selbst wenn man entgegen dieser Auffassung einen „Durchgriff“ des Kunden auf den Kreditvertrag zuließe: Das Fremdwährungsrisiko würde in vielen Fällen dennoch beim Kreditnehmer bleiben, weil dieser im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung idR eine echte Fremdwährungsschuld erfüllen muss (3.2.).

#### Literaturverzeichnis

Apathy / Iro / Koziol (Hrsg.), Österreichisches Bankvertragsrecht, 4. Band<sup>2</sup> (2007)

Bollenberger, Rücktritt vom Haustür-Wertpapierkauf – ein normatives Mikado-spiel, FS Nowotny (2015) 55

Brandstätter, Verjährung bei Fremdwährungskredit, e-colex 2016, 119

P. Bydliński, Die Übertragung von Gestaltungsrechten (1986)

76) F. Bydliński in Klang, ABGB<sup>2</sup> IV/2, 419 ff; vgl dazu F. Hoyer, Einwendungsdurchgriff 31 ff.

77) Siehe Häidmayer, Verbundene Kreditverträge 33 ff.

78) Vgl Fenyves in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 901 Rz 73.

79) Vgl §§ 165, 176 VersVG.

80) So ist der OGH in 7 Ob 107/15h wohl zu verstehen (vgl Fenyves, VR 2017 H 7–8, 29, 41); ebenso Leupold, VbR 2016, 195; Schwintowski, VbR 2014, 180, 183 f. AA Fill, VR 2016 H 3, 38, 40 f; Konwitschka, VbR 2016, 194; Laub/Seifert, VR 2016 H

11, 22, 26 f; Riedler, Lebensversicherung: „Unbefristetes“ Rücktrittsrecht bei unzureichender Belehrung 24 ff; Schauer, VR 2017 H 1–2, 33, 54 ff; nach diesen Autoren erhält der Versicherungsnehmer nach dem Rücktritt nur den Rückkaufswert nach § 176 VersVG.

*P. Bydlinski*, Der Anspruch auf gesetzliche Verzugszinsen, FS Koziol (2010) 21

*Caks*, EuGH: Zeitlich unbegrenzter Rücktritt von Lebensversicherungsverträgen bei mangelhafter Belehrung, ÖBA 2014, 670

*Dullinger*, Bankhaftung für Fehlberatung durch externe Vertriebspartner, JBl 2016, 277

*Fenyves*, Die Grenzen des „ewigen“ Rücktrittsrechts des Versicherungsnehmers in der Lebensversicherung, VR 2017 H 7–8, 29

*Fenyves / Kerschner / Vonkilch* (Hrsg.), Kommentar zum ABGB<sup>3</sup> (ab 2006)

*Fill*, Das „ewige“ Rücktrittsrecht in der Lebensversicherung und dessen Rechtsfolgen – Besprechung von OGH 7 Ob 107/15h, VR 2016 H 3, 38

*Graf*, Zinsen, Bereicherung und Verjährung – Überlegungen aus Anlaß der Entscheidung des OGH 4 Ob 584/87, JBl 1990, 350

*Graf*, Warum § 27 KSchG keine Anwendung auf Fremdwährungskredite finden kann, ÖBA 2016, 497

*Haidmayer*, Verbundene Kreditverträge – Fragestellungen und Lösungsansätze zum drittfinanzierten Geschäft (2013)

*F. Hoyer*, Der Einwendungsdurchgriff beim drittfinanzierten Kauf (1999)

*Karollus / Koziol*, Aufklärungspflichten eines Lebensversicherers gegenüber dem Kunden bei Einsatz der Lebensversicherung als Tilgungsträger für einen Kredit, ÖBA 2006, 263

*Klang* (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, IV. Band, 2. Halbband<sup>2</sup> (1978); VI. Band<sup>2</sup> (1951)

*Klauser*, Anmerkung zu OGH 1 Ob 190/16x, VbR 2017, 104

*Klauser / Strohmayer*, Rücktritt von Lebensversicherungen und Durchgriff auf verbundene Kreditverträge, VbR 2016, 177

*Kletečka / Schauer* (Hrsg.), Online-Kommentar zum ABGB (ab 2010)

*Konwitschka*, § 176 VersVG: Der „echte Wert“ als faire Lösung, VbR 2016, 194

*Kosesnik-Wehrle* (Hrsg.), KSchG – Konsumentenschutzgesetz und Fern- und AuswärtsgeschäfteG<sup>4</sup> (2015)

*Koziol / P. Bydlinski / Bollenberger* (Hrsg.), Kurzkommentar zum ABGB<sup>5</sup> (2017)

*Kriegner*, Kreditbesicherung durch eine Lebensversicherung – Probleme aus Sicht des Versicherungsnehmers, ecolex 2009, 212

*Laub / Seifert*, Spätücktritt in der kapitalbildenden Lebensversicherung, VR 2016 H 11, 22

*Leupold*, Leitfaden Rücktrittsrechte des Versicherungsnehmers, VbR 2014, 151

*Leupold*, § 176 VersVG: (K)ein Nullsummenspiel, VbR 2016, 195

*Limberg*, §§ 26 ff und § 27 – Stiefkinder des KSchG, ecolex 2009, 752

*Looschelders / Pohlmann* (Hrsg.), Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz<sup>3</sup> (2016)

*Mayrhofer*, Schuldrecht Allgemeiner Teil<sup>3</sup> (1986)

*Nemeth*, Rücktritt vom Versicherungsvertrag und Auswirkungen auf „verbundene“ Kreditverträge, in Leupold (Hrsg.), Forum Verbraucherrecht 2017 (2017) 19

*Perner*, Glosse zu OGH 7 Ob 228/07s, ÖBA 2009, 149

*Perner*, Die Haftung des Versicherers für den Pseudomakler, ZFR 2015, 108

*Perner / Spitzer / Kodek*, Bürgerliches Recht<sup>5</sup> (2016)

*Pesek*, Der Verbraucherkreditvertrag (2012)

*Rabl*, Verjährung des Ersatzes von Anlegerschäden bei mehreren Beratungsfehlern, VbR 2016, 36

*Radler*, Kondiktion auf Sachen von volatilem Wert (2014)

*Radler*, Fälligkeit von Schadenersatzansprüchen, JBl 2015, 557

*Ramharter*, Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung: Rechtsprechung oder Rechtsbrechung? Thesen und Antithesen zum unbefristeten Rücktrittsrecht in der Lebensversicherung nach EuGH C-209/12 und OGH 7 Ob 107/15h, VbR 2017, 8

*Rebhahn*, Der prolongierte Rücktritt in der Lebensversicherung – Eine Beurteilung aus europarechtlicher Sicht (2017)

*Riedler*, Lebensversicherung: „Unbefristetes“ Rücktrittsrecht bei unzureichender Belehrung? – Eine Studie zu den Rechtsfolgen des Rücktritts, den Belehrungspflichten der Versicherungsmakler und deren Provisionsansprüchen (2017)

*Rummel / Lukas* (Hrsg.), Kommentar zum ABGB, Teilband §§ 859–916<sup>4</sup> (2014)

*Schauer*, Spätücktritt in der Lebensversicherung, VR 2017 H 1–2, 33

*Schopper*, Aufrechnung bei Fremdwährungskrediten, VbR 2014, 40

*Schwimann / Kodek* (Hrsg.), Praxis-Kommentar zum ABGB, 2. Band<sup>4</sup> (2012); 6. Band<sup>4</sup> (2016)

*Schwintowski*, Die Auswirkungen des Endress-Urteils auf die österreichische Lebensversicherung unter Berücksichtigung der deutschen Rechtslage, VbR 2014, 180

*Wendehorst / Zöchling-Jud* (Hrsg.), Verbraucherkreditrecht – Verbraucherkreditgesetz und ABGB-Darlehensbestimmungen (2010)