

# FX-Kredit: Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung bei Nichtigkeit des Geldwchselvertrags

Severin Kietaibl

**Durch die Trennung von Kredit- und Geldwchselvertrag hat der OGH klargestellt, dass missbräuchliche Umrechnungs- oder Konvertierungsklauseln nicht zur Unwirksamkeit des Fremdwährungskredits führen, sodass der Kreditnehmer auch weiterhin das Wechselkursrisiko zu tragen hat.<sup>1)</sup> Nunmehr bahnt sich jedoch eine neue Klagewelle an, weil sich Kreditnehmer immer häufiger auf die Unwirksamkeit des Geldwchselvertrags berufen, um im Wege der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung die für sie nachteiligen Folgen der Wechselkursentwicklung auf die Bank zu überwälzen. Die in diesem Beitrag untersuchte Rückabwicklung des Geldwchselvertrags zeichnet sich durch eine komplexe Gemengelage aus unionsrechtlicher Klauseljudikatur und Grundsatzfragen des innerstaatlichen Bereicherungsrechts aus.**

Stichwörter: AGB, Bereicherungseintritt, Fremdwährungsschuld, Geldschuld, Geldwchselvertrag, Gesamtnichtigkeit, Klauselkontrolle, Klauselersetzung, Lückenfüllung, Rückabwicklung, Trennungsmo­dell, Wechselkursrisiko.

JEL-Classification: K 12.

<https://doi.org/10.47782/oeba202310070801>

By separating the loan contract from the money exchange contract, the Austrian Supreme Court clarified that unfair conversion terms do not lead to the invalidity of the foreign currency loan. As a result, the borrower still has to bear the risk of a changed exchange rate. However, a new wave of lawsuits is dawning as borrowers are increasingly invoking the invalidity of the money exchange contract in order to shift the negative consequences of the exchange rate development to the bank via the route of unjust enrichment law. The reversal of the money exchange

contract dealt with in this article is characterized by a complex mixture of European unfair terms case law and fundamental questions of domestic law on unjust enrichment.

## 1. Ausgangspunkt

### 1.1. Wirtschaftlicher Hintergrund

Fremdwährungskredite haben sich lange Zeit großer Beliebtheit erfreut, wobei in der Praxis vor allem Schweizer Franken-Kredite und – seltener – Yen-Kredite hoch im Kurs gestanden sind. Grund dafür waren va die niedrigeren Zinssätze als bei vergleichbaren Euro-Krediten und die Hoffnung, von einer Aufwertung des Euros gegenüber dem Franken zu profitieren.<sup>2)</sup> Rückblickend betrachtet haben sich diese Erwartungen freilich nicht erfüllt. Im Gefolge der Finanzkrise hat der Euro gegenüber den Schweizer Franken nicht auf-, sondern abgewertet, wodurch sich die Kreditverbindlichkeiten mitunter drastisch erhöht haben: Wer sich zB Anfang der 2000er-Jahre für einen Frankenkredit im Gegenwert von € 100.000 entschieden hat, musste dafür eine Kreditsumme von rund 150.000 CHF aufnehmen (seinerzeitiger Wechselkurs ca € 1 = 1,5 CHF).<sup>3)</sup> Infolge der Aufwertung des Schweizer Frankens (derzeitiger Wechselkurs ca € 1 = 1 CHF) müssen nunmehr jedoch rund € 150.000 aufgebracht werden, um die in Franken aushaftende Kreditvaluta zurückzuzahlen.

Die Verwerfungen auf den Finanzmärkten haben dabei eine bis heute andauernde Flut an Prozessen ausgelöst. Wurde „[d]as juristische Nachspiel zunächst primär im Schadenersatzrecht ausgetragen, [...] hat sich der Schauplatz [mittlerweile] ganz ins Vertragsrecht verlagert.“<sup>4)</sup> Die Kreditnehmer berufen sich dabei regelmäßig auf die Nichtigkeit des Kreditvertrags, um die erlittenen Wech-



Photo: WU Wien

Univ.-Ass. Dr. Severin Kietaibl,  
Institut für Zivil- und Zivilver-  
fahrensrecht, WU Wien; e-mail:  
severin-philipp.kietaibl@wu.ac.at

selkursverluste im Wege der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung auf die Bank zu überwälzen. Dabei knüpfen sie an den Umstand an, dass die Kreditvaluta auch beim Fremdwährungskredit in der Praxis stets in Euro ausbezahlt wurde.<sup>5)</sup> Ausschlaggebend für die Wahl eines Fremdwährungskredits war schließlich die erhoffte günstigere Gesamtkostenbilanz, während die Kreditnehmer für die Fremdwährung selbst gar keine Verwendung hatten.<sup>6)</sup> Im Beispielfall hat der Kunde also nicht die kreditvertraglich aufgenommenen 150.000 CHF, sondern den seinerzeitigen Gegenwert von € 100.000 ausgezahlt bekommen. Ist der Kreditvertrag nun nichtig, sollen nach dieser Auffassung auch nur die faktisch ausbezahlt erhaltenen € 100.000 und nicht die mit dem Kreditvertrag aufgenommenen 150.000 CHF zurückzugeben sein. Beim derzeitigen Wechselkurs von annähernd 1:1 entspricht das einem Gegenwert von lediglich 100.000 CHF, womit die Bank als Bereicherungsgläubigerin die Nach-

1) RIS-Justiz RS0134062, s näher unten 1.2.  
2) Vgl etwa *Bollenberger/P. Bydlinski* in *KBB7* § 907b Rn 8; 1 Ob 173/21d.  
3) Die Zahlen im Bsp orientieren sich am Wechselkurs im Juni 2001.  
4) *Wilfinger*, *ZFR* 2022, 478.  
5) Vgl etwa *Zoppel*, *ÖJZ* 2022, 864 (865).

6) In der Praxis wurden idR sog echte Fremdwährungskredite vereinbart, zur Abgrenzung echter/unechter Fremdwährungskredit s *Dullinger* in *Rummel/Lukas4* § 907b Rn 2 f; RIS-Justiz RS0061067.

teile aus der zwischenzeitigen Abwertung des Euros zu tragen hätte.

## 1.2. Kreditvertrag und Geldwechselvertrag

Als Argumentationsgrundlage für die Nichtigkeit des Kreditvertrags dient dabei zumeist die Klauseljudikatur des EuGH. Im Rahmen der AGB-Kontrolle steht der EuGH der Lückenfüllung durch dispositives Recht oder ergänzende Vertragsauslegung bekanntlich äußerst ablehnend gegenüber.<sup>7)</sup> Dadurch kann der Wegfall einer AGB-Klausel rasch die Undurchführbarkeit und damit die Nichtigkeit des gesamten Vertrags nach sich ziehen: Entfällt beim Fremdwährungskredit zB die Umrechnungsklausel, weil diese einen unzulässigen Rundungsmechanismus vorsieht, und darf die dadurch entstandene Lücke nicht durch eine dispositive Ersatzregelung gestopft werden, ist nicht ohne weiteres klar, wie die jeweils maßgebenden CHF-Beträge zu ermitteln sind, wodurch dem Fremdwährungskredit in seiner Gesamtheit die Nichtigkeit droht.<sup>8)</sup>

Aus dogmatischer Sicht stößt man sich dabei nicht nur am generellen Misstrauen des EuGH gegenüber der Ergänzungsfunktion des dispositiven Rechts.<sup>9)</sup> Speziell mit Blick auf den Fremdwährungskredit liegt zusätzlich „der Verdacht eines nachträglichen Rosinenpickens nahe“:<sup>10)</sup> Entwickelt sich alles wie geplant, bleibt der Kreditnehmer im Vertrag und profitiert von den niedrigeren Zinsen und der günstigen Wechselkursentwicklung. Geht die Rechnung hingegen nicht auf, weil der Euro nicht wie erhofft auf-, sondern abwertet und sich die Kreditbelastung dadurch vergrößert statt reduziert, wird der Nichtigkeitsjoker gezogen.

Diese Bedenken hat auch der OGH geteilt und derartigen Versuchen mit dem von ihm vertretenen „Trennungsmodell“ einen Riegel vorgeschoben. Wurde die Kreditsumme wie in der Praxis üblich in Euro statt in Franken ausbezahlt, haben die Parteien zusätzlich zum Fremdwährungskredit einen Geldwechselver-

trag abgeschlossen, in dessen Rahmen die Bank dem Kunden die Fremdwährungswaluta in Euro umgewechselt hat.<sup>11)</sup> Mit der Trennung in zwei separate Verträge stellt sich auch das Problem der Lückenfüllung nicht mehr in dieser Schärfe, weil sich die meisten der beanstandeten Klauseln von vornherein nur auf die Gültigkeit des Geldwechselvertrags auswirken können, während die Wirksamkeit des Kreditvertrags davon unberührt bleibt.<sup>12)</sup> Dementsprechend betont der OGH, dass die „Nichtigkeit von Umrechnungsklauseln nicht zur Nichtigkeit oder Undurchführbarkeit des Kreditvertrags führt“.<sup>13)</sup>

Mit dieser Rsp schien sich zugleich die Frage der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung erübrigt zu haben. Da der Kreditvertrag aufrecht bleibt, schuldet der Kreditnehmer weiterhin die Rückzahlung der Kreditvaluta in der vereinbarten Fremdwährung, weshalb er allem Anschein nach auch weiterhin die Verluste aus der für ihn nachteiligen Entwicklung des Wechselkurses zu tragen hat. Selbst wenn der Wegfall der Klausel die Gesamtnichtigkeit des Geldwechselvertrags zur Folge hätte, „bliebe es nach der gefestigten Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs [...] dessen ungeachtet dabei, dass die Kreditrückzahlung in der Fremdwährung zu erfolgen hat. Der Kreditvertrag wäre auf dieser Basis zu erfüllen und könnte ohne die beanstandeten Klauseln fortbestehen. Der Kreditnehmer müsste sich die von ihm in fremder Währung zu leistenden Beträge dann – nicht notwendigerweise beim Kreditgeber – selbst beschaffen. Damit besteht auch keine Grundlage für die Annahme, dass mit dem Fehlen eines wirksamen Geldwechselvertrags auch der Fremdwährungskreditvertrag wegfiel; dieser könnte auch ohne den Geldwechselvertrag bestehen und durchgeführt werden“.<sup>14)</sup>

## 1.3. Nichtigkeitsjoker 2.0

Die Erwartung, dass „[n]ach dem schadenersatzrechtlichen [...] damit auch

am vertragsrechtlichen Schauplatz bald Ruhe einkehren [dürfte]“,<sup>15)</sup> hat sich indes nicht bewahrheitet. Mit der Trennung in Kredit- und Geldwechselvertrag wurde die Frage der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung nämlich noch nicht beantwortet, sondern nur um eine Ebene nach hinten verlagert. Folglich wird von Seiten der Kreditnehmer nunmehr immer häufiger statt mit der Nichtigkeit des Kreditvertrags mit der Nichtigkeit des Geldwechselvertrags argumentiert, um im Wege der Rückabwicklung des Geldwechselvertrags die durch die Abwertung des Euros entstandenen Verluste wiederum auf die Bank zu überwälzen.<sup>16)</sup>

Da die Kreditvaluta nicht in der Fremdwährung, sondern in Euro ausbezahlt wurde, hat mit der Auszahlung zugleich die hier interessierende Umwechslung stattgefunden. Der Kreditnehmer hat die mit dem Fremdwährungskredit aufgenommenen 150.000 CHF bei der Bank eingewechselt und dafür den seinerzeitigen Gegenwert von € 100.000 erhalten (Wechselkurs € 1 = 1,5 CHF). Ist der Geldwechselvertrag rückabzuwickeln, habe die Bank dem Kunden die eingewechselten 150.000 CHF zurückzugeben, was beim gegenwärtigen Wechselkurs (€ 1 = 1 CHF) heute allerdings einem Gegenwert von € 150.000 entspricht, während die Bank selbst vom Kunden nur die damals hingegebenen € 100.000 zurückerhalten würde. Im Ergebnis hätte damit die Bank das Minus von € 50.000 zu tragen, während „der Kreditnehmer [dadurch] die Tragung von Wechselkursverlusten vermeiden [könnte]“.<sup>17)</sup>

Diese Sichtweise wirft einmal mehr die Frage nach der Zulässigkeit eines derartigen nachträglichen Rosinenpickens auf. Würde die Nichtigkeit des Geldwechselvertrags unterschiedlich hohe Bereicherungsansprüche auslösen, droht die Rückabwicklung darüber hinaus sehr rasch sehr mühsam zu werden. Zu bedenken ist nämlich, dass die Auszahlung der Kreditvaluta in Euro bei weitem nicht der einzige Umtauschvorgang geblieben ist. Denn auch der Kreditnehmer hat sämtliche über die Vertragslaufzeit geleisteten

7) Vgl etwa EuGH C-80/21 bis C-82/21, *D.B.P.*, Rn 67; C-229/19 und C-289/19, *Dexia Nederland*, Rn 66; C-260/18, *Dziubak* Rn 48; jüngst EuGH C-625/21, *Gupfinger* Rn 29.  
8) In den Kreditverträgen wurde die Kreditvaluta oftmals nämlich gerade nicht in der Fremdwährung angegeben, sondern nur der jeweilige Gegenwert in Euro angeführt. Außerdem ist fraglich, zu welchem Kurs die tatsächlich in Euro erfolgten Leistungen in Franken umzurechnen sind, s näher *Wilfinger*, ZFR 2022, 478 ff mwN; vgl auch *Zoppel*, ÖJZ 2022, 864 (865 f).

9) Statt vieler *Perner/Spitzer*, ÖJZ 2022, 1053 (1054).  
10) *Wilfinger*, ZFR 2022, 478 (479); vgl auch *Perner*, ÖBA 2018, 15 (19).  
11) RIS-Justiz RS0134062, RS0061067 (T6).  
12) 8 Ob 81/22b; 6 Ob 154/21x; 9 Ob 66/21b; RIS-Justiz RS0134062 (T2, T4), RS0061067 (T7, T8). Der OGH betont dabei die unionsrechtliche Zulässigkeit des Trennungsmodells, 6 Ob 199/22s; 7 Ob 223/22b. Nach der Rsp des EuGH haben nämlich allein die nationalen Gerichte zu beurteilen, inwieweit ein Vertrag ohne die missbräuchliche Klausel fortbestehen kann, EuGH C-6/22, *M. B.*,

Rn 18; C-19/20, *Bank BPH*, Rn 84.  
13) 6 Ob 24/22f.  
14) 1 Ob 9/22p; 4 Ob 14/22t; 7 Ob 183/22w; 1 Ob 163/21h; 2 Ob 198/21p; 9 Ob 62/21i. Gegen diese Sichtweise spricht zwar die wirtschaftliche Einheit von Kredit- und Geldwechselvertrag. Da das Trennungsmodell jedoch mittlerweile der stRsp des OGH entspricht, wird es den weiteren Überlegungen zugrunde gelegt.  
15) *Wilfinger*, ZFR 2022, 482.  
16) So auch jüngst *Aichberger-Beig*, VbR 2023, 41 (44).  
17) *Aichberger-Beig*, VbR 2023, 41 (44).

Kreditraten und Zinsen in Euro bezahlt, sodass all diese Zahlungen ebenfalls mit entsprechenden Umtauschvorgängen verknüpft sind, nur dass der Umtausch hier jeweils „in die Gegenrichtung“ erfolgt ist (der Kreditnehmer leistet Euro und erhält von der Bank den jeweiligen Gegenwert auf seine in Franken aushaftenden Verbindlichkeiten angerechnet). Ist der Geldwechselvertrag nichtig, sind auch alle diese weiteren Umtauschvorgänge rechtsgrundlos erfolgt und wären damit ebenfalls rückabzuwickeln.<sup>18)</sup> Nimmt man hinzu, dass jede einzelne dieser Umwechslungen zu einem anderen Wechselkurs erfolgt ist, hätte die Rückabwicklung eine Vielzahl unterschiedlich hoher Bereicherungsansprüche in die eine wie in die andere Richtung zur Folge.

## 2. Bedeutung der Klauseljudikatur für den Geldwechselvertrag

All diese mit der Rückabwicklung verbundenen Fragen stellen sich freilich nur dann, wenn der Geldwechselvertrag auch wirklich nichtig ist. Bevor die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung näher beleuchtet wird, ist deshalb vorab darauf einzugehen, inwieweit eine unwirksame AGB-Klausel<sup>19)</sup> überhaupt die Nichtigkeit des Geldwechselvertrags nach sich ziehen kann.

### 2.1. Intransparente Klauseln

Da die Nichtigkeit mit der Klauseljudikatur des EuGH begründet wird, ist zunächst daran zu erinnern, dass sich das Problem dort nicht stellt, wo es um intransparente Klauseln geht. Schließlich

bezieht sich „die Rsp des EuGH zweifelsfrei nur auf *gröblich benachteiligende Bestimmungen [...] nicht hingegen auf Klauseln, die (bloß) wegen Intransparenz (§ 6 Abs 3 KSchG) unwirksam sind*“.<sup>20)</sup> Das Unionsrecht ordnet die Unwirksamkeit der Klausel nämlich nur im Fall der Missbräuchlichkeit an, nicht aber auch im Fall der Intransparenz.<sup>21)</sup> Dass intransparente Klauseln gem § 6 Abs 3 KSchG dennoch ebenso unwirksam sind wie missbräuchliche Klauseln, beruht vielmehr auf einer rein autonomen Entscheidung des österr Gesetzgebers. Damit sind auch die Vorgaben des EuGH zu den Folgen des Wegfalls einer missbräuchlichen Klausel in diesem Bereich nicht verbindlich. „*Wo es keine Umsetzungspflicht gibt, gibt es aber auch keine unionsrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Interpretation, weil diese gerade aus der Umsetzungspflicht folgt. Dementsprechend richtet sich die Auslegung im Überschussbereich ausschließlich nach nationalem Recht.*“<sup>22)</sup>

Nun hat sich der österr Gesetzgeber zwar Ende der Neunzigerjahre dafür entschieden, intransparente und missbräuchliche Klauseln denselben Rechtsfolgen zu unterstellen.<sup>23)</sup> Er ist bei dieser Entscheidung allerdings noch ganz selbstverständlich von der Zulässigkeit der Lückenfüllung durch dispositives Recht und ergänzende Vertragsauslegung ausgegangen. Dieser „Irrtum“ über die Vorgaben der KlauselRL in Zusammenschau mit der großen Sachgerechtigkeit, die der Ergänzungsfunktion des dispositiven Rechts zukommt, lässt die hA dafür plädieren, „*durch gespaltene Auslegung nationale Schadensbegrenzung zu betreiben*“.<sup>24)</sup> Anders als bei missbräuchlichen Klauseln ist die Lückenfüllung durch dispositives Recht bei intransparenten Klauseln daher nicht nur ohne

weiteres zulässig, sondern auch geboten. Schließlich ist das dispositive Recht genau „[d]afür [...] da: *Es ergänzt unvollständige Verträge und zeigt, was sich der Gesetzgeber als gerechte Regel vorstellt.*“<sup>25)</sup>

### 2.2. Missbräuchliche Klauseln

Anderes gilt prima facie bei missbräuchlichen Klauseln, ist doch die Rsp des EuGH in diesem Bereich unmittelbar einschlägig.<sup>26)</sup> Speziell beim Geldwechselvertrag trifft das in dieser Allgemeinheit jedoch nicht zu. Zu beachten ist nämlich, dass die Frage der Lückenfüllung beim Geldwechselvertrag auch im Bereich missbräuchlicher Klauseln in vielen Fällen nicht richtliniendeterminiert ist. Gerade bei den hier zumeist in Rede stehenden Umrechnungs-, Konvertierungs- oder Rückführungsklauseln wird die Unwirksamkeit nämlich regelmäßig mit einem Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 5 sowie § 6 Abs 2 Z 3 KSchG begründet. Deren unionsrechtliches Pendant findet sich in Z 1 lit j (einseitiges Änderungsrecht) und lit l (Preisanpassungsklauseln) des Anhangs der KlauselRL. Allerdings nimmt die KlauselRL „Verträge zum Kauf oder Verkauf von Fremdwährung“ explizit vom Anwendungsbereich dieser beiden Buchstaben aus (Art 3 Abs 3 iVm Anh Z 2 lit c KlauselRL).<sup>27)</sup>

Dass Geldwechselverträge nach innerstaatlichem Verbraucherrecht der Kontrolle der § 6 Abs 1 Z 5 und § 6 Abs 2 Z 3 KSchG unterliegen, basiert also wiederum auf einer autonomen Entscheidung des nationalen Gesetzgebers, der die Vorgaben der KlauselRL auch in diesem Punkt überschneidend umgesetzt hat. Wie im Bereich der Intransparenz steht das Unionsrecht einer Lückenfüllung durch dispositives Recht daher auch in diesem

18) Das gilt jedenfalls dann, wenn allen Umwechslungen derselbe Geldwechselvertrag zugrunde liegt. Geht man hingegen davon aus, dass mit jedem Umtauschvorgang ein eigener Geldwechselvertrag abgeschlossen wird, stellt sich die Situation prima facie anders dar. Da der Entfall missbräuchlicher Klauseln dem Schutz des Verbrauchers dient, wären die jeweiligen Verträge auf den ersten Blick bloß relativ nichtig. Das könnte dem Verbraucher die Möglichkeit eröffnen, zu wählen, bei welchem Geldwechselvertrag er sich auf die Nichtigkeit beruft. Allerdings ist zu beachten, dass die Unwirksamkeit von Klauseln im Verbraucherbereich amtswegig wahrzunehmen ist. Da sämtlichen Umtauschvorgängen dieselbe Klausel zugrunde liegt, wären somit selbst bei der Annahme mehrerer getrennter Verträge alle Geldwechselverträge absolut nichtig, s EuGH C-147/16, *Karel de Grote – Katholieke Hogeschool Antwerpen*,

Rn 29 ff; C-618/10, *Banco Español*, Rn 42 ff; *Graf* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.05</sup> (2019) § 879 Rn 297; ebenso *P. Bydlinski*, AT<sup>9</sup> Rn 7/44, der der Annahme bloß relativer Nichtigkeit bei AGB-Klauseln generell ablehnend gegenübersteht.

19) Siehe zB die Beispiele bei *Wilfinger*, ZFR 2022, 478 ff.

20) *Perner*, ZFR 2022, 573; s auch *Graf*, *ecolex* 2021, 198 (199); *Perner/Spitzer*, ÖJZ 2022, 1053; *Spitzer*, ÖJZ 2020, 761 (768 ff); *Told*, JBl 2019, 623 (624 f); *A. Vonkilch/Knoll*, RdW 2018, 563 (564 ff); *I. Vonkilch*, wobl 2022, 293 (296, 299).

21) Art 5 KlauselRL (93/13/EWG) verlangt für intransparente Klauseln nur eine Auslegung zulasten des AGB-Verwenders, *Perner/Spitzer*, ÖJZ 2022, 1053.

22) *Spitzer*, ÖJZ 2020, 761 (769); vgl auch *Jäger*, Richtlinienumsetzung 107 ff; *Perner*, EU-Richtlinien 127 ff.

23) Diese Entscheidung hat mitunter hef-

tige Kritik in der Lehre hervorgerufen, vgl *F. Bydlinski*, AcP 204, 309 (377); *P. Bydlinski*, AT<sup>9</sup> Rn 6/49.

24) *Spitzer*, ÖJZ 2020, 761 (770).

25) *Perner*, ZFR 2022, 573; *Perner/Spitzer*, ÖJZ 2022, 1053.

26) Zu beachten ist freilich, dass der EuGH die Lückenfüllung durch dispositives Recht bislang lediglich in Konstellationen abgelehnt hat, in denen das dispositive Recht den Verbraucher ausnahmsweise schlechter gestellt hätte als die missbräuchliche Klausel. Ob das auch für den (Normal-)Fall gilt, dass die Anwendbarkeit des dispositiven Rechts für den Verbraucher vorteilhaft ist, musste der EuGH bisher – auch nicht in der Rs *Gupfinger* – noch nicht beantworten, *Legath*, ÖBA 2022, 128 (131); *Perner*, ZFR 2022, 573; *Wilfinger*, ÖBA 2021, 326 (328 f).

27) Vgl *Pfeiffer* in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht<sup>7</sup> RL 93/13 EWG Anh Rn 206.

Fall nicht entgegen.<sup>28)</sup> Kann etwa der Wechselkurs nach dem Entfall einer gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG verstoßenden Umrechnungsklausel nicht mehr ermittelt werden, darf beim Geldwechselvertrag daher aus unionsrechtlicher Sicht ohne weiteres auf § 907b Abs 2 ABGB zurückgegriffen werden, wonach für die Umrechnung der „zur Zeit der Zahlung am Zahlungsort maßgeblichen Kurswert“ heranzuziehen ist.

### 3. Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung bei Gesamtnichtigkeit des Geldwechselvertrags

Beim Geldwechselvertrag ist Lückenfüllung durch dispositives Recht also nicht nur bei intransparenten AGB, sondern auch in vielen Fällen missbräuchlicher Klauseln zulässig, weshalb sich das Problem der Rückabwicklung in der Mehrzahl der Fälle gar nicht erst stellen wird. Für den verbleibenden Restbereich soll nun noch untersucht werden, welche bereicherungsrechtlichen Folgen die Nichtigkeit des Geldwechselvertrags nach sich zieht. Die damit in Zusammenhang stehenden Fragen sind freilich allgemeiner Natur, die sich auch losgelöst von Geldwechselverträgen stellen, die iZm Fremdwährungskrediten abgeschlossen wurden. Die Problematik ist dieselbe, wenn Geld in der Wechselstube umgewechselt wird und – möglicherweise erst Jahre – später hervorkommt, dass der dem Leistungsaustausch zugrundeliegende Vertrag unwirksam ist.

#### 3.1. Verteilung des Wechselkursrisikos

Folgt man den Vertretern der Kreditnehmerseite, wirft die Rückabwicklung des Geldwechselvertrags keine besonderen Fragen auf. Ist der Vertrag nichtig, sind die rechtsgrundlos ausgetauschten Leistungen eben zurückzustellen. Im Beispielfall könnte der Kreditnehmer nach dieser Auffassung die eingewechselten 150.000 CHF und die Bank die dafür hingegebenen € 100.000 zurückverlangen.<sup>29)</sup> Damit hätte zugleich die Bank die Nachteile aus der zwischenzeitigen Abwertung

des Euros gegenüber dem Franken zu tragen: Beim derzeitigen Wechselkurs (€ 1 = 1 CHF) müsste sie 150.000 CHF im Gegenwert von € 150.000 leisten, obwohl sie selbst nur € 100.000 zurückbekommt.<sup>30)</sup>

Dass der Kreditnehmer infolge der Rückabwicklung letztlich € 50.000 von der Bank verlangen kann, erscheint jedoch seltsam, wenn man bedenkt, dass der Geldwechselvorgang ursprünglich für beide Seiten ein Nullsummenspiel gewesen ist: Für den eingewechselten Frankenbetrag hat der Kreditnehmer das entsprechende Äquivalent in Euro erhalten – genau genommen etwas weniger, da die Bank für die Umwechslung ein Entgelt verrechnet (zB in Form eines vom Marktkurs zu ihren Gunsten abweichenden Umrechnungskurses oder sonstiger Wechselgebühren). Ist der Geldwechselvertrag nun nichtig, kann der Kreditnehmer folglich zwar das rechtsgrundlos bezahlte Entgelt für die Umwechslung zurückverlangen. In einem darüberhinausgehenden Umfang war die Bank hingegen niemals bereichert. Da die Umwechslung ursprünglich ein Nullsummenspiel war, wäre es merkwürdig, wenn die Rückabwicklung zum Ergebnis führte, dass ein Teil wegen eben dieser Umwechslung bereichert ist.

Für die Position der Kreditnehmerseite könnte freilich der Umstand sprechen, dass die Rückabwicklung sonst auch nicht bloß auf den Ausgleich einer etwaigen Wertdifferenz zwischen Leistung und Gegenleistung gerichtet ist, sondern die Rückstellung der rechtsgrundlos ausgetauschten Leistungen zum Ziel hat. Ist etwa der Autokauf nichtig, liegt es auf der Hand, dass der Verkäufer das Auto und der Käufer den Kaufpreis zurückverlangen kann und nicht bloß eine allfällige Wertdifferenz zwischen den beiden Leistungen auszugleichen ist. Das könnte dafürsprechen, dass auch beim nichtigen Geldwechselvertrag die jeweils geleisteten Währungsbeträge zurückzugeben sind, sodass der Kreditnehmer Anspruch auf die eingewechselten 150.000 CHF und die Bank auf die von ihr dafür hingegebenen € 100.000 hat. Dass der Euro gegenüber dem Franken über die Jahre an Wert eingebüßt hat, würde dann eben zum Nachteil der Bank als Schuldnerin des Frankenbetrags und Gläubigerin des Eurobetrags ausschlagen.

Es ist jedoch zu bedenken, dass die eben skizzierten Grundsätze nur dort selbstverständlich sind, wo nur eine der beiden Leistungen in Geld besteht. Zwischen Auto und Geld besteht ein wesensmäßiger Unterschied, weshalb beim nichtigen Kaufvertrag wechselseitige Rückforderungsansprüche unabhängig von einer allfälligen Wertdifferenz zwischen Leistung und Gegenleistung zustehen.<sup>31)</sup> Bei Geldleistungen stellt sich die Interessenlage hingegen genau umgekehrt dar. Hier steht gerade nicht die konkret geleistete Sache, sondern der Wert der Leistung im Vordergrund, kann doch „nicht geleugnet werden, dass Geld nur als Wertträger interessant ist, heute aber keinen Substanzwert mehr hat.“<sup>32)</sup> Wer den rechtsgrundlos bezahlten Kaufpreis kondiziert, dem geht es dabei nicht um die Rückerlangung der konkret geleisteten Geldscheine, sondern ausschließlich um den in den Scheinen verkörperten Geldwert.

Ist bei Geldleistungen von vornherein nur der Wert der Leistung von Interesse, dann erscheint es fragwürdig, dass die Rückabwicklung von zwei dem Wert nach gleich hohen Geldleistungen Bereicherungsansprüche in eine Richtung auslösen soll. Noch näher zu untersuchen ist deshalb, wer bei der Rückabwicklung des Geldwechselvertrags das Risiko für in der Zwischenzeit zwangsläufig erfolgte Wechselkursänderungen trägt. Mit dem bloßen Verweis auf den Nominalwert der ausgetauschten Währungsbeträge lässt sich diese Frage nicht sachgerecht beantworten. Dadurch würde verschleiert, dass sich hinter der gegenständlichen Problematik ganz grundsätzliche bereicherungsrechtliche Fragestellungen verbergen, nämlich „die besonders diffizile Gefahrenverteilung bei Rückabwicklung von Verträgen“.<sup>33)</sup>

#### 3.2. Unionsrechtlichen Vorgaben

##### 3.2.1. Verweis auf innerstaatliches Bereicherungsrecht

Bevor untersucht werden kann, wie das Wechselkursrisiko bei der Rückabwicklung nach innerstaatlichem Recht verteilt ist, ist vorweg allerdings noch zu prüfen, ob auch bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung unionsrechtliche Vor-

28) Weiterhin möglich sein soll aber eine allgemeine Missbrauchskontrolle auf Basis des Generalatbestands des Art 3 Abs 1 KlauselRL, Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht<sup>7</sup> RL 93/13 EWG Anh Rn 206.

29) Vgl. Aichberger-Beig, VbR 2023, 41 (44).  
30) Ob der Kreditnehmer in diesem Fall

einseitig aufrechnen und direkt die Differenz von € 50.000 verlangen könnte, ist str., P. Bydlinski in KBB<sup>7</sup> § 1440 Rn 1; Kolmasch in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar<sup>5</sup> (2021) § 907b Rn 12; Schauer in ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 907b (2017) Rn 6. Auch ohne Aufrechnung würde die Bank im Ergebnis freilich mit einem

Minus von € 50.000 aussteigen.

31) Anderes kann freilich gelten, wenn Rückstellung in natura nicht mehr möglich ist, s dazu noch unten 3.3.4.

32) Spitzer in JB Zivilverfahrensrecht 2011, 215 (217).

33) Rabl, ecoloX 2012, 118 (120).

gaben zu beachten sind. Der EuGH hat dazu in der Vergangenheit stets betont, dass es grds Sache der Mitgliedstaaten ist, „durch ihr nationales Recht die Bedingungen festzulegen, unter denen die Feststellung der Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel erfolgt und die konkreten Rechtswirkungen dieser Feststellung eintreten“.<sup>34)</sup> Zieht eine missbräuchliche AGB-Klausel die Gesamtnichtigkeit des Vertrags nach sich, sind die an die Nichtigkeit geknüpften Rechtsfolgen und damit auch die Frage der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung also nach innerstaatlichem Recht zu beurteilen. Sind etwa infolge einer missbräuchlichen Klausel rechtsgrundlos vereinbarte Beträge zurückzuzahlen, hat „eine solche Erstattung nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung [zu] erfolg[en]“.<sup>35)</sup> Im Einklang damit betont auch der OGH, dass sich die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung eines wegen einer missbräuchlichen AGB-Klausel gesamtichtigen Vertrags „ausschließlich nach innerstaatlichem Recht“ richtet.<sup>36)</sup>

### 3.2.2. Änderungen im Lichte der jüngsten EuGH-Rsp?

Im Rahmen der jüngsten Vorabentscheidungsverfahren wurde aber auch diese bisherige Gewissheit einer neuerlichen Überprüfung unterzogen. In der Rs *M. B.* hat das vorliegende Gericht diese Frage noch einmal explizit aufgeworfen und wollte vom EuGH wissen, ob es „im Fall der Nichtigerklärung eines [...] Vertrags wegen Missbräuchlichkeit einer seiner Klauseln Sache der Mitgliedstaaten ist, die Folgen dieser Nichtigerklärung durch ihr nationales Recht zu regeln“.<sup>37)</sup> Und in der Rs *Szcześniak/Bank M.* hatte sich der EuGH konkret mit der Frage zu befassen, ob die Bank im Fall der Gesamtnichtigkeit des Fremdwährungskredits neben der Rückforderung der Kreditvaluta auch Benützungsentgelt (Vergütungszinsen) für die rechtsgrundlose Kapitalnutzung verlangen kann.<sup>38)</sup>

#### 3.2.2.1. EuGH C-6/22, *M. B.*

In der Rs *M. B.* hat der EuGH die Frage, inwieweit das Unionsrecht auch auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung ausstrahlt, recht kryptisch dahingehend beantwortet, dass es „Sache der Mitgliedstaaten ist, unter Beachtung des dem Verbraucher von dieser Richtlinie gewährten Schutzes die Folgen dieser Nichtigerklärung insbesondere dadurch zu regeln, dass die Wiederherstellung der Sach- und Rechtslage gewährleistet wird, in der sich der Verbraucher ohne die missbräuchliche Klausel befunden hätte.“<sup>39)</sup>

Auch wenn man die Vorliebe des EuGH für Schachtelsätze ausblendet, ist seine Antwort weder Fisch noch Fleisch: Die Mitgliedstaaten dürfen die Folgen der Nichtigkeit zwar selbst bestimmen, haben dabei aber erst wieder auf einen nicht näher spezifizierten Schutz der KlauselRL Bedacht zu nehmen. Wie diese Aussage zu verstehen ist, wird erst deutlich, wenn man sie in den Kontext des Ausgangsverfahrens rückt. Diesem lag ein polnischer Fremdwährungskredit zugrunde, der nach Wegfall einer missbräuchlichen Klausel nicht fortbestehen konnte. Die Gesamtnichtigkeit und die dadurch ausgelöste bereicherungsrechtliche Rückabwicklung wäre für den Verbraucher nun allerdings mit nachteiligen Folgen verbunden gewesen.<sup>40)</sup> Die Forderung des EuGH, dass auch bei der Rückabwicklung die Ziele der KlauselRL zu beachten sind, bedeutet vor diesem Hintergrund deshalb lediglich, dass die Gesamtnichtigkeit nicht zum Danaergeschenk für den Verbraucher werden darf. Der Entfall der missbräuchlichen Klausel darf nicht dazu führen, dass der Verbraucher durch die an die Gesamtnichtigkeit geknüpften Rechtsfolgen schlechter dasteht als mit der verpönten Klausel.<sup>41)</sup> In diesem Fall gilt es vielmehr, die Gesamtnichtigkeit und die damit verbundenen Nachteile für den Verbraucher durch Aufrechterhaltung des Vertrags zu verhindern, wofür insb die dann ausnahmsweise zulässige Lückenfüllung durch dispositives Recht in Betracht kommt.<sup>42)</sup>

Bei der Aussage des EuGH handelt es sich also bloß um eine andere Umschreibung seiner schon bisher bekannten Formel zur Lückenfüllung, wonach ein Ersatz der missbräuchlichen Klausel durch dispositives Recht nur dann zulässig ist, wenn der Vertrag ohne die Klausel nicht fortbestehen kann und die Gesamtnichtigkeit für den Verbraucher von Nachteil wäre. Sie bedeutet hingegen nicht, dass die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung selbst unionsrechtlich zu modifizieren ist, indem allfällige negative Folgen der Rückabwicklung gegenüber dem Verbraucher unangewendet zu bleiben haben. So geht auch der EuGH ganz selbstverständlich davon aus, dass die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung den Verbraucher mitunter erheblich belasten kann, etwa dadurch, dass bei einem nichtigen Kreditvertrag „die Forderung des Gewerbetreibenden gegenüber dem Verbraucher sofort fällig würde“.<sup>43)</sup> In diesem Fall ist dann eben die Gesamtnichtigkeit zu verhindern, damit die damit verbundenen nachteiligen Folgen gar nicht erst eintreten können.

Die gegenteilige Sichtweise würde die gesamte Klauseljudikatur des EuGH ad absurdum führen. Denn danach setzt die Lückenfüllung durch dispositives Recht ja gerade voraus, dass der Wegfall des Vertrags für den Verbraucher nachteilige Folgen auslösen würde. Würde man nun bereits diese negativen Folgen der Rückabwicklung „richtlinienkonform“ weginterpretieren, käme eine Lückenfüllung durch dispositives Recht nach der Formel des EuGH nie in Betracht, weil die Gesamtnichtigkeit dann niemals nachteilig wäre.

#### 3.2.2.2. EuGH C-520/21, *Szcześniak/Bank M.*

In diesem Sinn ist auch die jüngst ergangene Entscheidung des EuGH in der Rs *Szcześniak/Bank M.* zu verstehen. Darin hat der EuGH ausgesprochen, dass die Bank im Fall der Gesamtnichtigkeit des Fremdwährungskredits lediglich die Kreditvaluta zurückverlangen darf, aber

34) EuGH C-472/20, *Lombard Lizing*, Rn 55; C-483/16, *Sziber*, Rn 34; C-154/15, C-307/15 und C-308/15, *Gutiérrez Naranjo*, Rn 66.

35) EuGH C-472/20, *Lombard Lizing*, Rn 58.  
36) 9 Ob 62/21i.

37) EuGH C-6/22, *M. B.*, Rn 15.

38) EuGH C-520/21, *Szcześniak/Bank M.*, Rn 63.

39) EuGH C-6/22, *M. B.*, Rn 33.

40) EuGH C-6/22, *M. B.*, Rn 27 ff, 57.

41) Dabei ist etwa daran zu denken, dass die Pflicht zur Rückzahlung der gesamten Kreditvaluta sofort fällig würde oder die

bereicherungsrechtlichen Vergütungszinsen höher als der vertraglich vereinbarte Zinssatz wären.

42) Der konkrete Fall hat sich durch die zusätzliche Besonderheit ausgezeichnet, dass kein dispositives Recht zur Lückenfüllung zur Verfügung gestanden ist. In diesem Fall gewährt der EuGH den nationalen Gerichten als letzten Ausweg den größtmöglichen Handlungsspielraum, um die für den Verbraucher nachteilige Gesamtnichtigkeit doch noch abzuwenden. Das innerstaatliche Gericht muss dann „unter Berücksichtigung seines

gesamten innerstaatlichen Rechts alle erforderlichen Maßnahmen ergreif[en], um den Verbraucher vor den besonders nachteiligen Folgen zu schützen, die die Nichtigerklärung [...] nach sich ziehen könnte“, EuGH C-6/22, *M. B.*, Rn 60; s zuvor bereits EuGH C-472/20, *Lombard Lizing*, Rn 56; C-269/19, *Banca B.*, Rn 41.

43) EuGH C-6/22, *M. B.*, Rn 60; C-472/20, *Lombard Lizing*, Rn 56; C-269/19, *Banca B.*, Rn 34, 41; C-125/18, *Gómez del Moral Guasch*, Rn 63; vgl auch EuGH C-395/21, *D. V.*, Rn 63.

kein Benützungsentgelt für die rechtsgrundlose Kapitalnutzung.<sup>44)</sup> Es ist jedoch zu beachten, dass es sich dabei um die Antwort auf die dem EuGH gestellte Vorlagefrage handelt, weshalb auch diese Aussage nicht aus dem Kontext des Ausgangsverfahrens gerissen werden darf.

Im zugrundeliegenden Verfahren ging es ebenfalls um einen polnischen Fremdwährungskredit, der nach dem Entfall einer als missbräuchlich qualifizierten Umrechnungsklausel nicht mehr durchführbar und damit gesamtlich war. Wenngleich sich dies der Entscheidung nicht mit letzter Deutlichkeit entnehmen lässt, dürften die bereicherungsrechtlichen Vergütungszinsen in diesem Fall allerdings höher als der vertraglich vereinbarte Zinssatz gewesen sein.<sup>45)</sup> Jedenfalls hat der EuGH bei seiner Antwort genau solch eine Konstellation im Blick,<sup>46)</sup> woraus sich auch seine Sorge erklärt, dass bei der Gewährung eines entsprechend hohen Benützungsentgelts „die Gefahr [bestünde], dass Situationen geschaffen würden, in denen es für den Verbraucher günstiger wäre, die Erfüllung des die missbräuchliche Klausel enthaltenden Vertrags fortzusetzen, als seine Rechte aus dieser Richtlinie auszuüben.“<sup>47)</sup>

Wenn das polnische Gericht in dieser Konstellation nun wissen will, ob die Bank im Fall der Gesamtnichtigkeit dennoch ein entsprechendes Benützungsentgelt verlangen kann, so ist es naheliegend, dass der EuGH dies verneint. Das darf jedoch nicht mit dem Gebot gleichgesetzt werden, dass in solch einer Situation die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung entsprechend zu modifizieren ist. Nicht von ungefähr warnt *Faber* bei der Auslegung von EuGH-Urteilen vor einem „*Unterschätzen der Vorlagefrage*“ und mahnt „[b]esondere Vorsicht [...] beim Ziehen von Umkehrschlüssen“ ein.<sup>48)</sup> Denn die Antwort des EuGH ist stets auf die ihm gestellte Vorlagefrage bezogen, im konkreten Fall also auf das Endergebnis, zu dem die Feststellung der Missbräuchlichkeit einer Klausel nicht führen darf: Im Ergebnis darf die Bank infolge einer von ihr in den Vertrag eingeführten

missbräuchlichen Klausel keinen Anspruch auf ein Benützungsentgelt haben, das höher ist als der vertraglich vereinbarte Zinssatz, stünde sie doch sonst sogar besser als mit der unzulässigen Klausel.

Indessen lässt der EuGH offen, wie in dieser Situation weiter zu verfahren ist, was sich allerdings zwanglos aus seiner bisherigen Rsp ergibt. Übersteigt das infolge der Nichtigkeit des Kreditvertrags zu zahlende Benützungsentgelt die kreditvertraglichen Zinsen, handelt es sich eben um einen jener Fälle, in denen die Gesamtnichtigkeit für den Verbraucher von Nachteil wäre, weshalb die Nichtigkeit durch Lückenfüllung durch dispositives Recht – oder subsidiär auf anderem Weg<sup>49)</sup> – zu verhindern ist.

Die apodiktische Aussage, die Bank könne im Fall der Nichtigkeit des Kreditvertrags nur die Kreditvaluta, aber keine Vergütungszinsen verlangen, lädt vor diesem Hintergrund leicht zu Missverständnissen ein. Wäre die Entscheidung tatsächlich so zu verstehen, dass die Nachteile der Rückabwicklung durch eine entsprechende Modifikation des Bereicherungsrechts zu vermeiden sind, stünde sie jedoch in Widerspruch zur gesamten bisherigen Klauseljudikatur. Diese setzt schließlich gerade voraus, dass die Gesamtnichtigkeit für den Verbraucher auch nachteilig ausfallen kann, käme doch andernfalls eine Lückenfüllung durch dispositives Recht niemals in Betracht.

### 3.2.2.3. Fazit

Auch die jüngsten Vorabentscheidungsverfahren dürften somit nichts daran geändert haben, dass die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung selbst auch weiterhin allein nach innerstaatlichem Recht zu beurteilen ist. Der Schutz des Verbrauchers vor allfälligen negativen Folgen der Nichtigkeit hat nach dem EuGH nicht über eine unionsrechtliche Modifikation des nationalen Bereicherungsrechts zu erfolgen. Stattdessen ist in diesem Fall bereits die Gesamtnichtigkeit des Vertrags zu verhindern (durch dann ausnahmsweise zulässige Lücken-

füllung), damit es gar nicht erst zu der für den Verbraucher nachteiligen Rückabwicklung des Vertrags kommen kann.

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass in einem ersten Schritt zu prüfen ist, welche Folgen die Gesamtnichtigkeit des Geldwechselvertrags nach innerstaatlichem Bereicherungsrecht auslösen würde. Gelangt man dabei zum Ergebnis, dass der Verbraucher nach der Rückabwicklung schlechter stünde als mit der missbräuchlichen Klausel, gilt es die Nichtigkeit in einem zweiten Schritt durch Lückenfüllung durch dispositives Recht zu vermeiden. Im Fall einer missbräuchlichen Umrechnungsklausel wäre dabei etwa an § 907b Abs 2 ABGB zu denken, wonach der im Fälligkeitszeitpunkt maßgebliche Wechselkurs heranzuziehen ist.

### 3.3. Verteilung des Wechselkursrisikos nach innerstaatlichem Recht

Das führt zur Frage zurück, wie das Wechselkursrisiko bei der Rückabwicklung des Geldwechselvertrags nach innerstaatlichem Bereicherungsrecht verteilt ist: Können die Parteien jeweils den Nominalbetrag der umgewechselten Währungsbeträge zurückverlangen? Dann hätte der Konditionsgläubiger des Eurobetrags den Nachteil aus der zwischenzeitigen Abwertung des Euros gegenüber dem Franken zu tragen. Im Beispielfall hätte die Bank dem Kreditnehmer 150.000 CHF herauszugeben, was beim derzeitigen Wechselkurs von 1:1 einem Gegenwert von € 150.000 entspricht, obwohl sie selbst nur € 100.000 zurückbekommt. Oder löst die Nichtigkeit des Geldwechselvertrags keine wechselseitigen Bereicherungsansprüche aus, da die ausgetauschten Währungsbeträge im Zeitpunkt der Umwechslung gleich viel wert waren (€ 100.000 für 150.000 CHF bei einem Wechselkurs von € 1 = 1,5 CHF)? In diesem Fall könnte der Kreditnehmer lediglich das für den Umtausch bezahlte Entgelt (Wechselgebühren etc) zurückverlangen.

44) EuGH C-520/21, *Szcześniak/Bank M.*, Rn 84. Der Generalanwalt dürfte dies in Verknüpfung bereicherungsrechtlicher Grundsätze „als normale Folge [...] der ex tunc erfolgenden Nichtigerklärung des Darlehensvertrags“ betrachtet haben, SA C-520/21, Rn 62; vgl bereits die entsprechende Kritik von *Perner/Spitzer*, ÖJZ 2023, 129.

45) Aus dem Schlussantrag – auf den sich der EuGH in diesem Punkt ausdrücklich bezieht – ist ersichtlich, dass die von der Bank geforderten Vergütungszinsen zwei Drittel der Darlehenssumme entsprochen

hätten. Daneben wird von anderen Fällen in Polen berichtet, in denen die geforderten Vergütungszinsen die Höhe des gewährten Kredits sogar überstiegen haben. Dies lässt den Generalanwalt befürchten, dass „dies wahrscheinlich zu der Situation führen [wird], dass es für [die Verbraucher] günstiger wäre, den die missbräuchliche Klausel enthaltenden Vertrag zu erfüllen, als ihre Rechte nach der Richtlinie 93/13 auszuüben.“, SA C-520/21, *Szcześniak/Bank M.*, Rn 61.

46) Der EuGH verweist ausdrücklich auf jene Passage im Schlussantrag, in der es um

Konstellationen geht, in denen das bereicherungsrechtliche Benützungsentgelt offenbar höher als die kreditvertraglichen Zinsen gewesen wäre. Von dort übernimmt er auch die beinahe wortgleiche und in FN 45 zitierte Befürchtung des Generalanwalts.

47) EuGH C-520/21, *Szcześniak/Bank M.*, Rn 79.

48) *W. Faber*, JBl 2017, 697 (706); *Rebhahn* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> Nach §§ 6,7 Rn 121.

49) Siehe dazu FN 42.

### 3.3.1. Einordnung der Problematik

Der Wertverlust des Eurobetrags gegenüber dem Frankenbetrag rückt die Problematik in die Nähe des nachträglichen Wegfalls der Bereicherung. Auch dort stellt sich die Frage, ob es dem Konditionsschuldner oder dem Konditionsgläubiger zum Nachteil gereicht, wenn die zurückzustellende Sache in der Zwischenzeit untergegangen oder beschädigt worden ist.<sup>50)</sup>

Davon unterscheidet sich der vorliegende Fall freilich insofern, als die Wertminderung anders als in den Fällen des nachträglichen Bereicherungswegfalls nicht Folge einer Substanzbeschädigung, sondern des zwischenzeitig geänderten Markt- bzw. Kurswerts der zurückzugebenden Sache ist. Wertungsmäßig handelt es sich freilich um ein ähnlich gelagertes Problem.<sup>51)</sup> Wie bei der zufälligen Substanzbeeinträchtigung ist auch hier fraglich, welche der beiden Parteien das Risiko der nachträglichen Wertminderung zu tragen hat. Hätte der Konditionsschuldner beispielsweise nicht einmal den Untergang der Sache zu ersetzen, wird er umso weniger für bloße Marktwertveränderungen einzustehen haben.<sup>52)</sup>

Beim Geldwechselvertrag kommt allerdings noch erschwerend hinzu, dass sich nicht nur eine, sondern beide der ausgetauschten Leistungen im Wert verändert haben. Die Abwertung des Euros gegenüber dem Franken bedeutet deshalb auch nicht zwangsläufig, dass der Euro über die Jahre allgemein an Wert verloren hat. So hat der Euro zB im selben Betrachtungszeitraum sowohl gegenüber dem Dollar als auch gegenüber dem Pfund an

Wert gewonnen,<sup>53)</sup> wenn auch in deutlich geringerem Umfang als der Franken.<sup>54)</sup> Aus bereicherungsrechtlicher Perspektive kann deshalb nicht ohne weiteres isoliert die Wertentwicklung der einzelnen Leistungen in den Blick genommen werden, um dann zu prüfen, wie damit umzugehen ist, wenn eine der ausgetauschten Leistungen zwischenzeitig an Wert gewonnen oder verloren hat. Der Wechselkurs gibt eben nur an, wie sich der Wert der zwei Währungen im Verhältnis zueinander entwickelt hat.<sup>55)</sup> Stattdessen ist etwas allgemeiner zu fragen, wem es nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen bei der Rückabwicklung zum Nachteil gereicht, wenn die im Leistungszeitpunkt gleichwertigen Geldleistungen infolge der weiteren Wechselkursentwicklung nunmehr unterschiedlich viel wert sind.<sup>56)</sup>

### 3.3.2. Zeitpunkt des Bereicherungseintritts und Bedeutung nachträglicher Wertveränderungen

Dazu empfiehlt es sich, in einem ersten Schritt zu prüfen, wann und in welcher Höhe es infolge der rechtsgrundlos ausgetauschten Geldleistungen zum Bereicherungseintritt auf beiden Seiten gekommen ist. Ist das geklärt, kann in einem zweiten Schritt der Frage nachgegangen werden, welche Bedeutung nachträglichen, auf Wechselkursschwankungen zurückzuführenden Wertveränderungen zukommt.

#### 3.3.2.1. Zeitpunkt des Bereicherungseintritts

Im Allgemeinen tritt die Bereicherung ein, sobald der Bereicherungsschuldner die unbeschränkte Verfügungsmöglich-

keit über die rechtsgrundlos verwendete Sache erlangt hat.<sup>57)</sup> Herauszugebender „Vorteil ist daher das, was in jemandes unbeschränkte Verwendungsmöglichkeit gelangt ist, gleichgültig, ob er davon in der Folge einen nützlichen oder allenfalls verlustbringenden Gebrauch gemacht hat, und gleichgültig, ob davon noch ein Nutzen vorhanden ist oder nicht“.<sup>58)</sup> Im Bereich der Leistungskonditionen tritt die Bereicherung dementsprechend grds im Leistungszeitpunkt ein.<sup>59)</sup>

Ist der Leistungsaustausch infolge der Nichtigkeit des Geldwechselvertrags rechtsgrundlos erfolgt, tritt die Bereicherung somit bereits im Zeitpunkt der Umwechslung ein. Das gilt jedenfalls dann, wenn es wie im vorliegenden Fall um die Rückforderung von Geldleistungen geht, wo der Nutzen bereits im Empfang und der damit verbundenen Verwendungsmöglichkeit des Geldes gesehen wird.<sup>60)</sup> Das entspricht zugleich den realen Gegebenheiten: Ab dem Zeitpunkt der Umwechslung hatte der Kreditnehmer die eigentlich benötigten Euros in Händen, um damit jene Projekte realisieren zu können, für die er den Fremdwährungskredit aufgenommen hat.

Damit steht zugleich fest, dass die Bereicherung im Zeitpunkt des Bereicherungseintritts auf beiden Seiten gleich hoch gewesen ist. Da der Geldwechselvorgang für beide Parteien ein Nullsummenspiel ist, waren die rechtsgrundlos ausgetauschten Leistungen im Zeitpunkt der Umwechslung gleich viel wert. Für die eingewechselten 150.000 CHF hat der Kreditnehmer das dem damaligen Wechselkurs (€ 1 = 1,5 CHF) entsprechende Äquivalent von € 100.000 erhalten.

50) Vgl nur *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht<sup>7</sup> 408 f; näher zum Ganzen *Flessner*, Wegfall der Bereicherung 13 ff; *P. Huber*, Wegfall der Bereicherung 21 ff; *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung II<sup>2</sup> 341 ff.

51) Siehe auch *Radler*, Kondiktion 33.

52) *Radler*, Kondiktion 33. Hat der Konditionsschuldner den Substanzwert der untergegangenen Sache zu ersetzen, bedeutet das hingegen noch nicht automatisch, dass der auch für bloße Marktwertschwankungen einzustehen hat.

53) Wechselkurse Juni 2001: € 1 = 0,85 USD bzw € 1 = 0,61 GBP; Wechselkurse April 2023: € 1 = 1,10 USD bzw € 1 = 0,88 GBP.

54) Wechselkurse Juni 2001: 1 CHF = 0,56 USD bzw 1 CHF = 0,40 GBP; Wechselkurse April 2023: 1 CHF = 1,12 USD bzw 1 CHF = 0,90 GBP.

55) Zur Aufwertung der einen und spiegelbildlichen Abwertung der anderen Währung kann es insofern auch dann kommen, wenn beide Währungen gegenüber Drittwährungen an Wert gewonnen haben, nur eben in unterschiedlichem

Ausmaß.

56) Der bloße Umstand, dass der AGB-Verwender eine missbräuchliche Klausel in den Vertrag eingeführt hat, rechtfertigt es für sich genommen noch nicht, diesen als unredlichen Bereicherungsschuldner (§ 1437 ABGB) zu qualifizieren. Einerseits ist zu bedenken, dass die Missbräuchlichkeit einer Klausel ex ante keineswegs immer auf der Hand liegt. Andererseits bewirkt die Unzulässigkeit der Klausel für sich genommen noch nicht, dass die ausgetauschten Leistungen zurückzugeben sind. Die Möglichkeit der Gesamtnichtigkeit des Vertrags ist vielmehr Folge der europäischen Klauseljudikatur der letzten Jahre, die im Zeitpunkt des Abschlusses des Geldwechselvertrags aber noch nicht vorhersehbar war. Es kann daher von vornherein nur um eine allfällige nachträgliche Unredlichkeit des AGB-Verwenders gehen, weshalb für den Großteil des Zeitraums der rechtsgrundlosen Nutzung jedenfalls von dessen Redlichkeit auszugehen ist. Für die verbleibende Zeitspanne schadet in Übertragung der Grundsätze zum Pro-

blem der nachträglichen Schlechtgläubigkeit bei der Ersitzung erst die spätere positive Kenntnis von Umständen, die ein Behaltendürfen der empfangenen Leistung zweifelhaft erscheinen lassen, *L. Schmid*, Redlichkeit 87 ff mwN. Für die weiteren Überlegungen wird deshalb von der Redlichkeit beider Konditionsschuldner ausgegangen.

57) *Perner/Spitzer*, Rücktritt 46.

58) 7 Ob 117/20m; RIS-Justiz RS0016319.

59) RIS-Justiz RS0033921 (T12); 7 Ob 174/20v; 4 Ob 197/18a; 1 Ob 104/00a; *Mader* in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 1437 Rn 11.

60) *Rummel* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1437 Rn 12; *Kerschner* in *Klang*<sup>3</sup> § 1437 Rn 33. Zum Bereicherungseintritt bei rechtsgrundlos überwiesenem Geld s zB 10 Ob 35/11m, wonach die Bereicherung bereits im Erhalt der Geldleistung liegt und dem Konditionsschuldner der Einwand, aus dem rechtsgrundlos empfangenen Geld aufgrund schlechter Veranlagung nur einen niedrigeren Nutzen gezogen zu haben, verwehrt ist.

### 3.3.2.2. Bedeutung nachträglicher Wertschwankungen

Offen ist damit allerdings noch, inwieweit die nachträgliche Abwertung des Euros gegenüber dem Franken einen Einfluss auf die Höhe der wechselseitigen Bereicherungsansprüche hat. Dafür ist etwas näher auf den Anspruchsinhalt der wechselseitigen Leistungskonditionen einzugehen. Bereicherungsansprüche sind primär auf Rückgabe in natura gerichtet. Kann die herauszugebende Sache nicht mehr in Natur zurückgegeben werden, was bei Geldleistungen, die bereits viele Jahre zurückliegen, stets der Fall sein wird,<sup>61)</sup> hat der Bereicherungsschuldner stattdessen Wertersatz zu leisten.<sup>62)</sup> Hier kommt nun die Wertung des § 1041 ABGB ins Spiel.<sup>63)</sup> Ist Rückgabe in natura nicht mehr möglich, hat der Bereicherungsschuldner stattdessen den Wert der Sache zu vergüten, „den sie zur Zeit der Verwendung gehabt hat, obgleich der Nutzen in der Folge vereitelt worden ist.“

Die schwierige und auch rechtsvergleichend ganz unterschiedlich beantwortete Frage, ob der spätere Wegfall einer einmal eingetretenen Bereicherung das Risiko des Bereicherungsschuldners oder des Bereicherungsgläubigers ist, hat das ABGB also zulasten des Bereicherungsschuldners entschieden.<sup>64)</sup> Der Wegfall der Bereicherung wird seiner Risikosphäre zugeordnet, was zugleich mit der (zumindest abstrakt gegebenen) Möglichkeit der Gefahrenbeherrschung harmonisiert.

Dass der Bereicherungsschuldner selbst dann Wertersatz zu leisten hat, wenn er gar nicht mehr bereichert ist, ist dabei Ausdruck einer grundlegenden Wertungsentscheidung im österr Bereicherungsrecht. In Deutschland wird nicht von ungefähr betont, dass es bei dieser Frage um nichts weniger als den „obersten Grundsatz des Bereicherungsrechts“<sup>65)</sup> bzw das „Herzstück der be-

reicherungsrechtlichen Haftung“<sup>66)</sup> geht. Folglich wendet die hA § 1041 ABGB, dessen unmittelbarer Anwendungsbereich sich auf Verwendungsansprüche bezieht, auch auf Leistungskonditionen an,<sup>67)</sup> weshalb auch „[e]ine Kondition [...] nicht auf den vorhandenen, sondern auf den verschafften Nutzen (den erlangten Vorteil) gerichtet [ist]“.<sup>68)</sup>

All das gilt erst recht, wenn es wie hier um die Bestimmung des Nutzens einer Geldleistung geht. Bei Geldleistungen wird nämlich seit jeher „generell die nützliche Verwendung durch den Empfänger unterstellt und daher eine Berufung auf den nachträglichen Wegfall der Bereicherung nicht gestattet“.<sup>69)</sup> Wie die Rsp ausdrücklich festhält, „kommt [es] nicht darauf an, was die beklagte Partei mit dem Gelde macht, auch nicht darauf, was sie davon noch in Händen hat, sondern nur darauf, was sie an Geld vom Kläger empfangen hat. Mit anderen Worten, es kommt darauf an, was der beklagten Partei im Zeitpunkte des Vertragsabschlusses (nur auf diesen ist abzustellen) an Geld zugekommen ist.“<sup>70)</sup>

### 3.3.2.3. Zwischenergebnis

Bei rechtsgrundlos empfangenen Geldleistungen versteinert die Bereicherung somit bereits mit Erhalt der Geldsumme, sodass nachträglich eingetretene Wertveränderungen unbeachtlich sind.<sup>71)</sup> Würden wie im vorliegenden Fall wechselseitig Geldleistungen ausgetauscht, gilt das aber naturgemäß für beide Seiten. Da die Umwechslung ursprünglich ein Nullsummenspiel gewesen ist, müssen auch die infolge des nichtigen Geldwechselvertrags wechselseitig zustehenden Leistungskonditionen gleich hoch sein: Im Zeitpunkt der Umwechslung hat der eingewechselte Frankenbetrag dem Eurobetrag entsprochen. Zu diesem Zeitpunkt ist folglich auch die auf beiden Seiten gleich hohe Bereicherung eingetreten. Dass der Euro dann im Verlauf der Jahre

gegenüber dem Franken an Wert verloren hat, wirkt sich auf die der Höhe nach bereits fixierten Bereicherungsansprüche nicht mehr aus. Ist der Geldwechselvertrag unwirksam, kann der Kreditnehmer daher nur das für die Umwechslung rechtsgrundlos bezahlte Entgelt<sup>72)</sup> zurückverlangen.

Ganz in diesem Sinn hat auch der OGH erst kürzlich ausgesprochen, dass nachträgliche Wertveränderungen infolge von Kursschwankungen den Umfang der Bereicherungshaftung unberührt lassen. Im zugrundeliegenden Fall ging es um die Frage, inwieweit sich der nach einem (Spät-)Rücktritt vom Lebensversicherungsvertrag (§ 165a VersVG) zur Prämienrückzahlung verpflichtete Versicherer darauf berufen kann, dass die mit den Prämien erworbenen Anlageprodukte infolge von Kursverlusten im Wert gesunken sind. Der OGH lehnt das ab und betont, dass die vom Versicherer herauszugebende Bereicherung bereits mit dem Erwerb der Anlageprodukte eingetreten ist. Der Versicherer „hat insofern einen Vorteil erlangt, der im Zeitpunkt des Ankaufs dem damaligen Wert der Wertpapiere entsprochen hat. Damit ist aber ein in der Folge eingetretener Wertverlust der gekauften Papiere im Vermögen [des Versicherers] eingetreten und beeinflusst die Höhe des Bereicherungsanspruchs [...] nicht: Ist der Nutzen einmal eingetreten, so befreit dessen nachträglicher Wegfall den Bereicherungsschuldner nicht“.<sup>73)</sup>

### 3.3.3. Verhältnis zu §§ 907b, 1420 ABGB

#### 3.3.3.1. Spezielle Regel zur Verteilung des Wechselkursrisikos?

Das eben erzielte Ergebnis ist nun allerdings noch einer Kontrolle durch die §§ 907b, 1420 ABGB zu unterziehen. Diesen Bestimmungen wird nämlich bisweilen eine spezielle Regelung

61) Siehe dazu auch noch unten 3.3.3.2.

62) *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht<sup>7</sup> 407 f.

63) § 1437 ABGB verweist hinsichtlich des Haftungsumfanges des Konditionsschuldners zwar auf die Bestimmungen über den redlichen oder unredlichen Besitzer (§§ 326 ff ABGB). Der von diesem Verweis mitumfasste § 329 ABGB regelt nun iU zu § 1041 ABGB, dass der redliche Besitzer für den Untergang der herauszugebenden Sache keinen Wertersatz zu leisten. Allerdings wird der Verweis des § 1437 ABGB auf das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis als wertungsmäßig unpassend abgelehnt. § 329 ABGB ist deshalb nach hA im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung nicht anzuwenden, *Holzner* in

Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 329 Rn 2; *Kodek* in Klang<sup>3</sup> § 329 Rn 24; *Lurger* in ABGB-ON<sup>1,07</sup> (2020) § 329 Rn 3.

64) Der deutsche Gesetzgeber hat demgegenüber den gegenteiligen Weg gewählt und gestattet dem Bereicherungsschuldner gem § 818 Abs 3 BGB grds den Entreicherungsseinwand, s näher *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung II<sup>2</sup> 341 ff; vgl auch *Wendehorst* in FS Koziol 425 (437 ff) sowie den rechtsvergleichenden Überblick bei *Flessner*, Wegfall 37 ff.

65) BGH VII ZR 9/70 BGHZ 55, 128; I ZR 15/50 NJW 1951, 270.

66) *Wendehorst* in FS Koziol 425 (438).

67) 7 Ob 117/20m; 9 Ob 98/04h; *Koziol/Spitzer* in KBB<sup>7</sup> § 1437 Rn 5; *Mader* in Schwimann/Kodek<sup>4</sup> § 1437 Rn 3; aA

*Kerschner* in Klang<sup>3</sup> § 1437 Rn 34; *Wendehorst* in FS Koziol 425 (431).

68) 7 Ob 117/20m; RIS-Justiz RS0033921 (T12); aA *Wendehorst* in FS Koziol 425 (431, 442).

69) 7 Ob 117/20m; 10 Ob 35/11m; *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1437 Rn 12; vgl bereits *Ehrenzweig*, System II/1, 672; *Pisko* in Klang II/2<sup>1</sup> 162; 3 Ob 123/50 SZ 23/159; 3 Ob 333/57 EvBl 1957/348; krit *Perner/Spitzer*, Rücktritt 41 ff.

70) 3 Ob 333/57 EvBl 1957/348.

71) *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 1437 Rn 3, 12; *Kerschner* in Klang<sup>3</sup> § 1437 Rn 33.

72) Zu diesem s bereits oben 3.1.

73) 7 Ob 117/20m; mit Blick auf die fehlende unbeschränkte Verfügungsmöglichkeit des Versicherers aA *Perner/Spitzer*, Rücktritt 47 ff.

zur Verteilung des Wechselkursrisikos bei der Rückabwicklung von Fremdwährungsschulden entnommen.<sup>74)</sup> Damit sind sie auch für den nichtigen Geldwechselvertrag von Interesse, wo die Bank mit der Verpflichtung zur Rückgabe der eingewechselten Franken grds ebenfalls eine Fremdwährungsverbindlichkeit trifft.

Die Ersetzungsbefugnis des § 907b ABGB erlaubt es dem Schuldner einer Fremdwährung, seine Schuld alternativ in Euro zu tilgen, wobei als Umrechnungskurs der bei Fälligkeit der Verbindlichkeit vorherrschende Wechselkurs heranzuziehen ist.<sup>75)</sup> Gem § 1420 ABGB gelangt § 907b ABGB, dessen Anwendungsbereich auf vertragliche Schuldverhältnisse beschränkt ist, auch bei gesetzlichen Schuldverhältnissen und damit auch im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung zur Anwendung.<sup>76)</sup> Auf den nichtigen Geldwechselvertrag umgelegt könnte das bedeuten, dass die Bank entweder die eingewechselten 150.000 CHF oder alternativ das Äquivalent in Euro schuldet, wobei sich der Umrechnungskurs nach dem Fälligkeitszeitpunkt des Bereicherungsanspruchs richtet.<sup>77)</sup>

Aus Sicht des Kreditnehmers wäre das erfreulich, weil Bereicherungsansprüche nach hA nicht bereits mit der rechtsgrundlosen Leistungserbringung fällig werden, sondern erst mit der Geltendmachung des Anspruchs (§§ 904, 1417 ABGB).<sup>78)</sup> Damit wäre für die Umrechnung nicht der Wechselkurs im Zeitpunkt der Umwechslung (€ 1 = 1,5 CHF), sondern der gegenwärtige Umrechnungskurs (€ 1 = 1 CHF) heranzuziehen. Im Ergebnis hätte die Bank somit entweder 150.000 CHF oder € 150.000 herauszugeben, während sie selbst vom Kreditnehmer nur € 100.000 zurückbekommt.

Das wirft die Frage auf, ob sich der Kreditnehmer darauf berufen kann, dass der Wert der geleisteten 150.000 CHF im Zeitpunkt der Umwechslung zwar den erhaltenen € 100.000 entsprechen hat, es darauf aber nicht ankomme, weil die

§§ 907b, 1420 ABGB eine speziellere Regel zur Verteilung des Wechselkursrisiko enthalten, die dem auf Basis allgemeiner bereicherungsrechtlicher Wertungen erzielten Ergebnis vorgeht.

### 3.3.3.2. Inhalt der wechselseitigen Bereicherungsansprüche

Diese Frage stellt sich freilich nur dann, wenn die §§ 907b, 1420 ABGB im konkreten Fall auch wirklich zur Anwendung gelangen. Da die Bestimmungen an das Vorliegen einer Fremdwährungsschuld anknüpfen, setzt dies voraus, dass die Bank auch tatsächlich eine Fremdwährungsverbindlichkeit trifft. Das macht es erforderlich, den Inhalt der wechselseitigen Leistungskonditionen etwas genauer unter die Lupe zu nehmen.

Es wurde bereits erwähnt, dass Bereicherungsansprüche primär auf Rückgabe in natura gerichtet sind (§§ 1041, 1431 ABGB). Kann die herauszugebende Sache nicht mehr in Natur zurückgegeben werden, hat der Bereicherungsschuldner stattdessen Wertersatz zu leisten.<sup>79)</sup> Auch im vorliegenden Fall sind die Leistungskonditionen damit vorrangig auf die Rückgabe der rechtsgrundlos umgewechselten Geldbeträge gerichtet, also jene des Kreditnehmers auf 150.000 CHF und jene der Bank auf € 100.000. Da der Zeitpunkt der Umwechslung (= die Auszahlung der Kreditvaluta in Euro statt in CHF) regelmäßig bereits viele Jahre zurückliegt, sind die umgewechselten Geldbeträge freilich auf beiden Seiten nicht mehr in Natur vorhanden. Damit scheidet auch die Rückforderung in natura aus, sodass auf beiden Seiten Wertersatz zu leisten ist. Das gilt nach hA auch dann, wenn es sich bei der nicht mehr vorhandenen Sache wie hier um eine vertretbare Sache gehandelt hat.<sup>80)</sup>

Die Pflicht zum Wertersatz macht nun zwar beim Kreditnehmer, der bereicherungsrechtlich ohnedies Euro zurückzahlen hat, naturgemäß keinen Unterschied. Für die Bank, die im Rahmen der Naturalrestitution die Rückgabe der vom

Kreditnehmer eingewechselten Fremdwährung geschuldet hätte, hingegen sehr wohl, da Wertersatz stets in inländischer Währung bemessen wird.<sup>81)</sup> Die Bank schuldet damit nicht die Rückgabe von 150.000 CHF in natura, sondern Wertersatz in Euro. Entgegen dem ersten Anschein trifft die Bank somit gerade keine Fremdwährungsverbindlichkeit. Damit sind aber auch die §§ 907b, 1420 ABGB nicht anwendbar, sodass sich diese Bestimmungen auch nicht als Argument für einen späteren Wechselkurs ins Treffen führen lassen. Es bleibt vielmehr dabei, dass sich die Höhe des Wertersatzes entsprechend den im vorigen Abschnitt skizzierten allgemeinen Regeln nach dem ursprünglich erlangten Nutzen bemisst. Damit ist auf den Wert im Zeitpunkt der Umwechslung abzustellen, sodass die Bank ebenfalls € 100.000 herauszugeben hat.<sup>82)</sup> (Genau genommen ist die Kondition der Bank auf einen etwas niedrigeren Eurobetrag gerichtet als jene des Kreditnehmers, weil die Bereicherung auf Seiten des Kreditnehmers wegen des für die Umwechslung verrechneten Entgelts etwas geringer ausfällt. Die beiden Konditionen können gegeneinander aufgerechnet werden,<sup>83)</sup> sodass als Differenz das rechtsgrundlos bezahlte Entgelt übrigbleibt).

Nach einem Teil der Lehre ist die Pflicht zur Rückgabe in natura allerdings weiter zu verstehen, was auch den Anwendungsbereich der §§ 907b, 1420 ABGB erweitern könnte. Danach ist der Bereicherungsschuldner beim Untergang vertretbarer Sachen unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet, eine andere gleichartige Sache zu verschaffen.<sup>84)</sup> Dieser Auffassung ist zwar an sich viel abzugewinnen, weil dem Bereicherungsrecht grds ein gegenstandsbezogenes und kein wertbezogenes Denken zugrunde liegt.<sup>85)</sup> Es wurde jedoch bereits darauf hingewiesen, dass diese gegenstandsorientierte Sichtweise dort nicht passt, wo es um die Rückforderung von Geldleistungen geht. Hier verhält es sich mit der Interessenlage genau umgekehrt: Seinem Wesen als „*Universaltauschmittel*“<sup>86)</sup> entsprechend,

74) Vgl Perner, ÖBA 2018, 15 (18 f).

75) Bollenberger/P. Bydlinski in KBB<sup>7</sup> § 907b Rn 5.

76) Beclin in Klang<sup>3</sup> § 1420 Rn 1; Stabentheiner in Klang<sup>3</sup> § 907b Rn 1.

77) Siehe Perner, ÖBA 2018, 15 (18 f).

78) Schwebisch, Fälligkeitskonzepte 147; Graf, JBl 1990, 350 (359); Perner, ÖBA 2018, 15 (18 f); aA P. Bydlinski in FS Koziol (2010) 21 (39 f).

79) Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht<sup>7</sup> 407 f.

80) Meissel in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 1041 Rn 14; Lurger in ABGB-ON<sup>1.08</sup> (2022) § 1437 Rn 3; RIS-Justiz RS0025602.

81) Siehe die Nw bei Stabentheiner in Klang<sup>3</sup> § 907b Rn 39 f zur übertragbaren Jud im Schadenersatzrecht.

82) Da die Bank ebenfalls Wertersatz in Euro schuldet, spielt auch der Umstand, dass Geldschulden idR Geldsummen- und keine Geldwertschulden sind, keine Rolle. Zum Nominalismus im Geldschuldrecht s etwa Ertl, Inflation 20 ff, 34 ff; Kellner in Rummel/Lukas/Geroldinger<sup>4</sup> § 985 Rn 2; Rummel in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 1437 Rn 11.

83) Da beide Konditionen auf Wertersatz und damit auf Eurobeträge gerichtet sind, ist eine einseitige Aufrechnung

ohne weiteres möglich. Wegen § 907b ABGB könnte die Bank freilich selbst dann einseitig aufrechnen, wenn sie die Fremdwährung in natura herauszugeben hätte, vgl P. Bydlinski in KBB<sup>7</sup> § 1440 Rn 1.

84) Apathy, Verwendungsanspruch 98 f; Apathy/Perner in Schwimann/Kodek<sup>5</sup> § 1041 Rn 24 f; Koziol/Spitzer in KBB<sup>7</sup> § 1041 Rn 13.

85) Siehe näher Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung II<sup>2</sup> 185 ff.

86) Omlor in Staudinger, BGB (2021) Vor §§ 244 f Rn A178.

ist bei Geldleistungen eben gerade nicht der konkrete Leistungsgegenstand, sondern ausschließlich der darin verkörperte Wert von Interesse.<sup>87)</sup>

Bei Geldleistungen treffen die Gründe, die bei anderen vertretbaren Sachen für ein weitergehendes Verständnis der Pflicht zur Rückgabe in natura sprechen, deshalb schon von vornherein nicht zu. Noch entscheidender ist allerdings, dass auch die Befürworter einer weiter verstandenen Naturalrestitution den Bereicherungsschuldner nur dann zur Verschaffung gleichartiger Sachen verpflichten, wenn er dadurch nicht stärker belastet wird als durch die Leistung von Wertersatz.<sup>88)</sup> Genau das wäre hier jedoch der Fall: Da der Franken gegenüber dem Euro über die Jahre stark aufgewertet hat, würde die Anschaffung von 150.000 CHF zum heutigen Wechselkurs (€ 150.000) im Vergleich zur Leistung von Wertersatz iHv € 100.000 für den Bereicherungsschuldner einen finanziellen Mehraufwand von fünfzig Prozent bedeuten.<sup>89)</sup>

Diese Einschränkung ist auch teleologisch geboten. Da der Bereicherungsschuldner nicht schuldhaft gehandelt haben muss, sind auch die Grenzen der Naturalrestitution enger zu ziehen als im Schadenersatzrecht (§ 1323 ABGB).<sup>90)</sup> Die Anschaffung vergleichbarer Sachen ist ihm deshalb nur dann zumutbar, wenn er dadurch nicht stärker belastet wird, als es seinem Nutzen entspricht.<sup>91)</sup> Das hat auch die Rsp in der Vergangenheit bereits klargestellt. Wer in gutem Glauben fremden Koks verheizt und dadurch keinen größeren Nutzen (Ersparnis) erzielt hat als beim Verheizen von (billigerer) Kohle, schuldet ebenfalls keine Naturalrestitution, sondern nur Wertersatz im Umfang der eingetretenen Bereicherung. Denn die Pflicht zur Rückgabe in natura, also zur Anschaffung von teurerem Koks, würde beim redlichen Bereicherungsschuldner den abzuschöpfenden Nutzen übersteigen.<sup>92)</sup>

### 3.3.3.3. Keine Aussage zur Verteilung des Wechselkursrisikos bei der Rückabwicklung

Egal welcher der beiden Auffassungen zur Reichweite der bereicherungsrecht-

lichen Naturalrestitution man anhängt, der vorliegende Fall ist nach keiner der beiden erfasst. Damit steht fest, dass die Bank nicht zur Rückgabe der Fremdwährung in natura verpflichtet ist, sondern Wertersatz in Euro schuldet, weshalb die §§ 907b, 1420 ABGB nicht anwendbar sind.

Ganz unabhängig davon erscheint es zudem zweifelhaft, ob sich diesen Bestimmungen wirklich eine Aussage zur Frage der Verteilung des Wechselkursrisikos bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung entnehmen lässt. Die Regel des § 907b ABGB bezieht sich auf vertragliche Schuldverhältnisse und ist erst über den in § 1420 ABGB enthaltenen Verweis auch auf Bereicherungsansprüche anwendbar. Es ist jedoch zu bedenken, dass sich die hier interessierende Frage nach der Verteilung des Wechselkursrisikos im vertraglichen Bereich gar nicht stellt, weil sie dort auf der Hand liegt: Wer sich zur Leistung einer Geldschuld in Fremdwährung verpflichtet, trägt klarerweise bis zur Fälligkeit das Wechselkursrisiko. Er profitiert, wenn die Fremdwährung bis dahin gegenüber der Inlandswährung abwertet, während sich seine Verbindlichkeit im umgekehrten Fall vergrößert. Damit ist aber auch klar, dass es für die Umrechnung nur auf den Wechselkurs im Fälligkeitszeitpunkt der Forderung ankommen kann, weil die Ersetzungsbefugnis des § 907b ABGB andernfalls die vertragliche Risikoverteilung konterkarieren würde.

Ganz anders stellt sich die Situation hingegen bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung dar, wo die Verteilung des Wechselkursrisikos keineswegs so selbstverständlich ist. Nicht von ungefähr wird in diesem Zusammenhang sowohl im Bereicherungs- als auch im Schadenersatzrecht vor der Gefahr des Spekulierens am Rücken des Gegenübers gewarnt. Anders als im vertraglichen Bereich kommt für die Umrechnung deshalb auch nicht nur ein denkbarer Zeitpunkt in Betracht.<sup>93)</sup> Die Wahl des Umrechnungszeitpunkts ist hier vielmehr von der Wertungsentscheidung abhängig, welche der Parteien bei der Rückabwicklung das Wechselkursrisiko tragen soll.

Ob im Verweis auf § 907b ABGB – auf dessen Erwähnung in § 1420 ABGB der Gesetzgeber zunächst überhaupt vergessen hat<sup>94)</sup> – solch eine bewusste Entscheidung zur Verteilung des Wechselkursrisikos bei der Rückabwicklung zu sehen ist, ist vor diesem Hintergrund mehr als fraglich.<sup>95)</sup> Der im dritten Teil des ABGB angesiedelte § 1420 ABGB ist Teil einer Gruppe von Bestimmungen (§§ 1417 ff ABGB) mit denen es dem Gesetzgeber wohl lediglich darum ging, noch einmal an einem Ort für alle Schuldverhältnisse – also sowohl für vertragliche als auch für gesetzliche – Zeit, Ort und Art der Leistung zusammenzufassen. Dass § 1420 ABGB keine Aussage zur Verteilung des Wechselkursrisikos treffen will, wird auch noch dadurch bestärkt, dass der Fälligkeitszeitpunkt von Bereicherungsansprüchen (und damit auch der nach dem Wortlaut der §§ 907b, 1420 ABGB für die Verteilung des Wechselkursrisikos maßgebende Zeitpunkt der Umrechnung) keineswegs unumstritten ist.<sup>96)</sup> Nimmt man noch hinzu, dass die Zuordnung des Wechselkursrisikos in der Diskussion um die Fälligkeit von Bereicherungsansprüchen überhaupt keine Rolle gespielt hat, erscheint es fragwürdig, aus dieser Debatte Wertungen für das hier interessierende Problem ableiten zu wollen.

Selbst wenn die §§ 907b, 1420 ABGB anwendbar wären, ist die Suppe damit insgesamt zu dünn, um mit diesen Bestimmungen – die als subsidiäre Regeln gegenteilige gesetzgeberische Wertungen ohnehin nicht durchkreuzen dürften<sup>97)</sup> – eine von allgemeinen bereicherungsrechtlichen Grundsätzen abweichende Risikoverteilung zu rechtfertigen.

### 3.3.4. Rückabwicklung im Synallagma

Auch die §§ 907b, 1420 ABGB ändern somit nichts an jenem Ergebnis, das zuvor auf Basis allgemeiner bereicherungsrechtlicher Wertungen erzielt wurde: Die Rückabwicklung des Geldwechselvertrags löst keine Bereicherungsansprüche in die eine oder andere Richtung aus, weil die sich gegenüberstehenden Konditionen gleich hoch sind.

Ausgeblendet wurde bislang allerdings noch, dass es im vorliegenden Fall um die

87) Spitzer in JB Zivilverfahrensrecht 2011, 217.

88) Apathy, Verwendungsanspruch 99; Apathy/Perner in Schwimann/Kodek<sup>5</sup> § 1041 Rn 24 f; Koziol/Spitzer in KBB<sup>7</sup> § 1041 Rn 13.

89) Vgl 6 Ob 166/15b.

90) Koziol/Spitzer in KBB<sup>7</sup> § 1041 Rn 13; zur Frage der Redlichkeit s bereits FN 56.

91) Apathy, Verwendungsanspruch 99.

92) Ob II 318/25 SZ 7/150; zust. Apathy, Ver-

wendungsanspruch 98 f; Apathy/Perner in Schwimann/Kodek<sup>5</sup> § 1041 Rn 25; vgl auch 6 Ob 166/15b.

93) Deshalb trifft auch die – ohnehin nur zu § 907a ABGB und nicht zu § 907b ABGB – ausgesprochene Prämisse des Gesetzgebers (ErläutRV 2111 BlgNR 24. GP 19), die vertraglichen Regelungen über Geldschulden würden „eine sachgerechte und zweckmäßige Lösung für Geldschulden schlechthin darstellen“,

in diesem Punkt nicht ohne weiteres zu.

94) Vgl ErläutRV 89 BlgNR 25. GP 12.

95) Vgl ErläutRV 89 BlgNR 25. GP 12, die keinerlei Problembewusstsein zur Frage der Verteilung des Wechselkursrisikos bei der Rückabwicklung erkennen lassen.

96) Nach hA tritt die Fälligkeit erst mit Geltendmachung ein, s die Nw in FN 78.

97) Beclin in Klang<sup>3</sup> (2019) § 1420 Rn 2; Stabentheiner/Kolbitsch-Franz in ABGB-ON<sup>1.05</sup> (2023) § 1420 Rn 1.

Rückabwicklung eines synallagmatischen Vertrags geht. Bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge ist bekanntlich umstritten, inwieweit die allgemeinen bereicherungsrechtlichen Grundsätze zu modifizieren sind.<sup>98)</sup> Vor diesem Hintergrund ist das bisher erzielte Ergebnis noch einer Überprüfung durch die Zwei-Konditionen-Theorie bzw die ihr gegenüberstehende Saldotheorie zu unterziehen.

### 3.3.4.1. Saldotheorie

Von vornherein keine Änderungen ergeben sich, wenn man der in Deutschland überwiegend vertretenen Saldotheorie folgt.<sup>99)</sup> Diese sieht die abzuschöpfende Bereicherung beim synallagmatischen Vertrag schließlich gerade in der Wertdifferenz – eben dem Saldo – von Leistung und Gegenleistung. So kann zB der Käufer bei Wegfall des Kaufvertrags nur jenen Kaufpreisanteil zurückverlangen, der den Wert der untergegangenen Sache übersteigt.<sup>100)</sup> Da der Umtausch beim Geldwechselvertrag wie gezeigt ein Nullsummenspiel ist, kann der Kreditnehmer somit auch nach der Saldotheorie nur das von der Bank für die Umwechslung verrechnete Entgelt zurückverlangen.

Dabei ist zu bedenken, dass der Grundgedanke der Saldotheorie – die Möglichkeit zur Gefahrenbeherrschung – gerade im vorliegenden Fall besonders schwer wiegt. Die Saldotheorie weist dem Konditionsschuldner nämlich deshalb das Risiko des zufälligen Untergangs (bzw der Beschädigung) der zurückzustellenden Sache zu, weil dieser die Sache bei sich hat und damit auch die Gefahr zufälliger Beeinträchtigungen zumindest abstrakt beherrschen kann.<sup>101)</sup> Sie stimmt damit wertungsmäßig mit den Gefährtragungsregeln vor Übergabe überein, weshalb sich die Saldotheorie auch in Österreich immer größerer Beliebtheit erfreut.<sup>102)</sup> Dort, wo es um zufällige Substanzbeeinträchtigungen geht (das ordnungsgemäß abgestellte Auto wird

gestohlen, von einer Naturgewalt zerstört oder während der Fahrt bei einem unverschuldeten Unfall beschädigt), ist die Möglichkeit zur Gefahrenbeherrschung allerdings oft eher theoretischer Natur. Beruht die Wertminderung der Sache hingegen wie hier auf einer Veränderung der Marktverhältnisse (des Wechselkurses), ist die Möglichkeit der Gefahrensteuerung real gegeben, was der Saldotheorie im vorliegenden Zusammenhang besonderes Gewicht verleiht. Beginnt der Euro gegenüber dem Franken im Wert zu fallen, hat es die davon betroffene Partei in der Hand, ihre Verluste durch Rückkonvertierung zu begrenzen oder aber auf eine Kurserholung zu spekulieren und damit aber zugleich auch das Risiko noch größerer Verluste in Kauf zu nehmen.<sup>103)</sup>

### 3.3.4.2. Zwei-Konditionen-Theorie

Spiegelbildlich zur Saldotheorie weist die va im älteren österr Schrifttum befürwortete Zwei-Konditionen-Theorie<sup>104)</sup> das Risiko zufälliger Beeinträchtigungen dem Konditionsgläubiger zu. Der Autoverkäufer hat also den Kaufpreis herauszugeben, obwohl er selbst das verkaufte Auto nicht oder nur beschädigt zurückverlangen kann. Nach der Zwei-Konditionen-Theorie hätte damit auf den ersten Blick die Bank die Nachteile aus der Abwertung des Euros gegenüber dem Franken zu tragen: Sie hat Franken herauszugeben, erhält im Gegenzug aber nur (mittlerweile) weniger wertvolle Euros zurück.

Beim Geldwechselvertrag würden allerdings auch die Vertreter der Zwei-Konditionen-Theorie zum selben Ergebnis wie nach der Saldotheorie kommen. Auch nach ihnen schließt nämlich „[d]ie Beschädigung oder Zerstörung der Sache [...] keineswegs aus, daß dem Gläubiger doch der Nachweis einer Bereicherung des Sachempfängers gelingt.“<sup>105)</sup> Letzteres ist dann der Fall, wenn der Konditionsschuldner ohne die rechtsgrundlose Leistung denselben Nachteil im eigenen Vermögen erlitten hätte, weil er

eigene Vermögensgüter einsetzen hätte müssen, die dann ebenfalls zerstört oder beschädigt worden wären. Auch solch eine Ersparnis des Verlusts eigenen Vermögens stellt eine Bereicherung dar, die herauszugeben ist.<sup>106)</sup> Ganz in diesem Sinn betont bereits *Wilburg*, dass „[d]er Vermehrung des Vermögens [...] dessen Nichtverminderung gleich[steht].“<sup>107)</sup>

Genau das ist auch hier der Fall: Hätte der Kreditnehmer die Fremdwährungsvaluta nicht bei der Bank in Euro umgewechselt, hätte er die Franken an anderer Stelle gegen die eigentlich benötigten Euros einwechseln müssen. Damit wäre er aber ebenfalls von der aus seiner Sicht nachteiligen Wechselkursentwicklung betroffen gewesen. Das gilt selbst dann, wenn man die Ersatzfähigkeit der Ersparnis mit *Kerschner* an strenge Voraussetzungen knüpft und verlangt, dass „der Leistungsempfänger jedenfalls mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ein eigenes Rechtsgut verwendet hätte und dieses Rechtsgut dabei ebenso beeinträchtigt worden wäre. Dann hat er sich durch die Verwendung fremden Vermögens eine Verminderung eigenen Vermögens erspart. Diesen Vorteil hat er herauszugeben.“<sup>108)</sup> Dass dem so gewesen wäre, kann im gegenständlichen Kontext nicht zweifelhaft sein. Fremdwährungskredite wurden in der Praxis nur deshalb aufgenommen, weil die Kreditnehmer von den niedrigeren Zinssätzen und der erhofften Aufwertung des Euros gegenüber dem Franken profitieren wollten.<sup>109)</sup> An einer tatsächlichen Auszahlung in Franken waren sie niemals interessiert, weil sie mit der Fremdwährung auch gar nichts anfangen hätten können: sie leben im Euroraum, beziehen ihr Gehalt in Euro und müssen auch alle Ausgaben, für die sie den Kredit aufgenommen haben, in Euro bezahlen. Damit wäre es auch ohne Umwechslung bei der Bank zwangsläufig zu einer Konvertierung in Euro gekommen, was nicht zuletzt der Umstand bestätigt, dass in der Praxis sämtliche Fremdwährungskredite faktisch in Euro ausbezahlt wurden.

98) Vgl etwa *Koziol/Spitzer* in *KBB*<sup>7</sup> § 1437 Rn 6; *Rummel* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1437 Rn 3.

99) Siehe näher *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung II<sup>2</sup> 372 ff.

100) *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 288; *Wendehorst* in *FS Koziol* 425 (447).

101) Vgl etwa *Harrer*, *JB* 1983, 238 ff; *Honsell*, *JB* 1989, 205 (212 f).

102) Vgl etwa *Mader* in *Schwimmann/Kodek*<sup>4</sup> § 1437 Rn 29; *Lurger* in *ABGB-ON*<sup>1.08</sup> § 1437 Rn 10.

103) Das gilt jedenfalls dort, wo es um einen isoliert abgeschlossenen Geldwechselvertrag geht. Im vorliegenden Fall, wo die Umwechslung in Verbindung mit dem Fremdwährungskredit steht, kommt dem

Kreditnehmer diese Entscheidungsfreiheit zwar nicht in gleicher Weise zu, weil er die im Zuge der Umwechslung erhaltenen Euros für einen bestimmten Zweck benötigt. Dafür sind die teleologischen Gründe, die beim Geldwechselvertrag ganz generell gegen eine Überwälzung der Wechselkursverluste sprechen (s unten 3.3.5.), hier besonders stark ausgeprägt, hat sich der Kreditnehmer mit dem Abschluss des Fremdwährungskredits doch ganz bewusst für die Übernahme des Wechselkursrisikos entschieden.

104) Vgl den Überblick bei *Rummel* in *Rummel*<sup>3</sup> Vor § 1431 Rn 24; stark einschränkend in jüngerer Zeit *Wendehorst*

in *FS Koziol* 425 (455 ff).

105) *Kerschner*, *JB* 1988, 624 (629).

106) *Apathy/Perner* in *Schwimmann/Kodek*<sup>5</sup> § 1041 Rn 31; *Koziol/Spitzer* in *KBB*<sup>7</sup> § 1437 Rn 4; *Meissel* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 1041 Rn 5, 15; *Wendehorst* in *FS Koziol* 425 (429); *RIS-Justiz* RS0020139.

107) *Wilburg*, Ungerechtfertigte Bereicherung 126.

108) *Kerschner*, *JB* 1988, 630; ebenso *Wendehorst* in *FS Koziol* 425 (457). Die Beweislast soll dabei der Leistende tragen.

109) *Bollenberger/P. Bydlinski* in *KBB*<sup>7</sup> § 907b Rn 8; 1 Ob 173/21d.

### 3.3.5. Teleologische Absicherung

#### 3.3.5.1. Wechselkursverluste als Konsequenz der bewussten Spekulationsentscheidung

Weder nach der Zwei-Konditionen-Theorie noch nach der Saldotheorie kann der Kreditnehmer also die Folgen der für ihn nachteiligen Wechselkursentwicklung im Wege der Rückabwicklung auf die Bank überwälzen. Beide Theorien bestätigen damit noch einmal jenes Ergebnis, das zuvor bereits auf Basis allgemeiner bereicherungsrechtlicher Grundsätze erzielt wurde.

Für dieses Ergebnis spricht darüber hinaus ein entscheidendes teleologisches Argument. Mit Abschluss des Geldwechselvertrags haben beide Parteien bewusst das damit verbundene Wechselkursrisiko in Kauf genommen. Da die Kursentwicklung der beiden Währungen nicht vorhersehbar ist, steht von Beginn an fest, dass sich der Umtausch im Nachhinein betrachtet für einen Teil als gutes und für den anderen Teil als schlechtes Geschäft erweisen wird. Wer seine Franken gegen Euros tauscht, dem ist klar, dass der Euro gegenüber dem Franken künftig an Wert gewinnen oder verlieren kann und dasselbe gilt – nur mit umgekehrten Vorzeichen – naturgemäß auch für den Vertragspartner, der Euro hingibt, um Franken zu erhalten. Das gilt erst recht, wenn es nicht um einen isoliert abgeschlossenen Geldwechselvertrag in der Wechselstube geht, sondern die Umwechslung in Verbindung mit einem Fremdwährungskredit erfolgt ist. Schließlich wurde der Kreditnehmer bei Abschluss des Fremdwährungskredits explizit über das damit verbundene Wechselkursrisiko aufgeklärt.

Diese Risikoentscheidung darf auch bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung nicht außer Acht gelassen werden. „Wer [...] sein Vermögen lediglich umschichten wollte, setzt sich [...] mit sich selbst in Widerspruch, wenn er wegen der Rechtsgrundlosigkeit aus dem eigenen Risiko ein solches des Gläubigers zu machen versucht.“<sup>110)</sup> Andernfalls

bestünde gerade jener Anreiz zum Spekulieren am Rücken des Gegenübers, dem sowohl im Schadenersatz- als auch im Bereicherungsrecht auf vielfältige Art und Weise entgegenzuwirken versucht wird: Geht das Geschäft auf und gewinnt der Euro gegenüber dem Franken im Wert, wird die Nichtigkeit des Geldwechselvertrags nicht geltend gemacht. Wertet der Euro hingegen ab, wird der Nichtigkeitsjoker gezogen. Solch ein „Rosinenpicken“ (je nach Kursentwicklung) erschien sehr begründungsbedürftig.“<sup>111)</sup>

#### 3.3.5.2. Berücksichtigung im Rahmen der Zweckbestimmung der Leistung

Dogmatisch ist dieser Risikoentscheidung im Rahmen der Zweckbestimmung der Leistung, also dem mit der Leistung verfolgten Ziel, Rechnung zu tragen.<sup>112)</sup> Denn die Leistung stellt als bewusste Zuwendung eines Vermögensvorteils kein bloßes Faktum dar. Im Vergleich zur Bereicherung in sonstiger Weise zeichnet sich die Leistungskondition vielmehr dadurch aus, dass die ihr zugrundeliegende Verfügung auf einer privatautonomen Willensentscheidung des Leistenden beruht.<sup>113)</sup> Welche große Bedeutung der Zweckbestimmung der Leistung zukommt, wird besonders bei der Rückabwicklung in dreipersonalen Verhältnissen deutlich. Ohne Rückgriff auf den Leistungszweck ließe sich im Dreiecksverhältnis zB gar nicht bestimmen, wer Geber und wer Empfänger der rechtsgrundlosen Leistung ist.<sup>114)</sup>

Die Leistung und der damit verfolgte Zweck stellen aber auch im zweipersonalen Verhältnis Grund und Grenze einer jeder Leistungskondition dar. Soweit der Vorteil des Gegenübers nämlich durch den Leistungszweck gedeckt ist, kommt eine Leistungskondition nicht in Betracht:<sup>115)</sup> „Insoweit ist die Bereicherung nicht ‚ungerechtfertigt‘.“<sup>116)</sup> Das von beiden Parteien bewusst übernommene Wechselkursrisiko steht einer Kondition deshalb auch im vorliegenden Fall entgegen. Denn die „Bereicherung“, die der Kreditnehmer bei der Bank abschöpfen will, ist nichts anderes als die auf den geänderten Wechselkurs zurückzuführende Wertdifferenz

zwischen den seinerzeit ausgetauschten Währungsbeträgen. Damit handelt es sich aber genau um solch einen Vorteil, der durch den mit der Geldumwechslung verbundenen Leistungszweck gerechtfertigt ist und der daher auch nicht zurückgefordert werden kann. *F. Bydlinski* bezeichnet dies als „die im Rechte der Leistungskonditionen bedeutsame [...] Maxime der privatautonomen Risikozuteilung, insbesondere durch Zweckbestimmung und Ermächtigung.“<sup>117)</sup>

#### 3.3.5.3. Kein Wegfall des Leistungszwecks

Fraglich ist allerdings, ob mit der Nichtigkeit des Geldwechselvertrags nicht auch die damit in Zusammenhang stehende Risikoentscheidung gegenstandslos ist. *F. Bydlinski* betont nicht von ungefähr, dass die Zweckwidmung der Leistung „in der Regel von denselben Ungültigkeitsgründen infiziert [ist], die auch schon die Ungültigkeit des Schuldvertrages herbeiführen.“<sup>118)</sup> Ist der Geldwechselvertrag etwa wegen der fehlenden Geschäftsfähigkeit eines Teils nicht gültig zustande gekommen, kann der Geschäftsunfähige auch das damit verbundene Spekulationsrisiko nicht wirksam übernommen haben.<sup>119)</sup> Ähnliche Bedenken greifen, wo der entsprechende Wille aufgrund eines Willensmangels nicht fehlerfrei gebildet wurde, weshalb auch dem Getäuschten oder dem Irrenden der mit der eigenen Leistung verfolgte Zweck nicht entgegengehalten werden kann.<sup>120)</sup>

Anders stellt sich die Lage hingegen dann dar, wenn die einzelnen Willenserklärungen selbst fehlerfrei gebildet wurden und der Vertragsabschluss bloß an ihrer fehlenden Deckungsgleichheit gescheitert ist (Dissens). In diesem Fall haben sich die Parteien frei von Willensmängeln zur Übernahme des Wechselkursrisikos entschlossen, was dafür spricht, dass sie sich die eigene Risikoentscheidung auch bei der Rückabwicklung zurechnen lassen müssen.<sup>121)</sup> Das gilt erst recht, wenn man die Zweckbestimmung als bloß einseitige Willenserklärung versteht.<sup>122)</sup>

110) *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung II<sup>2</sup> 203; *Wendehorst* in FS Koziol 425 (457).

111) *Perner*, ÖBA 2018, 15 (19).

112) *Koziol/Spitzer* in KBB<sup>7</sup> Vor §§ 1431–1437 Rn 3.

113) *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 244 ff, 250.

114) Vgl nur *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht<sup>7</sup> 396.

115) Siehe *F. Bydlinski*, System und Prinzipien

247 f.

116) *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 248.

117) *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 246.

118) *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 290.

119) Vgl *Honsell*, JBl 1989, 205 (213); *Harrer*, JBl 1983, 238 (242); *Schwab* in MüKoBGB<sup>8</sup> § 818 Rn 245 f mwN.

120) *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 290; zu weitgehend insofern *Honsell*, JBl 1989, 205 (213).

121) Vgl *Harrer*, JBl 1983, 238 (242 f); s

auch *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 290, der dann von der Wirksamkeit der Zweckbestimmung ausgeht, wenn es sich bei dem Auflösungsgrund um keinen Wurzelmangel handelt (= fehlerfreie Willensbildung) und das Auflösungsrecht nicht iZm dem Untergang der Sache steht.

122) *Thomale*, Leistung 13 f; vgl auch *Koziol/Spitzer* in KBB<sup>7</sup> Vor §§ 1431–1437 Rn 3.

Sprechen schon bei den „normalen“ Dissensfällen gute Gründe dafür, trotz des nicht zustande gekommenen Vertrags von der Wirksamkeit der Risikübernahme auszugehen, so hat das umso mehr im vorliegenden Fall zu gelten, wo die Nichtigkeit des Vertrags bloß mit einer missbräuchlichen AGB-Klausel begründet wird. Hier kann endgültig nicht mehr davon gesprochen werden, dass der hinter der Nichtigkeit des Vertrags stehende Ungültigkeitsgrund auch die Entscheidung zur Übernahme des Wechselkursrisikos infiziert hat. Denn die Ursache für eine allfällige Gesamtnichtigkeit des Geldwechselvertrags liegt ja einzig in der ablehnenden Haltung des EuGH gegenüber der Lückenfüllung durch dispositives Recht. Nach innerstaatlichem Recht – das auch im Lichte der jüngsten EuGH-Entscheidungen der Maßstab für die Beurteilung der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung ist<sup>123)</sup> – wäre in dieser Konstellation hingegen ohne weiteres von einem wirksamen Vertrag auszugehen. Dem ist auch bei der Beurteilung der Wirksamkeit der Zweckwidmung Rechnung zu tragen. Bloß weil eine im Geldwechselvertrag enthaltene Umrechnungsklausel einen unzulässigen Rundungsmechanismus vorsieht, kann nicht von einer fehlerhaften Willensbildung bei der Übernahme des Wechselkursrisikos gesprochen werden. Wertungsmäßig ist die Konstellation viel näher beim wirksamen als beim unwirksamen Vertrag angesiedelt, weshalb auch das Wechselkursrisiko wie beim aufrechten Vertrag zu verteilen ist.

#### 4. Ergebnis

Die teleologische Betrachtung hat damit noch einmal jenes Ergebnis bestätigt, das zuvor bereits auf Grundlage allgemeiner bereicherungsrechtlicher Wertungen erzielt wurde: Die Rückabwicklung des Geldwechselvertrags führt nicht dazu, dass der Kreditnehmer die durch die Abwertung des Euros erlittenen Verluste auf die Bank überwälzen kann. Stattdessen löst die Gesamtnichtigkeit zwei (annähernd) gleich hohe Leistungskonditionen aus, die gegeneinander aufgerechnet werden können. Bereicherungsrechtlich kann der Verbraucher somit lediglich das von der Bank für die Umwechslung verrechnete Entgelt zurückverlangen.

Gegen dieses Ergebnis bestehen auch aus unionsrechtlicher Perspektive keine Bedenken. Da die Nichtigkeit des Geldwechselvertrags einen – wenn auch nur kleinen – Bereicherungsanspruch des

Verbrauchers gegen die Bank auslöst, kann nicht davon gesprochen werden, dass die Rückabwicklung im Vergleich zur Aufrechterhaltung des Vertrags mit samt der unwirksamen Klausel für den Verbraucher nachteilig wäre. Im Übrigen ließe sich das Wechselkursrisiko selbst mit dem Hinweis auf hier ohnehin nicht vorhandene nachteilige Folgen der Gesamtnichtigkeit nicht auf die Bank überwälzen. Nach der Klauseljudikatur des EuGH hat der Schutz des Verbrauchers in solch einem Fall nämlich nicht durch eine entsprechende richtlinienkonforme Interpretation des innerstaatlichen Bereicherungsrechts zu erfolgen. Stattdessen wäre dann die Gesamtnichtigkeit und damit auch der Eintritt der damit verbundenen Nachteile zu verhindern, indem die durch den Wegfall der missbräuchlichen Klausel entstandene Lücke durch dispositives Recht geschlossen wird. Im Fall einer missbräuchlichen Umrechnungsklausel wäre beispielsweise die dispositive Ersatzregel des § 907b Abs 2 ABGB heranzuziehen und für die Umrechnung auf den im Fälligkeitzeitpunkt der Forderung vorherrschenden Wechselkurs abzustellen. Beim Geldwechselvertrag sind die wechselseitigen Forderungen sofort fällig, was erst wieder zum Wechselkurs bei Vertragsabschluss zurückführt. ♦

#### Literaturverzeichnis

*Aichberger-Beig*, Rechtsfolgen missbräuchlicher Wechselkursklauseln in Fremdwährungskreditverträgen, VbR 2023, 41.

*Apathy*, Der Verwendungsanspruch (1988).

*F. Bydliński*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996).

*F. Bydliński*, Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe des Privatrechtswissenschaft, AcP 204 (2004) 309.

*P. Bydliński*, Der Anspruch auf gesetzliche Vergütungszinsen, in FS Koziol (2010) 21.

*P. Bydliński*, Bürgerliches Recht I. Allgemeiner Teil<sup>9</sup> (2021).

*P. Bydliński / Perner / Spitzer*, Kommentar zum ABGB<sup>7</sup> (2023).

*Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II/1 (1920).

*Ertl*, Inflation, Privatrecht und Wertesicherung (1980).

*W. Faber*, Auslegung von EuGH-Entscheidungen (1. Teil), JBl 2017, 697.

*Fenyves / Kerschner / Vonkilch*, Klang-Kommentar zum ABGB<sup>3</sup>, §§ 1–43 (2014), §§ 285–352 (2011), §§ 905–907b (2017), §§ 1411–1430 (2019), §§ 1431–1437 (2018).

*Flessner*, Wegfall der Bereicherung (1970).

*Graf*, Zinsen, Bereicherung und Verjährung, JBl 1990, 350.

*Graf*, EuGH: Keine Ersetzung nichtiger AGB-Klauseln durch dispositives Recht! *ecolx* 2021, 198 (199).

*Harrer*, Rückabwicklung beim fehlerhaften Kauf, JBl 1983, 238.

*Honsell*, Aktuelle Probleme der Sachmängelhaftung, JBl 1989, 205.

*P. Huber*, Wegfall der Bereicherung und Nutzen (1988).

*Jäger*, Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht (2006).

*Kerschner*, Der OGH auf dem Weg zur Saldotheorie? (2. Teil), JBl 1988, 624.

*Klang*, Kommentar zum ABGB II/2<sup>1</sup> (1934).

*Kletečka / Schauer*, ABGB-ON – Kommentar zum ABGB.

*Legath*, Entscheidungsanmerkung zu 4 Ob 131/21z, ÖBA 2022, 128.

*Omlor / Rieble*, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VIII (2021).

*Perner*, EU-Richtlinien und Privatrecht (2012).

*Perner*, Rücktritt vom Lebensversicherungsvertrag – Durchgriff auf den Kreditvertrag? ÖBA 2018, 15.

*Perner*, Gupfinger: Ein Möbelhaus schreibt Rechtsgeschichte (?), ZFR 2022, 573.

*Perner / Spitzer*, Rücktritt von der Lebensversicherung (2020).

*Perner / Spitzer*, Vertragsflickschusterei von *Kásler* bis *Gupfinger* – der EuGH und die Lücken, ÖJZ 2022, 1053.

*Perner / Spitzer*, EuGH und Verbraucherschutz im Bankrecht, ÖJZ 2023, 129.

*Perner / Spitzer / Kodek*, Bürgerliches Recht<sup>7</sup> (2022).

*Rabl*, Die Verteilung des Kursverlusts bei Rückabwicklung des Kapitalanlagegeschäfts, *ecolx* 2012, 118.

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

*Reuter / Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung II<sup>2</sup> (2016).

*Rummel*, Kommentar zum ABGB II/1<sup>3</sup> (2002).

*Rummel / Lukas*, Kommentar zum ABGB<sup>4</sup>, §§ 285–446 (2016), §§ 859–916 (2014), §§ 1035–1150 (2017).

*Rummel / Lukas / Geroldinger*, Kommentar zum ABGB<sup>4</sup>, §§ 938–1034 (2022).

*Säcker / Rixecker / Oetker / Limperg*, Münchener Kommentar zum BGB VII<sup>8</sup> (2020).

123) Siehe oben 3.2.

*L. Schmid*, Redlichkeit im Bereicherungsrecht (2016).

*Schwebisch*, Die gesetzlichen Fälligkeitskonzepte des ABGB (2015).

*Schwimann / Kodek*, ABGB Praxiskommentar V<sup>5</sup> (2021), VI<sup>5</sup> (2021), VI<sup>4</sup> (2016).

*Spitzer*, Bargeld, Buchgeld, Kontokorrent, in Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2011 (2011) 215.

*Spitzer*, Vertragslücken im österreichischen und europäischen Recht, ÖJZ 2020, 761.

*Thomale*, Leistung als Freiheit (2012).

*Told*, Folgen missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen (2. Teil), JBl 2019, 623.

*A. Vonkilch / Knoll*, Nochmals (und aus Anlass von 9 Ob 85/17s): Rechtsfolgen bei intransparenter Vereinbarung einer vertraglichen Hauptleistungspflicht, RdW 2018, 563.

*I. Vonkilch*, Die Einflüsse der Klausel-RL auf das Bestandrecht, wobl 2022, 293.

*Wendehorst*, Leistungskondition und Rückabwicklung von Verträgen, in FS Koziol (2010) 425.

*Wilburg*, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht (1934).

*Wilfinger*, EuGH Dexia Nederland und die Folgen für das österreichische AGB-Recht, ÖBA 2021, 326.

*Wilfinger*, FX-Kredit und Bestimmtheit der Fremdwährungsschuld in der Rechtsprechung, ZFR 2022, 478.

*Wolf / Lindacher / Pfeiffer*, AGB-Recht<sup>7</sup> (2020).

*Zoppel*, Fremdwährungskredite: Überlegungen anlässlich der aktuellen Rechtsprechung des OGH, ÖJZ 2022, 864.