

Martin Spitzer

Hypothekar- und Immobilienkreditgesetz*

- 1 Ausgangspunkt — 77
- 2 Bezugsrahmen — 78
 - 2.1 Umsetzungsmodelle — 78
 - 2.2 Umsetzungskonzept der Wohnimmobilienkredit-RL — 81
 - 2.3 EBA Guidelines — 82
- 3 Umsetzung in Österreich: Anwendungsbereich — 87
 - 3.1 „Dual use“ — 87
 - 3.1.1 Verbraucher-Unternehmer — 87
 - 3.1.2 Wohnimmobilie – sonstige Sachen — 88
 - 3.2 Verbundene Kreditverträge — 89
 - 3.3 Fremdwährungskredite — 90
- 4 Umsetzung in Österreich: Kreditwürdigkeitsprüfung — 91
 - 4.1 Anforderungen an die Prüfung — 91
 - 4.2 Rechtsfolgen verbotswidriger Kreditvergabe — 93
 - 4.2.1 Nichtigkeit wegen Gesetzeswidrigkeit gem § 879 ABGB — 93
 - 4.2.2 Anfechtung wegen Willensmangel gem § 871 ABGB — 94
 - 4.2.3 Schadenersatz wegen *cic* — 94
 - 4.2.4 Rückabwicklung — 95

1 Ausgangspunkt

Fragen der Umsetzung der Wohnimmobilienkredit-RL¹ haben in Deutschland zu erheblichen Diskussionen geführt.² Aus österreichischer Perspektive ist das Inkrafttreten des Umsetzungsgesetzes „Hypothekar- und Immobilienkreditgesetz“ (HIKrG)³ am 21.03.2016 demgegenüber recht beschaulich vonstatten gegangen.

Martin Spitzer, Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht, WU Wien

* Der Beitrag ist die überarbeitete und ergänzte Fassung eines Vortrages des Verfassers am Deutschen Bankrechtstag 2018. Die Vortragsform wurde weitgehend beibehalten.

1 Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 04.02.2014 über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 2008/48/EG und 2013/26/EU sowie der Verordnung (EU) Nr 1093/2010.

2 Vgl den Beitrag von *Wittig*, Umsetzung der Wohnimmobilienkredit-RL in Deutschland in diesem Band ab Seite 99.

3 Bundesgesetz über Hypothekar- und Immobilienkreditverträge und sonstige Kreditierungen zu Gunsten von Verbrauchern (Hypothekar- und Immobilienkreditgesetz – HIKrG) BGBl I 2015/135 idF BGBl I 2017/93.

Dass der Wohnimmobilienkredit in Österreich weniger kontroversiell war, erlaubt eine Betrachtung im größeren Zusammenhang.

2 Bezugsrahmen

2.1 Umsetzungsmodelle

Dafür bietet es sich an, einen Blick auf den Bezugsrahmen zu werfen und das Koordinatensystem abzustecken, in dem der Gesetzgeber und der Rechtsanwender sich bewegen. Eine solche Betrachtung beginnt traditionell – und sinnvollerweise – beim europäischen Rechtsakt, wo sich in Anbetracht immer komplexerer Regelungsmaterien auch immer komplexere Regelungstechniken finden, wie Multilevel-Rechtsakte wie der MiFID-Regelungskomplex zeigen. So kompliziert ist es bei der Wohnimmobilienkredit-RL allerdings nicht,⁴ sodass ausnahmsweise mit der Tradition gebrochen werden und mit dem nationalen Recht begonnen werden soll.

Dort stellt sich auf einer Makro-Ebene die Frage, wie überhaupt mit Verbraucherschutzrichtlinien umzugehen ist. Die Ausgangssituation war dabei in Deutschland und Österreich gleich. Beide Länder verfügen über geradezu kanonisierte Kodifikationen, mit denen in der Folge aber ganz verschieden umgegangen wurde.

Deutschland hat nach einem Ausflug mit dem AGB-G seit längerem⁵ den Weg der Integration ins Stammgesetz eingeschlagen. Der Gesetzgeber bemüht sich sichtlich darum, im BGB zu systematisieren, zu abstrahieren, nach Möglichkeit übergreifende Regelungszusammenhänge freizulegen und zu betonen. Diese klassischen Aufgaben eines Gesetzgebers werden ihm im EU-Verbraucherschutz aber nicht leicht gemacht, wie sich schon zeigt, wenn man etwa die Richtlinien zum Verbraucherkredit und Wohnimmobilienkredit nebeneinander legt, und sich die Frage stellt, ob mehr übergreifender Zusammenhang wirklich so schwer gewesen wäre.

Österreich hat demgegenüber seit 1979, also lange vor dem Beitritt zur EU im Jahr 1995, ein Konsumentenschutzgesetz (KSchG) als ursprünglich autonomes Verbrauchergesetzbuch.⁶ In weiterer Folge entwickelte sich das KSchG zum logischen und daher auch primären Ort der Richtlinienumsetzung im Verbraucher-

⁴ Siehe aber zu den EBA-Leitlinien noch unter 2.3.

⁵ Ihren Anfang dürfte diese Tendenz im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2001 haben; vgl. *Wendehorst*, Dauerbaustelle Verbrauchervertrag, NJW 2011, 2551 (2555).

⁶ Siehe dazu *Reindl*, Entstehung und Konzeption des KSchG, in *Krejci*, Handbuch 71 (78ff).

recht. Ausnahmen wie das Produkthaftungsgesetz, das schon 1988 als eigenständiges Sondergesetz positiviert wurde, bestätigen die Regel. In das KSchG wurden jedenfalls Klauselkontrolle, Fernabsatz und Haustürgeschäft aufgenommen, womit der weitere Weg eigentlich vorgezeichnet war: Der Ausbau des KSchG zum harmonisierten Verbraucherrechtskodex, der dann mit dem UGB – also dem österreichischen Pendant zum HGB – als Sonderkodifikation und mit dem allgemeinen zivilrechtlichen Kodex ein privatrechtliches Dreigestirn gebildet hätte. Wer sich das 1995 erwartet hat, ist indes enttäuscht worden.

In den letzten Jahren ist die Legistik nämlich dazu übergegangen, kein einheitliches Verbrauchergesetzbuch mehr zu entwickeln oder auch nur anzustreben. Stattdessen werden, vom jeweiligen europäischen Impuls getrieben, für neue Materien auch neue Gesetze geschaffen. So wurde vor der Umsetzung der Wohnimmobilienkredit-RL bereits die Timesharing-RL 2008/122/EG im Teilzeitnutzungsgesetz 2011, die Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen 2002/65/EG im Fern-Finanzdienstleistungs-Gesetz (FernFinG), die Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU großteils im Fernabsatz- und Auswärtsgeschäftegesetz (FAGG) sowie die Verbraucherkredit-RL 2008/48/EG im Verbraucherkreditgesetz (VKrG) umgesetzt.

Wenn man bedenkt, dass nicht einmal die Umsetzung der Fern- und Auswärtsgeschäft-Bestimmungen der Verbraucherrechte-RL im FAGG dazu geführt hat, die alten KSchG-Bestimmungen zum Haustürgeschäft zu streichen und in das FAGG zu überführen, illustriert das den gegenwärtigen österreichischen Zugang. Haustürgeschäfte über Finanzdienstleistungen sind von der RL ja nicht erfasst. Man könnte es also konsequent finden, dass sie auch vom ganz richtlinienzentrierten FAGG nicht erfasst sind und dafür weiterhin das KSchG zuständig ist. Die Konsequenz dieser Konsequenz ist aber, dass wenn einem Verbraucher etwas an der Wohnungstür verkauft wird, es von der Ware abhängt, ob das FAGG oder das KSchG zur Anwendung kommt, weil man sich nicht zu einer gemeinsamen Regelung durchringen konnte, bei der man die Haustürgeschäfte entweder insgesamt im KSchG belassen oder in ein FAGG überleiten hätte können. Die daraus resultierende Zersplitterung des Verbraucherrechts auf Mikroebene ist zweifellos kein besonderer Vorteil des österreichischen Rechts.

Sieht man über die Mikroebene einzelner Regelungsmaterien hinweg, erscheint der grundsätzliche Zugang, auf einer Makroebene das ABGB als das Stammgesetz mit Verbraucherrecht zu verschonen und nur bei überschießender Umsetzung das Zivilrechtsgesetzbuch zu bemühen, allerdings durchaus attraktiv.⁷

⁷ So auch *Wendehorst*, Verbraucherprivatrecht in Österreich – Plädoyer für eine Reform, in *Welser*, Reformen im österreichischen und türkischen Recht 101 (107).

Die Frequenz, mit der die Mitgliedstaaten europäische Impulse aufzunehmen und zu verarbeiten haben, erfordert eigentlich laufende Bautätigkeit des Gesetzgebers. *Wendehorst* spricht vor dem Hintergrund des deutschen Zuganges daher von der „Dauerbaustelle“ BGB, gibt aber gleichzeitig zu bedenken: *„Ein Gewinn an Kohärenz und Übersichtlichkeit ist nicht erreicht worden, ganz im Gegenteil. Niemand – auch nicht der Gesetzgeber selbst – scheint noch den Überblick über das Dickicht unterschiedlicher Regelungskomplexe zu haben, die miteinander verwoben sind durch zahllose Querverweise unterschiedlicher Art und Richtung.“*⁸

Die Umsetzungen der Wohnimmobilienkredit-RL in Deutschland verdeutlicht dies anschaulich.⁹ Dabei drängt sich natürlich die Frage auf, ob solche Dauerbaustellen in der zentralen Kodifikation wünschenswert sind, insbesondere wenn auf Grund der markant verschiedenen Regelungsdichte und -tiefe die Balance des Gesetzes in Mitleidenschaft gezogen wird. So ist die österreichische Umsetzung der Wohnimmobilienkredit-RL etwa dreimal so lang wie der Kauf im ABGB.

Es ist aber ja nicht nur der Richtliniengeber, der ins Kalkül zu ziehen ist. Wenn er schweigt, sorgt der EuGH für Arbeit und mitunter für Überraschungen. Das führt zu einem weiteren Gesichtspunkt, der auf der Makroebene eine Rolle spielt: Natürlich gibt es die Möglichkeit gespaltener Auslegung, wie dies der BGH bis zur aktuellen Kaufrechtsreform als Reaktion auf die Weber/Putz-Entscheidung des EuGH¹⁰ getan hat¹¹ und wie es der OGH immer noch tut. Aber wer Sondermaterien schon nicht in die allgemeine Kodifikation aufnimmt, schottet diese natürlich auch ein wenig ab und konserviert Prinzipien dort gegen Einflüsse, die das System strapazieren könnten. Wenn schon keine Einheit der Rechtsordnung erzielt werden kann, kann eine Auslagerung des Verbraucherrechts doch zumindest die Einheit des Stammgesetzes ein wenig schützen, zweifellos für viele Zivilrechtler ein attraktiver Gedanke.

So sehr die Umsetzungstechnik von Richtlinien auf der Mikroebene in Österreich daher kritisch gesehen werden kann, so überzeugend präsentiert sich das österreichische Konzept auf der Makroebene.

⁸ *Wendehorst*, NJW 2011, 2551 (2555).

⁹ Vgl zur Umsetzung in Deutschland den Beitrag von *Wittig* in diesem Band (S. 99f).

¹⁰ EuGH verb C-65/09 (Gebr. Weber GmbH/Jürgen Wittmer) und C-87/09 (Ingrid Putz/Medianess Electronics GmbH).

¹¹ BGH 17.10.2012, VIII ZR 226/11 („Granulat“).

2.2 Umsetzungskonzept der Wohnimmobilienkredit-RL

In das soeben behandelte Konzept zur Umsetzung europäisch determinierter verbraucherrechtlicher Regelungen, lässt sich die Umsetzung der Wohnimmobilienkredit-RL in Österreich nun nahtlos einfügen. Der österreichische Gesetzgeber setzte diese nämlich weder im ABGB noch im KSchG um. Die Umsetzung erfolgte vielmehr in einem eigenen Gesetz: dem Hypothekar- und Immobilienkreditgesetz, das neben das Verbraucherkreditgesetz zur Umsetzung der Verbraucherkredit-RL gestellt wurde.

In den Erläuterungen wurde die Möglichkeit, innerhalb des VKrG Sonderbestimmungen für jene Kreditverträge zu schaffen, die in den Anwendungsbereich der Wohnimmobilienkredit-RL fallen, zwar angesprochen, aber abgelehnt. Als Begründung nannte das Bundesministerium für Justiz die zahlreichen Abweichungen von den im VKrG umgesetzten Vorgaben der Verbraucherkredit-RL, die ein gemeinsames Gesetz schwer lesbar und unübersichtlich machen würden.¹² Das HIKrG wurde somit gleichsam als Spiegelgesetz zum VKrG konzipiert. Es gleicht dem VKrG in Aufbau und Struktur, ist aber eben doch ein eigenes Gesetz.¹³

Die ausdrückliche Ausnahme von hypothekarisch besicherten oder zum Erwerb bzw Erhalt von Eigentumsrechten an unbeweglichen Sachen dienenden Verbraucherkrediten aus dem VKrG (gem § 4 Abs 2 VKrG) stellt sicher, dass eine klare Trennlinie zwischen Krediten, die unter das VKrG fallen, und Krediten, die unter das HIKrG fallen, gezogen wird.¹⁴

Die Richtlinienumsetzung im HIKrG erfolgte nahezu wortgetreu, was insgesamt dem Umsetzungsstil des österreichischen Gesetzgebers entspricht. Der federführende Legist erläutert hierzu, dass man „*grosso modo keine Weiterungen und Konkretisierungsversuche*“ unternommen habe, denn die Richtlinie sei „*häufig zu komplex, aber auch zu unklar und mehrdeutig, als dass man verlässlich davon ausgehen könnte, dass ein innerstaatlicher Verdeutlichungsversuch auch wirklich genau das abbilden werde, was der RL-Geber gewollt hat*“.¹⁵ Der österreichische Gesetzgeber versucht sich so sicher auch für eine richtlinienkonforme Interpretation zu rüsten und stellt durch Umsetzungswillen sicher, dass sich die künftige Judikatur des EuGH in der österreichischen Umsetzung auch wiederfinden kann, ohne dass Nachbesserungen oder spätere Korrekturen durch den Gesetzgeber nötig werden,¹⁶ die in Österreich – etwa nach Entscheidungen des

¹² ErläutRV 843 BlgNR 25. GP 1.

¹³ Stabentheiner, Das Hypothekar- und Immobilienkreditgesetz (Teil I), ÖJZ 2016, 151 (154).

¹⁴ Stabentheiner, ÖJZ 2016, 151 (156).

¹⁵ Stabentheiner, ÖJZ 2016, 151 (154).

¹⁶ Stabentheiner, ÖJZ 2016, 151 (154).

EuGH – tendenziell eher selten sind. Gleichzeitig hat die richtlinienkonforme Interpretation in Österreich Hochkonjunktur. Nach einem etwas verhaltenen Start, in dem die literarischen Stellungnahmen sich stärker auf die Möglichkeiten europarechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung konzentriert haben,¹⁷ wächst heute das Bewusstsein für die Grenzen des Machbaren.

Die Umsetzung der Wohnimmobilienkredit-RL im HIKrG steht jedenfalls bewusst unverbunden neben dem Verbraucherkreditgesetz und hat einen recht wortgetreuen und damit zukunftsicheren Umsetzungsstil. Der österreichische Gesetzgeber ist auf Nummer sicher gegangen und hat die RL ausgesprochen „brav“ umgesetzt.¹⁸

Die Wohnimmobilienkredit-RL ist aber nicht das einzige, was aus Europa zum Immobilienkredit zu bedenken ist.

2.3 EBA Guidelines

Neben der Richtlinie gibt es noch Leitlinien der European Bank Authority (EBA). Einschlägig sind in diesem Zusammenhang vor allem die EBA Leitlinien („Guidelines“) zur Kreditwürdigkeitsprüfung.¹⁹

Art 16 der EBA-VO erlaubt der EBA, Leitlinien und Empfehlungen für nationale Aufsichtsbehörden aber auch Finanzinstitute herauszugeben, um kohärente, effiziente und wirksame Aufsichtspraktiken zu schaffen und eine gemeinsame, einheitliche und kohärente Anwendung des Unionsrechts sicherzustellen. Generell sind Leitlinien für Regelungsbereiche vorgesehen, für die es noch keine technischen Regulierungs- oder Durchführungsstandards gibt.²⁰

Die EBA erläutert so, wie die relevanten europäischen Rechtsgrundlagen ihrer Meinung nach auszulegen sind, und gibt nationalen Aufsichtsbehörden und Finanzinstituten Orientierungshilfen und wichtige Hinweise an die Hand. Das hat die EBA zur Wohnimmobilienkredit-RL mit den Leitlinien zur Kreditwürdigkeitsprüfung zu den in Art 18 und Art 20 der RL festgelegten Anforderungen getan.

Daraus resultiert nahtlos die Frage, welche Rechtswirkungen solche Leitlinien haben. Müssen sich Banken daran halten, können sich Vertragspartner darauf berufen?

¹⁷ Vgl die grundlegende Monographie von *Perner*, EU-Richtlinien und Privatrecht (2012).

¹⁸ Es gibt auch noch öffentlichrechtliche Flankierungen – die aus Kapitel 11 der RL stammen – wie die Ständeregeln für Kreditvermittlung und gewerberechtliche Bestimmungen (§§ 136e–h GewO), die in diesem Zusammenhang aber nicht interessieren.

¹⁹ EBA/GL/2015/11.

²⁰ ErwGr 26 EBA-VO.

Auf den ersten Blick scheint die Antwort auf die Frage nach Rechtswirkungen von EBA Leitlinien klar. Im abschließenden Rechtsquellenkatalog des Art 288 AEUV (VO, RL, Beschluss, Empfehlung, Stellungnahme) werden Leitlinien nicht erwähnt. Da die Auslegungskompetenz für Unionsrecht beim EuGH liegt, folgt daraus eigentlich, dass die Auslegungsanschauungen der EBA unverbindlich sind und keine Rechtswirkungen haben.

Das ist indes wohl zu kurz gefasst: Art 16 Abs 3 der EBA-VO normiert nämlich, dass Finanzinstitute und Aufsichtsbehörden alle erforderlichen Anstrengungen zu unternehmen haben, um den Leitlinien nachzukommen. Daraus folgt, dass Aufsichtsbehörden und Finanzinstitute Leitlinien nicht einfach unbeachtet lassen können. Vielmehr resultiert aus dieser Anordnung, dass sie grundsätzlich verpflichtet sind, sich mit der Leitlinie auseinanderzusetzen und ihr insofern Beachtung zu schenken.

Dabei handelt es sich um eine besondere Ausprägung des unionsrechtlichen Loyalitätsgebotes. Unabhängig davon, was in der Leitlinie steht, wäre es also sorgfaltswidrig, sie einfach zu ignorieren. Es ist als eindeutige Intention des Verordnungsgebers erkennbar, dass Leitlinien zwar nicht wie unmittelbar verbindliche Rechtsakte gelten und durchsetzbar sein sollen, aber dennoch auch nicht unbeachtet bleiben sollen.²¹

Aber welche konkrete Bedeutung hat eine Leitlinie – unter Berücksichtigung von Art 16 der EBA-VO – für die Auslegung des Europarechts nun? Anhand eines Beispiels spitzt sich die Frage zu: Kommt es zum Streit über eine Kreditwürdigkeitsprüfung, in dem der Verbraucher behauptet, der Kreditgeber habe unzureichend geprüft, ist selbstverständlich die Kreditwürdigkeitsprüfung aus der Richtlinie – und nicht aus der Leitlinie – maßgebend. Wenn die Leitlinie die Richtlinie richtig interpretiert, gilt sie schon deshalb, weil die Richtlinie diese Aussage ohnehin schon getroffen hat, die Leitlinie ist „*la bouche de la loi*“.

Schwieriger wird es, wenn die Leitlinie die Vorgaben der Richtlinie nicht ordnungsgemäß abbildet oder – diese Fälle werden praktisch häufig sein – wo sich die Leitlinie nicht mehr ohne weiteres auf die RL-Vorgaben stützen kann. Beispiele finden sich leicht. So sind etwa die EBA Guidelines zum Onlinebanking von der Zahlungsdienste-RL (PSD2) weit entfernt.

Für den Rechtsanwender ist ex ante aber nur sehr schwer feststellbar, ob die Leitlinie „zutrifft“, weil sie noch Konkretisierung der RL ist, oder nicht mehr zutrifft, weil sie ein unzulässiges Eigenleben entwickelt. Gerade die Zweifelsfälle sind aber die praktisch entscheidenden Fälle. Ist ohnehin klar, dass Leitlinien die

²¹ Bollenberger/Russ, Leitlinien der europäischen Aufsichtsbehörde im Rahmen des ESFS, ÖBA 2015, 806 (807).

RL abbilden, ist alles in Ordnung; tun sie das offenkundig nicht, muss man sie nicht befolgen.

Rechtstheoretisch ist die Sache also klar. Wo sich die Leitlinie nicht auf die Richtlinie stützen kann, bleibt die Richtlinie relevant, nicht die unzutreffende Auslegung durch die Leitlinie. Interessanter ist aber die Frage, ob die Leitlinie davon abgesehen eine Rechtswirkung haben kann, was auf den ersten Blick kontraintuitiv erscheint.

Im Schrifttum finden sich zur Reichweite und Bindungswirkung von EBA-Leitlinien meist sehr offen formulierte Aussagen.²² Es wird davon gesprochen, dass den Leitlinien eine „*recht hohe rechtliche Bedeutung*“ zukomme,²³ dass Leitlinien eine „*gewisse Bindungskraft*“ aufweisen und infolgedessen als „*untergesetzliche Normkategorie infolge Gestaltungsfunktion*“ einzuordnen seien.²⁴ Am häufigsten ist von „*faktischer Bindungswirkung*“²⁵ und „*soft law*“ zu lesen, was allerdings mehr Zustandsbeschreibung als rechtliche Einordnung ist.

Ausschlaggebend ist, dass die Leitlinien von einer sachverständigen Behörde herausgegeben wurden, die damit ihren kodifizierten Sachverstand zum Ausdruck bringt. Für Finanzinstitute hat dies nun eine doppelte Auswirkung:

Erstens: Verlassen sie sich auf den Sachverstand, der in der Leitlinie zum Ausdruck kommt, sind sie im sicheren Hafen.

Zweitens: Der Sachverstand prägt auch den Sorgfaltsmaßstab, und daher wird man gut daran tun, der Leitlinie zu folgen, wenn man sich sorgfaltsgemäß verhalten möchte.

Warum befindet sich im sicheren Hafen, wer die Leitlinien befolgt? Die EBA-VO enthält die Pflicht der Normadressaten, sich mit den Leitlinien zu befassen, nicht sie zu überprüfen. Aufsichtsbehörden müssen sich zB innerhalb von 2 Monaten hinsichtlich ihrer *compliance* erklären, sodass die Erwartungshaltung eindeutig ist. Wenn von der EBA-VO erwartet wird, dass sich die Rechtsunterworfenen an Leitlinien halten, kann ihnen aber auch kein Strick daraus gedreht werden, wenn sie das tun. Safe harbour²⁶ entfaltet dabei keine normative Kraft, die zB eine

²² Vgl zu einer genaueren Darstellung, der in der Literatur vertretenen Meinungen *Bollenberger/Russ*, ÖBA 2015, 806 (809f).

²³ *Weiß*, Das Leitlinien(un)wesen der Kommission verletzt den Vertrag von Lissabon, EWS 2010, 257.

²⁴ *Thomas*, Die Bindungswirkung von Mitteilungen, Bekanntmachungen und Leitlinien der EG-Kommission, EuR 2009, 423 (424); *Lehmann/Manger-Nestler*, Die Vorschläge zur neuen Architektur der europäischen Finanzaufsicht EuZW 2010, 87 (90).

²⁵ Vgl *Sonder*, Rechtsschutz gegen Maßnahmen der neuen europäischen Finanzaufsichtsaagenturen, BKR 2012, 8 (9).

²⁶ *Frank*, Rechtswirkungen ESMA Leitlinien und Empfehlungen (2012) 179f.

an sich gesetzwidrige Vertragsbestimmung sanieren würde. Das vermögen Leitlinien nicht zu bewirken. Safe harbour heißt aber, dass derjenige, der auf die Leitlinien vertraut und sich daran hält, seine Sorgfaltspflichten nicht verletzt und daher nicht schadenersatzpflichtig wird.²⁷ Die Lage ist ähnlich wie sonst auch, wenn ein Sachverständiger beigezogen wird. Wenn und weil der Sachverständige die notwendige Sachkenntnis hat, kann man sich auf ihn verlassen. Mehr kann die Rechtsordnung nicht erwarten.

Man kann sich also auf die Leitlinien verlassen und ist im sicheren Hafen, wenn man ihnen folgt, auch wenn sie sich als „falsch“ herausstellen. Man kann aber auch die umgekehrte Frage stellen. Welche Bedeutung habe Leitlinien, wenn sie – wie das hoffentlich meistens der Fall ist – inhaltlich richtig sind?

In den Leitlinien zur Kreditwürdigkeitsprüfung finden sich etwa Aussagen darüber, wie sich ein Kreditgeber zu verhalten hat, um seiner Verpflichtung zur Überprüfung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers nachzukommen. Ziel der Leitlinie ist die Konkretisierung der Art 18 und 20 der RL, die eine solche Verpflichtung nur allgemein vorsieht. Die Leitlinie ist aber viel konkreter. Sie erläutert, was der Kreditgeber alles berücksichtigen sollte, wie bei selbständig Tätigen oder bei Verbrauchern mit einem saisonalen Einkommen vorzugehen ist. Sogar die Frage, wie bei Kreditlaufzeiten vorzugehen ist, die über das voraussichtliche Rentenalter des Verbrauchers hinausgehen, wird thematisiert.

Tritt ein Streitfall auf, in dem der Verbraucher behauptet, dass der Kreditgeber nicht ausreichend geprüft hat, ist – wie bereits gezeigt wurde – natürlich immer noch der Begriff der Kreditwürdigkeitsprüfung der RL relevant. Aber: Die Leitlinie konkretisiert den Sorgfaltsmaßstab und kann über diesen Weg indirekt Pflichten hervorrufen. Indirekt, weil nicht die Leitlinie die Pflicht begründet, sondern die Anordnung, dass sich eine Bank im Kundenkontakt *lege artis* verhalten muss. Nur – aber immerhin – das Verständnis, was *lege artis* ist, prägt die Leitlinie entscheidend mit.

Das heißt: Der Leitlinie als solcher muss man nie entsprechen. Sie ist immer unverbindlich, es gilt die dahinter stehende europarechtliche Anordnung. EBA-Leitlinien kommen aber von einer sachverständigen Behörde. Wer sich auf diesen Sachverstand verlässt, ist im sicheren Hafen, auch wenn die Leitlinie unrichtig ist. Der Sachverstand prägt aber auch den Sorgfaltsmaßstab, und daher wird man gut daran tun, der Leitlinie zu folgen, wenn man sich sorgfaltsgemäß verhalten möchte.

²⁷ Vgl. *Bollenberger/Russ*, ÖBA 2015, 806 (811).

Bedenkt man all das, liegt die Frage nach Rechtsschutz gegen EBA-Leitlinien auf der Hand. Regelungen zum Rechtsschutz gegen Maßnahmen der EBA finden sich in Art 60 der EBA-VO, jedoch ist dort lediglich ein Beschwerderecht gegen verbindliche Beschlüsse vorgesehen. Rechtsschutzmechanismen gegen Leitlinien und Empfehlungen werden nicht erwähnt.

Fraglich ist, ob eine Nichtigkeitsklage nach Art 263 Abs 4 AEUV möglich ist. Worauf kommt es dabei an? Bekanntlich überwacht der EuGH die Rechtmäßigkeit der Gesetzgebungsakte sowie der Handlungen des Rates, der Kommission und der EZB, soweit es sich nicht um Empfehlungen oder Stellungnahmen handelt, und der Handlungen des Europäischen Parlaments und des Europäischen Rates mit Rechtswirkung gegenüber Dritten. Er überwacht ebenfalls die Rechtmäßigkeit der Handlungen der Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union mit Rechtswirkung gegenüber Dritten (Art 263 Abs 1 AEUV).

Zu diesem Zweck ist der EuGH für Klagen von Mitgliedstaaten, des EP, des Rates oder der Kommission zuständig. Aber nach Art 263 Abs 4 AEUV können auch natürliche oder juristische Personen gegen Handlungen sowie gegen Rechtsakte mit Verordnungsscharakter klagen, die sie unmittelbar und individuell betreffen.

Die Möglichkeit Nichtigkeitsklage gegen unverbindliche Empfehlungen und Stellungnahmen ist somit prima facie ausgeschlossen. Mit dem Rechtsschutz gegen „Handlungen“ wird jedoch auf alle Maßnahmen von Unionsorganen abgestellt, die Rechtswirkungen nach außen erzeugen, folglich auch auf atypische Handlungsformen.²⁸ Da von Leitlinien spürbare faktische Nachteile ausgehen können, ist *Sonder* zuzustimmen, dass gute Gründe dafür sprechen, die bestehenden Rechtsschutzlücken bei unverbindlichen Leitlinien und Maßnahmen mit normativen Charakter zu schließen und dem Betroffenen entsprechenden Rechtsschutz im Wege der Nichtigkeitsklage zu gewähren.²⁹

Eine Bindungswirkung der im Akt enthaltenen Aussagen ist daher keine Voraussetzung. Es ist ausreichend, dass die Handlung – die EBA-Leitlinien – einen Privaten „betreffen“ (= beeinträchtigt). Dies ist zu bejahen, wenn sich Private bemühen müssen, der Leitlinie zu entsprechen und eine Befassungspflicht besteht, sowie eine Begründungspflicht, wenn sie der Leitlinie nicht entsprechen wollen.

²⁸ Thiele, Das Rechtsschutzsystem nach dem Vertrag von Lissabon – (K)ein Schritt nach vorn?, EuR 2010, 30 (41); Sonder, BKR 2012, 8.

²⁹ Sonder sieht hier das Erfordernis einer Lückenschließung vor im Hinblick auf die Klagslegitimation nach Art 263 Abs 4 AEUV (vgl. ders, BKR 2012, 8).

Wer Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Leitlinien nicht vorsieht, entzieht ihnen das Fehlerkalkül, sodass rechtstheoretisch eine rechtswidrige Leitlinie absolut nichtig wäre.

3 Umsetzung in Österreich: Anwendungsbereich

Nach diesem Blick auf den Bezugsrahmen interessiert nun, was der österreichische Gesetzgeber konkret aus den europäischen Vorgaben gemacht hat.

Vorweg ist dabei zu sagen, dass für die österreichische Bankwirtschaft ein Verbraucherschutzregime für Immobilienkredite nicht überraschend kam, weil Österreich solche Kredite bereits zuvor im VKrG inkludiert hatte. Deshalb war nicht einmal das Bedürfnis von Verbraucherschutzorganisationen nach einer Neuregelung besonders groß. Die österreichische Diskussion ist daher im Vergleich zu Deutschland viel ruhiger verlaufen.³⁰ Die Fragen, die in weiterer Folge angesprochen werden sollen, sind zwar teils Streitfragen, jedoch ohne allzu viel Streit.

3.1 „Dual use“

3.1.1 Verbraucher-Unternehmer

Die erste zu behandelnde Frage ist, wer denn überhaupt geschützt ist. Dass die Richtlinie eine Verbraucherschutz-RL darstellt, ist ebenso klar, wie wer Verbraucher ist.

Wie Personen zu behandeln sind, die ein gemischtes Geschäft abschließen, also zum Teil als Verbraucher und zum Teil als Unternehmer, ist aus österreichischer Perspektive weniger klar. Die längste Zeit wurde diese Frage nach der Entscheidung des EuGH³¹ in der Rs Gruber beurteilt, die allerdings zum Europäischen Prozessrecht, nämlich zum Verbrauchergerichtsstand, ergangen ist. In den sogenannten „Dual use“-Fällen lag nach diesem Maßstab nur dann ein Verbrauchergeschäft vor, wenn der gewerbliche Zweck so nebensächlich war, dass er im Gesamtzusammenhang eine ganz untergeordnete Rolle spielt. Dementsprechend hat eine unternehmerische Komponente das Geschäft also leicht infiziert.

³⁰ Siehe dazu *Wittig* in diesem Band.

³¹ EuGH C-464/01 (Gruber).

Aus deutscher Perspektive erscheint ein Bezug auf die Rs Gruber verwunderlich, normiert doch § 13 BGB, dass auf das Überwiegen des verbraucherischen Elements abzustellen ist. Das ist kein Wunder, weil der europäische Gesetzgeber in den Erwägungsgründen sowohl zur Verbraucherrecht-RL³² als auch zur Wohnimmobilienkredit-RL³³ dieses Verständnis des Verbrauchers entwickelt hat, wenngleich ohne dadurch notwendig das prozessrechtliche Verständnis aufzugeben. Für das materielle Verbraucherrecht wird man „Dual use“-Geschäfte aber wie § 13 BGB zu erfassen haben, dass die Einordnung als Verbrauchergeschäft erst dort endet, wo der gewerbliche Zweck überwiegt. Dieser Umstand wird in der österreichischen Diskussion nicht immer hinreichend berücksichtigt.³⁴

3.1.2 Wohnimmobilie – sonstige Sachen

Das „Dual use“-Problem kehrt in einer anderen Form wieder. Das HIKrG enthält Regelungen für Hypothekar- und Immobilienkreditverträge, die ein Unternehmer als Kreditgeber und ein Verbraucher als Kreditnehmer abschließen und der Kreditvertrag entweder hypothekarisch besichert wird, oder der Kredit für den Erwerb oder die Erhaltung³⁵ von Eigentumsrechten an einer Immobilie verwendet wird. Wie ist jedoch vorzugehen, wenn der Kredit bloß teilweise für die Anschaffung der Immobilie verwendet wird?

In einem ersten Schritt darf man dabei nicht zu engherzig sein. Was als Zubehör zum Haus gehört, ist mE ganz unkompliziert auch noch zum Erwerb des Eigentums an einer unbeweglichen Sache zu zählen und zwar unabhängig von der sachenrechtlichen Einordnung als unbeweglicher unselbständiger Bestandteil.³⁶ Auch die Neuanschaffung einer Küche für das neue Haus ist daher vom Anwendungsbereich des HIKrG umfasst.

Die Frage ist aber, was zu gelten hat, wenn andere Sachen angeschafft werden, also ein wirklicher „Dual use“ der Kreditvaluta stattfindet. Rechtsprechung gibt es dazu noch nicht, die bisherigen Überlegungen in Österreich gehen in die

³² ErwGr 17 VKr-RL.

³³ ErwGr 12 WIKr-RL.

³⁴ Siehe aber *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁵ (2016) 43.

³⁵ Mit Erhalt sind jedoch keine faktischen Instandhaltungsarbeiten gemeint, sondern rechtliche Schritte zur Erhaltung des Eigentumsrechts, zB Finanzierung einer Ausgleichszahlung (*Koch*, Das Hypothekar- und Immobilienkreditgesetz, immolex 2016, 102 [102] FN 2).

³⁶ *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁵ 415.

Richtung, auch hier auf das Kriterium des Überwiegens abzustellen.³⁷ Das ist jedenfalls pragmatisch und nicht unplausibel. Für Banken empfiehlt sich aber zweifellos die Anwendung des strengeren Regimes.

3.2 Verbundene Kreditverträge

Bei der Frage, was geschützt ist, erscheinen noch zwei Aspekte erwähnenswert. Zunächst das Phänomen verbundener Kreditverträge. Beim drittfinanzierten Kauf führt die Aufspaltung von Kaufpreisforderung und Kreditforderung dazu, dass im Verbraucherkreditrecht ein Einwendungsdurchgriff stattfindet (§ 13 VKrG).³⁸ Sofern es sich um verbundene Kreditverträge handelt, also solche, die ganz oder teilweise der Finanzierung eines Vertrags über die Lieferung bestimmter Waren oder der Erbringung einer bestimmten Dienstleistung dienen, und die mit dem finanzierten Vertrag objektiv betrachtet eine wirtschaftliche Einheit bilden, kann auch die Kreditzahlung verweigert werden, wenn die Kaufpreiszahlung verweigert werden kann.

Vor Inkrafttreten des VKrG hat der OGH – ähnlich wie der BGH – einen Einwendungsdurchgriff bei Liegenschaftskäufen nur sehr zurückhaltend angenommen, nämlich nur bei einer besonders qualifizierten Verbindung von Kauf und Kredit, nicht schon bei bloßer wirtschaftlicher Einheit, etwa bei Kauf und Finanzierung im Paket. § 358 BGB geht davon immer noch aus.³⁹

Das VKrG war dann als autonome Entscheidung des österreichischen Gesetzgebers ursprünglich auch auf Kredite für den Erwerb von Grundstücken sowie hypothekarisch besicherte Kredite anwendbar, hat sich beim Einwendungsdurchgriff jedoch auf die „Lieferung von Waren“ beschränkt (§ 13 Abs 1 Z 1 VKrG). Den Materialien zufolge sollten Liegenschaften nicht miterfasst sein, da eine Liegenschaft nach dem juristischen Sprachgebrauch nicht „geliefert“ wird.⁴⁰ Gleichzeitig betonen die Materialien aber, dass in bestimmten Konstellationen

³⁷ Vgl. *Dehn*, Hypothekar- und Immobilienkredite für Verbraucher in Leupold, Forum Verbraucherrecht 2016, 55 (57).

³⁸ *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁵ 671.

³⁹ Vor dem VKrG war der Einwendungsdurchgriff in den §§ 18 und § 16c KSchG geregelt, einen Vergleich zur alten Rechtslage geben ua *Bollenberger*, Neue Verbraucherkredit-Richtlinie, Drittfinanzierung und Einwendungsdurchgriff, ÖBA 2008, 782 (783f); *Lukas*, Verbundene Kreditverträge nach dem Verbraucherkreditgesetz in FS Reischauer (2010) 313 (316ff); *Haidmayer*, Verbundene Kreditverträge (2013) 52ff.

⁴⁰ ErläutRV 650 BlgNR 24. GP 23.

eine analoge Anwendung nicht ausgeschlossen sei⁴¹ – was für Materialien an sich ein origineller Hinweis ist. Das hat bei manchen zur Befürwortung der Analogie bei Grundstücken, bei anderen gerade zur Ablehnung geführt.⁴² Egal wie man das gesehen hat, war es jedenfalls problematisch, schon die Bezeichnung des angeschafften Gutes im Kreditvertrag für die wirtschaftliche Einheit und damit den Einwendungsdurchgriff reichen zu lassen (§ 13 Abs 1 Z 2 VKrG), weil das bei einer Immobilienfinanzierung geradezu zwingend ist.

Seit dem HIKrG ist das VKrG auf solche Kreditverträge nunmehr nicht mehr anwendbar.⁴³ Die Materie wurden gesamt in ein neues Gesetz überführt, das – Fluch oder Segen der zersplitterten Umsetzung – den Einwendungsdurchgriff sowie die Drittfinanzierung überhaupt nicht mehr behandelt. Die Frage einer Analogie stellt sich erneut, diesmal allerdings auf noch wackligem Boden, wobei dennoch eine besondere Beschäftigung mit dieser Frage in der Lit nicht zu verzeichnen ist.

3.3 Fremdwährungskredite

Das HIKrG enthält als Richtlinienumsetzung natürlich eine Bestimmung zu Fremdwährungskrediten, wobei zu bedenken ist, dass das klassische Fremdwährungskreditverständnis hier weiter zu ziehen ist. Denn ein Fremdwährungskredit liegt gem § 24 Abs 1 HIKrG nicht nur vor, wenn eine österreichische Bank einen Kredit nicht in EUR vergibt, sondern ebenso wenn der Kredit in EUR vergeben wird, der Verbraucher allerdings kein Einkommen in EUR bezieht.

Zum klassischen Fremdwährungskredit ist aus spezifisch österreichischer Sicht zu bedenken, dass sich die FMA der Vergabe solcher Fremdwährungskredite an Verbraucher in ihren Mindeststandards widmet. Dabei handelt es sich um ein Phänomen, das mit den EBA Guidelines vergleichbar ist. Die FMA gibt mittels Mindeststandards ihre „*Rechtsauffassungen*“ kund „*sowie darüberhinausgehende praktische Verhaltensempfehlungen*“. Wie bei den EBA Guidelines empfiehlt es sich natürlich, sich an die praktische Verhaltensempfehlung zu halten. Die Neuver-

⁴¹ ErläutRV 650 BlgNR 24. GP 23.

⁴² Für eine analoge Anwendung ua *Apathy/Riedler*, Schuldrecht BT⁵ Rz 1/46; *Bollenberger* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht IV² Rz 1/226, *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Verbraucherkreditrecht § 13 VkrG Rz 11 ff; *Reidinger*, Drittfinanzierung in Festschrift 200 Jahre ABGB (2011) 553 (576). Krit hingegen *P. Bydlinski*, Drittfinanzierte Vermögensbeteiligung: „Trennungsklausel“ wirksam?, RdW 1990, 401 (403).

⁴³ § 4 Abs 2 Z 6 und 7 VKrG schließen jene Kredite, die dem HIKrG unterliegen, von der Anwendung des VKrG ausdrücklich aus.

gabe früher sehr beliebter klassischer Fremdwährungskredite findet in Österreich daher praktisch nicht mehr statt.⁴⁴

4 Umsetzung in Österreich: Kreditwürdigkeitsprüfung

4.1 Anforderungen an die Prüfung

Während § 24 HIKrG über Fremdwährungskredite daher keine besonderen Probleme aufwirft, ist das beim Herzstück des HIKrG anders. § 9 HIKrG regelt die Prüfung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers. Eine Kreditgewährung ist – anders als nach § 7 VKrG – nur dann zulässig, wenn es nach der Kreditwürdigkeitsprüfung wahrscheinlich ist, dass der Kreditwerber seine Verpflichtungen in der gemäß dem Kreditvertrag vorgeschriebenen Weise erfüllt. Wer also nicht würdig ist, dem „darf“ kein Kredit gewährt werden.

Die Bestimmungen zur Überprüfung lehnen sich eng an die zugrundeliegende Richtlinie an. Bei der Kreditwürdigkeitsprüfung geht es um die Bewertung der Aussicht, dass den Verpflichtungen aus dem Kreditvertrag nachgekommen wird.⁴⁵ Das HIKrG arbeitet wie die Richtlinie mit einer Vielzahl an unbestimmten Gesetzesbegriffen: Dass die Prüfung eingehend sein muss, wundert niemand. Dass die relevanten Faktoren angemessen zu berücksichtigen sind, auch nicht. Und dass sie auf der Grundlage notwendiger, ausreichender und angemessener Information zu Einkommen und Ausgaben und anderen finanziellen und wirtschaftlichen Umständen des Verbrauchers vorzunehmen ist, ist ebenso klar, jedoch wenig hilfreich. Insgesamt ist die überbordende Verwendung von Adjektiven nach manchen ja ein Zeichen für einen schlechten Autor, dem Mainstream europäischer Rechtsakte entspricht ein solcher Stil aber jedenfalls. Sinnlos ist dieser Zugang trotzdem: Wenn ein Gesetzestext die Berücksichtigung eines Faktors anordnet, ist die „Angemessenheit“ der Berücksichtigung eigentlich selbstverständlich.

Die EBA weist in ihren Leitlinien noch darauf hin, dass es „solide Verfahren“ braucht, dass bei saisonalen Einkommen und bei Selbständigen überhaupt angemessene Erkundigungen eingeholt und geeignete Schritte eingeleitet werden sollen, um die Informationen zu überprüfen, einschließlich der Ertragskraft und

⁴⁴ Rz 34 der FMA-Mindeststandards zum Risikomanagement und zur Vergabe von Fremdwährungskrediten und Krediten mit Tilgungsträgern.

⁴⁵ § 2 Abs 13 HIKrG.

der Prüfung der Dokumentation dieses Einkommens durch Dritte. Ganz explizit geht es dabei auch darum, falsche Angaben zu verhindern. Das ist mehr, als der EuGH in der Rs CA Consumer Finance/Bakkaus⁴⁶ zum Verbraucherkredit verlangt hat. Der EuGH erachtete dabei eine Bewertung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers einzig auf Grundlage der vom Verbraucher vorgelegten Informationen als zulässig, vorausgesetzt die Angaben sind ausreichend.⁴⁷

Nicht ganz unwesentlich ist auch, dass die Kreditwürdigkeitsprüfung sich nicht hauptsächlich darauf stützen darf, dass der Wert der Immobilie den Kreditbetrag übersteigt.⁴⁸ Den Materialien zufolge soll der Schwerpunkt der Kreditwürdigkeitsprüfung auf der Fähigkeit des Verbrauchers liegen, seinen Verpflichtungen aus dem Kreditvertrag nachzukommen,⁴⁹ zukünftige „denkbare negative Szenarien“ müssten daher ausreichend berücksichtigt werden. In Österreich ist das Thema, dass manche Kreditvergaben dadurch sehr schwierig werden, natürlich auch angekommen, die Kontroverse war in Deutschland aber weitaus größer.⁵⁰

Wenn sich dafür in den EBA Leitlinien als Beispiel die Pensionierung und der damit einhergehende Einkommensverlust vorfindet, ist das deshalb wenig beruhigend, weil es so selbstverständlich ist. Natürlich würde die bevorstehende Pensionierung bei einer Kreditwürdigkeitsprüfung berücksichtigt werden. Wie andere Szenarien ausschauen sollen, ist eine schwierigere Frage. Die Leitlinien nennen hier als Beispiele einen möglichen Anstieg des Referenzzinssatzes bei variablen Hypotheken, eine negative Amortisation, Schlussraten oder aufgeschobene Tilgungs- oder Zinszahlungen. Es kann jedoch wohl nicht darauf abgestellt werden, ob der Verbraucher den Kredit auch bei Arbeitsplatzverlust oder Krankheit zurückzahlen kann, weil dann kaum mehr Kredite vergeben werden dürften.

Bemerkenswert ist, dass eine ungünstige Kreditwürdigkeitsprüfung nach dem HIKrG nicht bloß dazu führen soll, dass dem Kunden vom Kredit abgeraten wird; das VKrG spricht etwa noch davon, dass das Kreditinstitut den Verbraucher auf Bedenken hinzuweisen hat, sodass eine Warnpflicht besteht. Vielmehr darf die Bank den Kredit nur gewähren, wenn wahrscheinlich ist, dass der Vertrag erfüllt wird. Die RL sagt dazu in Art 18, dass der Kredit nur bei positiver Prüfung bereitgestellt werden darf.

⁴⁶ EuGH C-449/13 (CA Consumer Finance/Bakkaus).

⁴⁷ EuGH Rs C-449/13 Rn 33 ff (CA Consumer Finance/Bakkaus).

⁴⁸ § 9 Abs 3 HIKrG.

⁴⁹ ErwG 55 RL 2014/17/EU; ErläutRV 843 BlgNR 25. GP 6.

⁵⁰ Dazu genauer *Wittig* in diesem Band (S. 99 ff).

4.2. Rechtsfolgen verbotswidriger Kreditvergabe

Ein Verstoß gegen dieses Kreditvergabeverbot ist einerseits verwaltungsstrafrechtlich sanktioniert,⁵¹ davon abgesehen ist es den Mitgliedstaaten überlassen, Sanktionen vorzusehen die „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sind.⁵² Es wird also wie beim Verbraucherkredit⁵³ zivilrechtliche Rechtsfolgen brauchen.⁵⁴ Was kommt dafür in Betracht?

4.2.1. Nichtigkeit wegen Gesetzeswidrigkeit gem § 879 ABGB

Während sich der deutsche Gesetzgeber in § 505d BGB mit der Frage beschäftigt hat, schweigt der österreichische Gesetzgeber dazu. Es bleibt nur die Anwendung allgemeiner Regeln, die – nachdem die Norm die Kreditgewährung verhindern will – rasch zur Gesetzeswidrigkeit des Vertrages nach § 879 ABGB (der Parallelbestimmung zu § 134 BGB) führt. Nicht jeder Vertrag, der in irgendeiner Weise gegen die Rechtsordnung verstößt, ist jedoch sofort nichtig. Nach hA⁵⁵ ist eine Nichtigkeit dann anzunehmen, wenn diese Rechtsfolge ausdrücklich angeordnet wird oder der Verbotszweck der übertretenen Norm die Ungültigkeit des Geschäftes verlangt. In § 9 Abs 5 HIKrG fehlt zwar eine ausdrückliche Nichtigkeitsanordnung jedoch ergibt sich diese im Auslegungsweg aus dem Normzweck.⁵⁶ Die

⁵¹ Gem § 30 HIKrG ist eine Geldstrafe bis zu EUR 100.000,– vorgesehen.

⁵² Art 38 WIKr-RL. Nach der Rsp des EuGH zur VKr-RL (EuGH C-565/12 [LCL Le Crédit Lyonnais SA]), ist eine zivilrechtliche Sanktion nicht abschreckend, wenn der vom Verbraucher bei Verletzung der Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung zu zahlende Zinssatz „wesentlich geringer“ ist als derjenige, der dem Kreditgeber zustünde, wenn er seiner Verpflichtung ordnungsgemäß nachgekommen wäre.

⁵³ Aus der Rsp des EuGH zur VKr-RL ergibt sich eindeutig, dass eine Pflichtverletzung des Kreditgebers auch zivilrechtliche Konsequenzen haben kann (EuGH C-565/12 [LCL Le Crédit Lyonnais SA]).

⁵⁴ So auch die einhellige Meinung in der Literatur: *Dehn* in Leupold, Forum Verbraucherrecht 2016, 55 (66); *Gelbmann*, Hypothekar- und Immobilienkreditgesetz, VbR 2016/46, 68 (70); *Harrich*, Neue Bestimmungen für Immobilienkredite, ZFR 2016/56, 122 (125 ff); *Koch*, immolex 2016, 102 (105); *Schamberger*, Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Kreditvergabeverbot nach § 9 Abs 5 HIKrG, ÖBA 2016, 638 (638 ff); *Stabentheiner*, ÖJZ 2016, 151 (157 f).

⁵⁵ RS0016454; RS0016840; *Gschnitzer* in Klang² IV/1, 179; *Bollenberger* in KBB⁵ § 879 Rz 3; *Riedler* in Schwimann/Kodek⁴ § 879 Rz 3; *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht¹⁴ Rz 551; *Krejci* in Rummel/Lukas⁴ § 879 Rz 21; *Graf* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 879 Rz 3.

⁵⁶ *Harrich*, ZFR 2016/56, 122 (126); zur Ermittlung des Normzwecks von § 9 Abs 5 HIKrG siehe *Schamberger*, ÖBA 2016, 638 (640 f).

Nichtigkeit ist als relative Nichtigkeit nur auf Einwand des Verbrauchers, zu berücksichtigen.⁵⁷

4.2.2. Anfechtung wegen Willensmangel gem § 871 ABGB

Als Sanktion kommt neben einer Nichtigkeit des Vertrages auch ein Irrtum des Verbrauchers in Betracht. Der Verbraucher irrt zwar über seine eigene Zahlungskraft und unterliegt damit einem Motivirrtum, der bei entgeltlichen Geschäften grundsätzlich nicht zur Anfechtung berechtigt.⁵⁸ Natürlich ist die Abgrenzung zwischen Motiv- und Geschäftsirrtum aber eine Abgrenzung nach Risikosphären. Das Risiko eines Motivirrtums soll per se der Irrende selbst tragen und eben nicht sein Vertragspartner.⁵⁹

Bedenkt man das, kann man die Zahlungsfähigkeit und damit Kreditwürdigkeit aber nicht so einfach der Risikosphäre des Verbrauchers zuweisen. Im Gegenteil, das Kreditinstitut wird hier gerade zu dessen Schutz eingespannt, was die Risikoverteilung ändert und den typischen Motivirrtum zum Geschäftsirrtum macht. Das ist vom Mechanismus her nicht ungewöhnlich, es ist wie sonst auf die Vertragswesentlichkeit abzustellen. Ein positiver Anhaltspunkt dafür findet sich in § 871 Abs 2 ABGB, der normiert, dass Irrtümer über Umstände, über die der andere nach geltenden Rechtsvorschriften aufzuklären gehabt hätte, immer als Irrtum über den Inhalt des Vertrages (und damit als Geschäftsirrtum) angesehen werden. Dieser Irrtum wird bei Vorliegen einer Warnpflichtverletzung auch immer veranlasst sein und damit die Anfechtungsvoraussetzungen erfüllen.⁶⁰

4.2.3 Schadenersatz wegen *cic*

Geht es um die Verletzung von Pflichten bei Vertragsanbahnung, ist klarerweise die Haftung aus *culpa in contrahendo* nicht weit. Eine Pflichtverletzung der Bank

⁵⁷ Vgl. Schamberger, ÖBA 2016, 638 (640f).

⁵⁸ Leupold/Ramharter, Die Verletzung der Pflicht zur Warnung vor mangelnder Kreditwürdigkeit nach dem Verbraucherkreditgesetz, ÖBA 2011, 469 (492).

⁵⁹ Rummel in Rummel/Lukas⁴ § 871 Rz 13; Pletzer in Kletečka/Schauer^{1.02} § 871 Rz 19; Riedler in Schwimann/Lukas⁴ § 871 Rz 14; Bollenberger in KBB⁵ § 871 Rz 7; Kramer, Zur Unterscheidung zwischen Motiv- und Geschäftsirrtum, ÖJZ 1974, 452 (456).

⁶⁰ Heinrich in Schwimann/Kodek § 7 VKrG Rz 60; Pesek, Verbraucherkreditvertrag 91; Koziol in Apathy/Iro/Koziol, BVR² I Rz 3/49; Foglar-Deinhardstein, Die Bonitätsprüfung beim Verbraucherkredit (§ 7 VKrG) Rz 503.

ohne Verschulden, das in der Situation auch noch gem § 1298 ABGB vermutet wird, ist kaum denkbar. Die *culpa in contrahendo* kann nach österreichischem Verständnis den Vertragsabschlusschaden (den „verbotene Vertrag“)⁶¹ sanieren, indem es zur schadenersatzrechtlichen Vertragsaufhebung (als Form der Naturalrestitution) kommt.

Es fehlt nicht an Vorstellungen darüber, welche zivilrechtlichen Folgen eine Verletzung der Kreditwürdigkeitsprüfung haben könnte.

4.2.4 Rückabwicklung

Diese Ansätze schließen sich wechselseitig auch nicht aus. Alle drei können zur Vertragsaufhebung, Schadenersatz und Irrtum auch zur Anpassung des Vertrages führen. Fraglich ist in weiterer Folge jedoch, wie vor allem bei einer Vertragsaufhebung vorzugehen ist.

Es gibt nicht viel, was dem Schuldner sein Zahlungsziel erhalten könnte, im Vergleich zur deutschen Rechtslage fehlt in Österreich ein § 817 S 2 BGB, der sehr kunstvoll fruchtbar gemacht wird, um dieses Problem zu lösen.

Ohne Kreditbegünstigung wäre die Kreditvaluta zurückzubehalten, ggf gesetzliche Zinsen iHv 4%. Wer den Kredit also bei ordnungsgemäßer Bonitätsprüfung nicht über 25 Jahre abstottern kann, soll ihn jetzt aus dem Stand zurückzahlen? Wie soll das gehen? Eine solche Vertragsaufhebung wäre natürlich ein Danaergeschenk. Diese Lösung passt schon nicht zum Schutzzweck⁶² der Umsetzungsnorm und sie ist ganz sicher auch nicht wirksam und abschreckend im Sinne des Europarechts.

Mangels einschlägiger gesetzgeberischer Hinweise für das HIKrG bleibt nur, den Fundus zu plündern. Der ist durchaus gefüllt, denn die Frage war bereits zum

⁶¹ Zu § 7 VKrG bereits *Dehn*, Die neue Verbraucherkredit-Richtlinie: Geltungsbereich – Umsetzungsoptionen – Sanktionen, ÖBA 2009,185 (195) FN 83; *Zöchling-Jud*, Prüfung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers, *ecolex* 2010, 525 (528); *Zöchling-Jud* in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht § 7 VKrG Rz 45; *Leupold/Ramharter*, ÖBA 2011, 469 (479, 482ff); *Weissel*, Kreditvergabe und Kreditwürdigkeitsprüfung nach § 7 VKrG, ZFR 2011/167, 294 (298); *Dehn* in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht IV² Rz 2/85; *Pesek*, Verbraucherkreditvertrag 158 ff; *Foglar-Deinhardstein*, Bonitätsprüfung Rz 380 ff; *Heinrich*, Bonitätsprüfung im Verbraucherkreditrecht (2014) 158 f; *Heinrich* in Schwimann/Kodek⁴ § 7 VKrG Rz 40; *Pesek* in Klang³ § 7 VKrG Rz 72.

⁶² Vgl die Rs C-565/12 (LCL Le Crédit Lyonnais SA) in der der EuGH aussprach, dass die vorvertragliche Verpflichtung des Kreditgebers zur Kreditwürdigkeitsprüfung auf den Schutz des Verbrauchers vor der Gefahr der Überschuldung und der Zahlungsunfähigkeit abzielt.

VKrG Gegenstand kontroverser Diskussionen, auf den dort vorhandene Meinungsstand kann auch im Anwendungsbereich der HIKrG rekurriert werden.⁶³

Manche wollen zum VKrG eine Rückabwicklung nur soweit zulassen, sofern dem Verbraucher ein klarer Vorteil entstanden ist. Also etwa nicht, wenn die angeschaffte Sache an Wert verloren hat.⁶⁴

Wer sich etwas Wertbeständiges kauft, ist damit besser dran als der Casino-geher. Ein solches Konzept verfolgt das österreichische Recht nur für die Bereicherung von Geschäftsunfähigen. Ganz so weit ist der Verbraucher aber nicht, auch wenn ihn manche Regelungen so behandeln. Man darf auch bei den europäischen Vorgaben nicht aus den Augen verlieren, dass Abschreckung und Wirksamkeit auch von Verhältnismäßigkeit begleitet werden. Gleichzeitig hat dieser Ansatz, der zum VKrG entwickelt wurde, gerade bei der Anschaffung von Immobilien den Nachteil, dass der Wert oft noch da sein und damit dem Verbraucher gar nicht so sehr geholfen wird.

Ein anderer Ansatz geht dahin, dass der Richter dem Verbraucher einen für ihn passenden Rückzahlungsplan ausarbeitet, die Ratenhöhe ändert oder den Rückzahlungsplan erstreckt. Wenn man dabei Aspekte der Praktikabilität außer Acht lässt, stellt sich vor allem die Frage, wie es dafür irgendeine gesetzgeberische Basis geben soll.

Ein gesetzesnäherer Ansatz, der auch zum VKrG plausibel war, wäre die analoge Anwendung des § 7 Abs 2 WucherG.⁶⁵ An sich ist ein wucherischer Vertrag nichtig, beim Kreditwucher hat der Gesetzgeber aber erkannt, dass die Nichtigkeit der Kreditbegünstigung für den Kreditnehmer untragbar wäre und ihn von der Geltendmachung des Wuchers abhalten könnte. Der österreichische Gesetzgeber löst das Problem, was in Deutschland § 817 BGB leistet, indem er die ursprünglich vertraglich vereinbarten Zahlungsfristen beibehält, die Zinsen aber auf den doppelten Basiszinssatz mindert. Dem haben sich für den Verbraucherkredit viele Autoren angeschlossen und auch im HIKrG scheint das die überwiegende Lösung

63 Vgl *Foglar-Deinhardstein*, Bonitätsprüfung Rz 438 ff, *Heinrich*, Bonitätsprüfung 203 ff; *Dehn* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht IV² Rz 2/71 ff; *Leupold/Ramharter*, ÖBA 2011, 469 (481 f).

64 So *Heinrich* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 7 VKrG Rz 57, der sich für einen möglichen (teilweisen) Entfalls der Rückzahlungsverpflichtung ausspricht, wenn dem Schaden (hier: die sofortige Rückzahlungsverpflichtung des Kreditnehmers) kein durch die Valuta bleibender und wertbeständiger Vorteil gegenübersteht, dieser ist iSd Grundsätze zur aufgedrängten Bereicherung zu bewerten.

65 So bereits zum VKrG *Spitzer*, Die Pfandverwertung im Zivil- und Handelsrecht (2004) 56 f; *Perner/Spitzer*, Das Darlehens- und Kreditrechtsänderungsgesetz (DaKRÄG), ZIK 2010/245, 171 (173) FN 61.

zu sein.⁶⁶ Die Lösung ist im Ergebnis auch mit der in Deutschland in § 505d BGB kodifizierten Regelung vergleichbar.

Im Detail lassen sich noch Differenzierungen ausmachen. Manche Autoren befürworten etwa eine Absenkung des gesetzlich vorgesehenen Zinssatzes auf den einfachen Basiszinssatz,⁶⁷ weil der doppelte vor dem Hintergrund europäischer Vorgaben zu hoch sei. Das macht sicher alles abschreckender und wirksamer, lässt sich mit nationaler Methodik aber nur schwer erreichen und auch durch richtlinienkonforme Rechtsfortbildung nicht begründen. Warum der einfache Basiszinssatz? Warum nicht der halbe oder noch weniger? Oder überhaupt ein anderer Zinssatz?

Das sind – durchaus ausschlaggebende, aber dann doch – Details, im Grundsatz besteht Einigkeit, dass die Kreditbegünstigung sich nicht in Luft auflösen kann, weil sonst ein massives Effektivitätsproblem die zivilrechtliche iSv verbraucherschützende Wirksamkeit dieser Verbraucherschutz-RL ad absurdum führen würde.

66 Bereits zum VKrG *Jud*, Die neue Verbraucherkreditrichtlinie, ÖJZ 2009/96, 887 (891) FN 53; *Spitzer*, Die Pfandverwertung im Zivil- und Handelsrecht 56 f; *Perner/Spitzer*, ZIK 2010/245, 171 (173) FN 61; *Dehn* in *Apathy/Iro/Koziol*, BVR IV² Rz 2/80 ff; *Pesek*, Verbraucherkreditvertrag 181 ff; sowie zum HIKrG *Schamberger*, ÖBA 2016, 638 (647 f).

67 *Foglar-Deinhardstein*, Zum Kreditvergabeverbot nach § 9 Abs 5 HIKrG: Ein scharfes Schwert mit stumpfer Klinge?, VbR 2017/31, 44 (48).