



An das  
Präsidium des Nationalrats  
Parlament  
Dr.Karl Renner Ring 3  
1017 Wien

**Betreff: Entwurf für ein Darlehens- und Kreditrechts-Änderungsgesetz –**

. **DaKRÄG**  
**Begutachtungsverfahren**  
**BMJ-B7.012H/0009-I 2 /2009**

Die Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter und die Bundesvertretung Richter und Staatsanwälte in der GÖD erlauben sich, entsprechend der eingehenden Analyse der Fachgruppe Zivilrecht der Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter, von der auch einzelne Formulierungsvorschläge stammen, zum Ministerialentwurf eines Darlehens- und Kreditrechts-Änderungsgesetzes (DaKRÄG) wie folgt Stellung zu nehmen:

**I. Allgemeines**

**1.** Mit dem vorliegenden Entwurf soll die RL 2008/48/EG über Verbraucherkreditverträge umgesetzt werden, was im Kern durch die Schaffung eines neuen VerbraucherkreditG und eine Reform der Darlehensbestimmungen des ABGB bewerkstelligt werden soll. Erfreut

licherweise wurde dabei tunlich darauf verzichtet, den in der RL angelegten, zT sehr komplexen und diffizilen Anwendungsbereich mit seinen Ausnahmen und Ausnahmeoptionen unverändert in das nationale Recht umzusetzen. Der hier vorgeschlagene „geglättete“ Anwendungsbereich ist schon aufgrund seiner Klarheit und der damit einhergehenden Rechtssicherheit zu begrüßen.

Die in diesem Zusammenhang zum Anwendungsbereich des VKrG zur Diskussion gestellte Einführung einer Obergrenze (etwa €300.000,-) ist dabei abzulehnen. Ungeachtet dessen, dass die RL Kreditverträge über €75.000 von ihrem Anwendungsbereich ausnimmt (Art 2 Abs 2 lit c), ist dafür kein sachlicher Grund erkennbar. Aller Erfahrung nach entfällt der Schutzbedarf von Verbrauchern „nach oben hin“ keineswegs, sondern nimmt – im Gegenteil – tendenziell zu, weil der durchschnittliche Verbraucher meist nur geringen oder gar keinen Bezug zu größeren Beträgen hat. Eine Obergrenze könnte auch zu Wertungswidersprüchen führen: Liegt etwa der Kreditbetrag zunächst über dem Schwellenwert (zB €350.000,-) und wird der Kredit nachträglich um einen unter der Grenze liegenden Betrag (zB €50.000,-) erweitert, wären die Verbraucherschutzbestimmungen trotz des dann geringeren Schutzbedarfs wohl nur auf die Krediterweiterung anzuwenden. Auf eine Obergrenze sollte daher verzichtet werden.

**2.** Im Vorblatt der ErlBem ist in der Darstellung der finanziellen Auswirkungen ohne weitere Begründung festgehalten, dass „keine Mehrbelastung der Gerichte zu erwarten“ ist. Dem muss nachdrücklich entgegengetreten werden:

Ein Mehraufwand ist schon aufgrund des in § 7 Abs 2 VKrG vorgesehenen richterlichen Mäßigungsrechts bei unzureichender oder unterbliebener Bonitätsprüfung durch den Kreditgeber zu erwarten: Derzeit werden österreichweit jährlich unzählige Darlehens-Mahnklagen mit Zahlungsbefehl erledigt. Künftig werden Rechtsberater schon in Hinblick auf dieses Mäßigungsrecht einem Verbraucher meist zum Einspruch raten, was aber ein Beweisverfahren zu den näheren Umständen der Kreditvergabe - und oft ein entsprechendes Rechtsmittelverfahren - nach sich zieht. Das zeigt auch die Praxis zum Mäßigungsrecht bei Interzessionen nach § 25d KSchG. Hier ist daher jedenfalls mit einer spürbaren Steigerung der streitigen Verfahren zu rechnen!

Davon abgesehen führt die Einführung neuer privatrechtlicher Rechte und Pflichten schon als solche regelmäßig zu einer verstärkten Inanspruchnahme der Gerichte, da neue

streitträchtige Sachverhalte entstehen, die Bestimmungen erst durch Auslegung zu konturieren sind, ihr Verhältnis zu bestehenden Rechten zu klären ist etc. Das ist für das DaKRÄG in besonderem Maß zu erwarten, weil eine ganze Reihe neuer zivilrechtlicher Rechte und Pflichten für den Abschluss und die Durchführung von Kreditverträgen vorgesehen wird (zB Kreditwürdigkeitsprüfung, Rücktrittsrecht, Anspruch auf Vorfälligkeitsentschädigung), ihr Verhältnis zu bestehenden Rechtsinstituten nicht in jedem Fall normiert ist und auch ungeregelte Rechtsfolgen bei verschiedenen Normverstößen zu klären sein werden.

Seriöserweise muss daher auf eine zu erwartende Mehrbelastung der Zivilgerichte aufmerksam gemacht werden.

## **II. Zu den einzelnen Bestimmungen**

(Die folgenden Ausführungen verstehen sich auch als Fragen und Anregungen, um allfälligen Unsicherheiten bei der Auslegung vorzubeugen).

### **1. ABGB**

#### **§ 983**

Satz 2 zufolge ist der Darlehensnehmer verpflichtet, dem Darlehensgeber entweder nach einer im Voraus bestimmten Zeit oder auf dessen Verlangen ebenso viele Sachen derselben Gattung und Güte zurückzugeben. Da eine Rückgabepflicht „auf dessen Verlangen“ sicher so zu verstehen ist, dass ihr der Darlehensnehmer sogleich zu entsprechen hat, stellt sich die Frage nach dem Verhältnis eines solchen Verlangens zu den (nur für den Kreditvertrag vorgesehenen) Kündigungsrechten und -fristen nach §§ 987f. Ist hier gewollt, dass unbefristete Darlehensverträge außerhalb von Kreditverträgen - entgegen den zu Dauerschuldverhältnissen entwickelten Grundsätzen - künftig auch ohne die Voraussetzungen einer ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung beendet werden dürfen? Wenn nicht, könnte man den Rückgabezeitpunkt hier offener, dh ohne Bezugnahme auf die Beendigungsart (durch Zeitablauf, „Verlangen“, Kündigung) formulieren, zB:

*„Der Darlehensnehmer ist verpflichtet, dem Darlehensgeber nach Beendigung des Darlehensvertrages ebenso viele Sachen derselben Gattung und Güte zurückzugeben.“*

oder alternativ:

*„Der Darlehensnehmer ist verpflichtet, dem Darlehensgeber nach einer gewissen Zeit ebenso viele Sachen derselben Gattung und Güte zurückzugeben.“*

### **§ 984**

Nach Satz 4 dieser Bestimmung gelten das Sachdarlehen und das Gelddarlehen innerhalb des Kreises naher Angehöriger als unentgeltlich, wenn die Parteien nichts über ein Entgelt vereinbaren.

Das steht im Gegensatz zur Entgeltlichkeitsvermutung des § 354 Abs 2 UGB, der nicht nur im beidseitigen Unternehmerge schäft, sondern auch im Verbrauchergeschäft als einseitigem Unternehmerge schäft (§ 345 UGB) gilt. Ist die Bedeutung von § 984 ABGB bezüglich solcher Darlehen daher auf Verträge zwischen Privaten beschränkt, oder soll § 354 Abs 2 UGB von § 984 ABGB (lex posterior) insofern verdrängt werden?

Generell erscheint hier die Vereinbarkeit von § 354 Abs 2 UGB mit den neuen Verbraucherschutzbestimmungen überprüfungswürdig.

### **§ 988**

Die außerordentliche Kündigung soll davon abhängen, dass einem Vertragspartner „die Aufrechterhaltung des Vertrags aus schwerwiegenden Gründen auf Seiten des Vertragspartners unzumutbar ist“.

Da das Kriterium der Unzumutbarkeit wohl stets schwerwiegende Gründe voraussetzt, könnte auf „schwerwiegende“ auch verzichtet werden. Oder wird hier eine „gesteigerte Unzumutbarkeit“ verlangt?

### **§ 989**

Nach dem letzten Satz der Bestimmung kann der Kreditgeber vom Kreditnehmer eine angemessene Entschädigung für den ihm aus der vorzeitigen Rückzahlung voraussichtlich unmittelbar entstehenden *Vermögensnachteil* verlangen. § 16 Abs 2 VKrG verweist darauf.

Gemäß Art 16 Abs 2 RL soll der Kreditgeber dagegen nur eine Entschädigung für die möglicherweise entstandenen, unmittelbar mit der vorzeitigen Rückzahlung des Kredits zusammenhängenden *Kosten* verlangen können (ebenso Erw 39). Die Entschädigung nach § 989 ginge daher darüber hinaus. Da die Erläuterungen dezidiert festhalten, dass hier auch von der Option des Art 16 Abs 4 RL (höhere Entschädigung bei nachgewiesenem höheren Verlust) kein Gebrauch gemacht werden soll, ist angesichts des Vollharmonisierungsprinzips die RL-Konformität des § 16 Abs 2 VKrG fraglich.

## 2. VerbraucherkreditG

### § 7

Zum Mäßigungsrecht nach Abs 2: Da die Kreditwürdigkeitsprüfung nach Abs 1 nicht nur bei der Vergabe von Geldkrediten, sondern auch bei (entgeltlichen) Stundungen, Abzahlungsgeschäften, Finanzierungsleasingverträgen und sonstigen Formen des Zahlungsaufschubs oder der entgeltlichen Finanzierungshilfe vorzunehmen ist (§ 25 VKrG), käme das richterliche Mäßigungsrecht nach Abs 2 in sehr vielen Bereichen und für die unterschiedlichsten Kreditvergabesituationen zur Anwendung.

Für die Ausübung des Mäßigungsrechts wird als einziges Mäßigungskriterium die Sorgfaltswidrigkeit des Kreditgebers genannt („... kann das Gericht die Ansprüche des Kreditgebers ... mit Rücksicht auf die diesem zur Last fallende Sorgfaltswidrigkeit mäßigen.“). Wie auch ein Vergleich mit anderen richterlichen Mäßigungsrechten (§ 1336 Abs 2 ABGB, § 25d KSchG) zeigt, erlaubt dies aber keine adäquate Interessenabwägung. So wäre es nicht einzusehen, dass der aushaltende Kreditbetrag oder die noch ausstehenden Raten aus einem Abzahlungsgeschäft etc nur deshalb reduziert werden sollten, weil der Kreditgeber bei der Bonitätsprüfung etwa die Fixkosten des Kreditnehmers nicht vollständig erfragt hat, ohne dass auch Umstände wie das Verschulden des Verbrauchers an der unterbliebenen Information, der ihm aus der Kreditvergabe zugekommene Nutzen, seine geschäftliche Erfahren- oder Unerfahrenheit usw berücksichtigt werden dürften. Für eine sinnvolle Ausübung des Mäßigungsrechtes bedarf es daher eines breiteren gesetzlichen Kriterienkataloges (vgl. § 25d Abs 2 KSchG) oder zumindest einer Öffnungsklausel („... kann das Gericht die Ansprüche des Kreditgebers aus dem Vertrag *insbesondere* mit Rücksicht auf die diesem zur Last fallende Sorgfaltswidrigkeit mäßigen“) - wenn die Ausformulierung der Mäßigungskriterien nicht überhaupt der Rechtsprechung überlassen wird (vgl. § 1336 Abs 2 ABGB; § 7 KSchG).

Noch grundsätzlicher ist aber die Sachgerechtigkeit eines Mäßigungsrechtes zu hinterfragen (gemäß Art 22 Abs 2 RL sollen die nationalen Sanktionen aus Pflichtverstößen nicht nur wirksam und abschreckend, sondern auch verhältnismäßig sein). Zu berücksichtigen ist, dass der Kreditnehmer auch bei unzureichender Bonitätsprüfung immerhin in den Genuss der ganzen Gegenleistung seines Vertragspartners gekommen ist, während etwa dann, wenn ein Interzedent einen Nutzen aus der Leistung des Gläubigers zieht, die Mäßigungsmöglichkeit gerade deshalb beschränkt wird oder gar entfällt (§ 25d Abs 2 Z 3 KSchG). Dies wiegt umso

schwerer, als auch einem Bürgen oder sonst akzessorisch haftenden Sicherheitenbesteller die entsprechende Einrede zustünde, der Kreditgeber somit auch nicht aus der Sicherheit vollständig befriedigt wird.

Es ist daher zu erwägen, ob nicht schon mit einer Haftung des Kreditgebers aus einer vorvertraglichen Pflichtverletzung das Auslangen gefunden werden kann, wobei der Schaden des Verbrauchers regelmäßig in der ihm entstandenen Pflicht zur Zahlung der vertraglich vereinbarten (übergesetzlichen) Zinsen zu sehen ist. Vergleichsweise hat selbst ein Kreditnehmer, dessen Leichtsinn oder Unerfahrenheit in wucherischer Weise ausgebeutet wurde, aufgrund der Nichtigkeit des Wucherkredits die gesamte Kreditsumme mit den gesetzlichen Zinsen zurückzuzahlen (§ 7 Abs 1 WucherG).

Vielleicht empfiehlt es sich auch explizit zum Ausdruck zu bringen, dass eine ordnungsgemäße Bonitätsprüfung die Unmöglichkeit der Erfüllung des Vertrages durch den Kreditnehmer erkennen lassen hätte können.

Schließlich wird an den eingangs dargestellten gerichtlichen Mehraufwand erinnert, der bei Einführung des Mäßigungsrechts jedenfalls zu erwarten ist.

## § 8

Zu den mit § 7 Abs 1 (Einhaltung von Auskünften aus einer geeigneten Datenbank) und den mit § 8 aufgeworfenen datenschutzrechtlichen Fragen wird hier nicht Stellung genommen.

## § 9

Abs 5 letzter Satz lautet: „Die in Z 1-4 genannten Rechtsfolgen treten nicht ein, wenn der Verbraucher die im Kreditvertrag fehlenden oder unrichtig angegebenen Informationen den späteren vertraglichen Vereinbarungen entsprechend bereits im Rahmen der vorvertraglichen Information nach § 6 Abs 1 erhalten hat.“

Da der Begriff „Kreditvertrag“ ja nicht anders als die „vertragliche Vereinbarung“ verstanden werden kann, von dieser aber gerade unterschieden werden soll, erschließt sich der Sinn dieser Bestimmung nicht recht. Ist mit „Kreditvertrag“ dagegen nur die Ausfertigung des bereits abgeschlossenen Vertrages auf Papier oder einem anderen dauerhaften Datenträger gemeint, sollte dies – in Übereinstimmung mit Abs 1 – auch so bezeichnet werden („... *die in der Ausfertigung des Kreditvertrages fehlenden oder unrichtig angegebenen Informa-*

tionen ...“).

Inhaltlich stellt sich überdies die Frage, ob die Sanktionen der Z 1-4 auch dann - wie es nach dem Wortlaut der Bestimmung der Fall wäre – gelten sollen, wenn der Verbraucher die Informationen zwar nicht im Rahmen der vorvertraglichen Information nach § 6 Abs 1, jedoch bei der „späteren vertraglichen Vereinbarung“ erhalten hat und sie dadurch nach dem Parteienverständnis Vertragsinhalt werden (zB wenn Formular Anhang II unvollständig ausgefüllt war, man sich aber bei Vertragsschluss über die fehlenden Details einigte). Andernfalls könnte mit einer Formulierung wie etwa der folgenden das Auslangen gefunden werden:

*„Die in Z 1- 4 genannten Sanktionen treten nicht ein, wenn der Verbraucher die in der Ausfertigung des Kreditvertrages fehlenden oder unrichtig angegebenen Informationen bis zum Abschluss des Kreditvertrages erhalten hat.“*

## § 11

Nach Abs 1 soll eine Änderung des Sollzinssatzes erst „wirksam“ werden, „nachdem der Kreditgeber den Verbraucher ... über den angepassten Sollzinssatz, die angepasste Höhe der Teilzahlungen sowie über allfällige Änderungen in der Anzahl oder der Fälligkeit der Teilzahlungen informiert hat.“

Bei einer Zinssatzsenkung würde dies bedeuten, dass ihre Wirksamkeit zum Nachteil der Verbraucher von ihrer Verständigung durch den Kreditgeber abhängig wäre - was zu Informationsverzögerungen geradezu einladen würde, damit Art 11 Abs 1 RL zuwiderliefe und mit der Judikatur zur Sittenwidrigkeit der verspäteten Weitergabe von Zinssenkungen in Widerspruch stünde (10 Ob 125/05p ua).

Art 11 Abs 1 RL ist wohl so zu verstehen, dass die Änderung des Sollzinssatzes *unabhängig* von einer Information des Verbrauchers wirksam wird, er aber bereits davor über die Änderung zu informieren ist.

Soll mit der Bestimmung als Sanktion die Unwirksamkeit der Sollzinssatzänderung vorgesehen werden, müsste die Unwirksamkeit auf eine Zinssatzerhöhung beschränkt werden. Art 11 Abs 1 könnte daher vielleicht wie folgt umgesetzt werden:

*„Bevor eine Änderung des Sollzinssatzes ... wirksam wird, ist der Verbraucher davon zu verständigen. Unterbleibt die Verständigung, kann sich der Kreditgeber nicht zum Nachteil des Verbrauchers auf die Änderung berufen.“*

## § 12

**Abs 6:** Nach dieser Regelung darf innerhalb der Rücktrittsfrist erst nach ausdrücklicher Zustimmung des Verbrauchers mit der Erfüllung des Vertrags begonnen werden, widrigensfalls dem Kreditgeber bei rechtzeitiger Rückzahlung nach Abs 3 keine Zinsen zustehen sollen.

Angesichts dessen, dass die 14-tägige Rücktrittsfrist erst bei vollständiger Information des Verbrauchers zu laufen beginnt, die Rücktrittsmöglichkeit bei fehlerhafter Information somit sehr lange zustehen kann und auch keiner absoluten Frist unterliegt, darf angemerkt werden, dass ein kompletter Zinsverlust für den Fall, dass der Kreditgeber nicht die ausdrückliche Zustimmung des Verbrauchers zur Kreditauszahlung in der „cooling-off-period“ eingeholt hat, eine ungewöhnlich scharfe (und damit besonders streitanfällige) Rechtsfolge ist.

Zur Vermeidung von Missverständnissen sollte Satz 2 im Übrigen wie folgt verdeutlicht werden: „Fehlt eine solche Zustimmung *und tritt der Verbraucher zurück*, so stehen ....“

## § 13

**Abs 1:** Nach den Erläuterungen beschreibt Abs 1 Z 2 Konstellationen, bei deren Vorliegen eine „widerlegliche Vermutung“ für eine wirtschaftliche Einheit verbundener Verträge besteht. Der Gesetzestext bringt mit der Formulierung „von einer wirtschaftlichen Einheit ist insbesondere dann auszugehen, wenn ...“ eine solche Widerleglichkeit aber in keiner Weise zum Ausdruck, sondern legt die gegenteilige Auslegung nahe (nämlich: jedenfalls wirtschaftliche Einheit, wenn ...).

Auch Art 3 lit n) ii) RL eröffnet bei der Definition des verbundenen Kreditvertrags keine Möglichkeit für eine solche Widerlegung. Sie hätte auch zur Folge, dass ein Kreditnehmer derart zur Gänze aus dem Anwendungsbereich des Art 15 RL gedrängt werden könnte, während Art 15 Abs 2 RL den Mitgliedstaaten nur freistellt, zu bestimmen, in welchem Maße und unter welchen Bedingungen „diese Rechtsmittel“ - dh jene nach Abs 2 - ausgeübt werden können.

**Abs 2:** Da der Rücktritt von einem Warenlieferungs- oder Dienstleistungsvertrag auch als Rücktritt für den verbundenen Kreditvertrag gilt, muss der Kreditgeber vom Verbraucher auch die Kreditvaluta zurückverlangen können. Dies sollte in Abs 2 Satz 2 jedenfalls ergänzt

werden

### § 16

Der Entwurf geht hinsichtlich der Regelung der Entschädigung für Vermögensnachteil des Kreditgebers nicht nur über die Richtlinie sondern auch über die in der Richtlinie den Mitgliedsstaaten eingeräumte erweiterte Option hinaus, worin auch ein Wertungswiderspruch gesehen werden könnte. Dies wird lediglich aufgezeigt, da es selbstverständlich Zuständigkeit der Politik ist, zu entscheiden ob der Kreditnehmer tatsächlich so wie vorgeschlagen erheblich schlechter gestellt werden soll, als es der derzeitigen Regelung des § 12a KSchG entspricht.

### § 18

Die Definition der Überziehungsmöglichkeit als „ausdrücklicher Kreditvertrag, bei dem der Kreditgeber dem Verbraucher Beträge zur Verfügung stellt“, indiziert – ungeteilt der wortwörtlichen Umsetzung von Art 3 lit d RL – einen Realvertrag (arg.: „zur Verfügung stellt“), der aber bewusst aufgegeben werden soll und hier insofern systemwidrig wäre. Da auch der RL nicht zu entnehmen ist, dass dies bei der Überziehungsmöglichkeit anders als bei sonstigen Kreditverträgen beabsichtigt ist, könnte ihr Charakter als Konsensualvertrag etwa wie folgt verdeutlicht werden: „... *ein ausdrücklicher Kreditvertrag, bei dem sich der Kreditgeber verpflichtet, Beträge zur Verfügung zu stellen, ...*“.

### § 28

Bei den Strafbestimmungen wäre es zur Rechtssicherheit sehr wünschenswert, wenn eine dafür zuständige Behörde genannt wird (Bezirksverwaltungsbehörde gem. § 26 Abs 1 VStG ?).