

# Muhri & Werschitz

PARTNERSCHAFT VON RECHTSANWÄLTEN GmbH

a-8010 Graz, Neutorgasse 47  
t: +43-316-820 620-0  
x: +43-316-820 620-4  
e: graz@mu-we.at

Rechtsanwälte - Verteidiger

Dr. Georg Muhri  
Dr. Otto Werschitz

Mitglieder Der Treuhandrevision

Homepage: <http://www.mu-we.at>

## Betreff: Allgemeine Anfrage

Unsere GZ: TrätJo1/AB-M/M/Ho/6SB/254  
(bitte immer anführen)

**1. Mit Schreiben vom 10.10.2008 hat die Finanzmarktaufsicht (FMA) den Geschäftsstellenleitern der österreichischen Kreditinstitute empfohlen, keine Fremdwährungskredite an private Haushalte zu vergeben. Im März 2010 sind per Kundmachung neue Mindeststandards der FMA in Kraft getreten, welche sowohl die Vergabe neuer Fremdwährungskredite an Privathaushalte als auch endfällige Finanzierungsformen mit Tilgungsinstrumenten gänzlich unterbinden sollen. Welche Auswirkungen hat diese Vorgangsweise für österreichische Kreditnehmer?**

Das Schreiben der Finanzmarktaufsicht vom 10.10.2008 stellt ausschließlich eine **Empfehlung** dar. Die Finanzmarktaufsicht ist nicht berechtigt, in den originären Geschäftsbetrieb eines Bankinstitutes unmittelbar einzugreifen und dem Geschäftsleiter die Direktive zu erteilen. Diese „Empfehlung“ der Finanzmarktaufsicht hat daher **keinen** Einfluss auf die tatsächliche Gestionierung von (Fremdwährungs)Krediten bei den einzelnen Bankinstituten. Diese sind vielmehr nach wie vor berechtigt, (auch) neue Fremdwährungskredite zu vergeben.

Soweit es Fremdwährungskredite betrifft, die an **Konsumenten** zugeteilt werden sollen, hat das Schreiben der Finanzmarktaufsicht vom 10.10.2008 keine unmittelbare Bedeutung. Unabhängig davon, ob seitens eines Bankinstitutes konkrete Finanzierungszusagen (die entsprechende Konditionen beinhalten und auch Überlegungen zur Fremdwährung ausführen) vor oder nach dem Zeitpunkt des Schreibens der FMA vom 10.10.2008 gemacht wurden, sind diese **einzuhalten**.

Soweit es die nunmehrigen Ankündigung der FMA betrifft, die Gewährung von Fremdwährungs- und Tilgungsträgerkrediten zu „untersagen“ (Vorlage neuer Mindeststandards), wird auf die Stellungnahme Univ.-Prof. Dr. Nicolas Raschauer vom 4. März 2010 verwiesen, dessen Ausführungen meiner Ansicht nach nichts hinzuzufügen ist.

**2. In den letzten 18 Monaten waren Fremdwährungskreditnehmer einem starken Druck seitens der Banken ausgesetzt. Ist bzw. war die Verrechnung von „Liquiditätskostenzuschlägen“ zulässig?**

Die Verrechnung von „Liquiditätskostenzuschlägen“ ist nur dort zulässig, wo dies mit dem Kunden rechtswirksam vereinbart wurde. Im unternehmerischen Bereich erscheint eine Umlegung von Liquiditätskostenzuschlägen – wenn auch im engen Rahmen – zulässig. Im Privatbereich ist auf die Bestimmung des § 6 KSchG zu verweisen, wonach für den Konsumenten bereits bei Vertragsunterfertigung klar ersichtlich sein muss, welche Belastungen durch die vertragliche Vereinbarung (Kredit) auf ihn zukommen – siehe auch § 33 BWG.

Eine Verrechnung von Liquiditätskostenzuschlägen bei **bestehenden** Kreditverträgen, die eine derartige Klausel **nicht** vorsehen, ist daher prinzipiell unzulässig; sollte der bestehende Kreditvertrag eine Vereinbarung über die Verrechnung von Liquiditätskostenzuschlägen beinhalten ist zu differieren, ob es sich bei den Vertragspartnern der Bank um einen Konsumenten oder einen Unternehmer handelt. Sollte es sich um einen Konsumenten handeln ist der Verweis auf § 6 KSchG ausreichend (und die Verrechnung unzulässig).

**3. Derzeit werden Fremdwährungskreditnehmer von einzelnen Geldinstituten wieder zu Beratungsgesprächen eingeladen. Sollen Kreditkunden ein Beratungsprotokoll unterschreiben, wonach sie sich nach einem ausführlichen Beratungsgespräch „auf eigenes Risiko zum Verbleib in der Fremdwährung“ entschieden haben bzw. ist eine neuerliche Haushaltsrechnung zu unterfertigen?**

Aus meiner Sicht besteht keine Notwendigkeit, dass Kreditkunden ein Beratungsprotokoll (nachträglich) unterschreiben. Bei bestehenden Verträgen ist eine Beratung sowohl sinnvoll wie auch gewünscht; dass diesbezüglich ein Protokoll zu unterfertigen ist, ergibt sich jedoch aus rechtlichen Überlegungen nicht. Keinesfalls sollte jedoch eine Unterschrift unter ein Schriftstück gesetzt werden, das den Hinweis „Konvertierung wird auf eigenes Risiko abgelehnt“ oder ähnliches, enthält.

Bei bestehenden Kreditkunden sehe ich auch keinerlei Veranlassung, dass der Kunde eine neuerliche Haushaltsrechnung vorlegt, die ihn befähigt, allfällige Wechselkursverluste und die daraus entstandene Obligoerhöhung zurückzuführen. Das Risiko eines Fremdwährungsverlustes war beiden Vertragspartnern – zumindest jedenfalls der Bank – bei Abschluss des Vertrages bewusst; zum damaligen Zeitpunkt muss eine – für die Laufzeit wohl nur theoretische – Obligoerhöhung in Kauf genommen werden. Zu berücksichtigen ist, dass derartige Kreditengagements über eine Laufzeit von 15 bis 25 Jahren eingegangen werden und daher zum gegenwärtigen Zeitpunkt eine abschließende Risikoabschätzung auf den Stichtag der Tilgung **nicht** seriös erscheint. Tatsächlich ist das Risiko „von Null-unendlich“. Soweit es die Bonität des Kunden betrifft, kann die Bank lediglich verlangen, dass diese Bonität **unverän-**

**dert** zum Zeitpunkt der Kreditgewährung nachgewiesen wird; nur eine allfällige Verschlechterung ermöglicht der Bank Eingriffe im Rahmen der vertraglichen Vereinbarung.

**4. Fremdwährungskreditverträge enthalten häufig sogenannte Schwellwertklauseln, die die Bank berechtigen, weitere Sicherheiten von den Kreditnehmern zu verlangen bzw. eine Konvertierung in Euro vorzunehmen, sobald ein gewisser Wechselkurs erreicht ist. Dies würde aktuell bei vielen Kreditnehmer zu einer Erhöhung des Eurogegenwertes führen. Ist eine derartige Vorgangsweise rechtlich zulässig?**

§ 6 Abs. 1 Z 5 KSchG sieht für den Verbraucher vor, dass eine Vertragsbestimmung im Sinne des

- § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich ist, nach der die Bank auf ihr Verlangen für eine Leistung ein höheres als das bei der Vertragsabschließung bestimmte Entgelt erhält, es sei denn, dass
- der Vertrag bei Vorliegen der vereinbarten Voraussetzungen für eine Entgeltsänderung auch eine Entgeltsenkung vorsieht,
- die für die Entgeltsänderung maßgebenden Umstände im Vertrag umschrieben und sachlich gerechtfertigt sind,
- sowie dass der Eintritt nicht vom Willen der Bank abhängt.

Diese gesetzliche Bestimmung scheint mir – zumindest analog - auch auf die sogenannten „*Schwellwertklauseln*“ anwendbar, die die Bank „berechtigten“, weitere Sicherheiten von den Kreditnehmern zu verlangen bzw. eine Konvertierung in Euro vorzunehmen, sobald dieser Wechselkurs erreicht ist.

Geht man von der (analogen) Anwendung des § 6 Abs. 1 Z 5 KSchG aus, müsste – um eine Wirksamkeit zumindest theoretisch anzunehmen – der Vertrag auch vorsehen, dass der gegenständliche Schwellenwert bei einem **Überschreiten** (schwächer werden des Schweizer Franken zum Euro) den Kunden berechtigt, die vereinbarten Sicherheiten entsprechend einzuschränken. Eine derartige Formulierung ist mir nicht bekannt.

Tatsächlich ergibt sich im Vergleich zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses **kein** höheres Risiko (sowohl für die Bank als auch für den Kunden) als dies zum gegenwärtigen Zeitpunkt (infolge der Schwäche des Euros zum Schweizer Franken) gegeben ist. Vor dem Hintergrund der vereinbarten Vertragslaufzeit war (und ist) **zum Zeitpunkt der Vertragsunterfertigung** das bestehende Risiko (einer – nicht absehbaren – Veränderung des Wechselkurses der Währungen) abschätzbar gewesen. Die **Bonität** des Kunden musste daher für die Bank zum Zeitpunkt der Vertragsunterfertigung bereits ausreichend gewesen sein, um das – auch

von der Bank – angenommene Risiko eines Währungsverluste durch den Kunden wirtschaftlich leistbar zu machen. Die Ankündigung einer Zwangskonvertierung bzw. die Forderung, bei einer Veränderung des Wechselkurses (zum Nachteil des Kunden) weitere Sicherheiten beizubringen, erachte ich daher als **unzulässig**.

Die damit einhergehende „Argumentation“ dass die Bank für den Fall der Unwirksamkeit einer derartigen Regelung wirtschaftlich ein unkalkulierbares Risiko trägt, ist deshalb nicht zielführend, da dieses Risiko bereits zum Vertragsabschluss evident war und daher berücksichtigt hätte werden müssen. Daraus folgt, dass allenfalls – bereits an der Wurzel – ein Fremdwährungskredit nicht hätte gewährt werden dürfen. Die tatsächliche Einräumung desselben zu konkret, vertraglich vereinbarten Sicherheiten führt – nicht zuletzt mit Maßgabe des § 6 KSchG - zu dem Ergebnis, dass weder eine „Zwangskonvertierung“ zulässig ist noch weitere Sicherheiten gefordert werden dürfen.

Erwähnenswert in diesem Zusammenhang ist § 33 BWG, der – in Zusammenschau mit § 6 KSchG – die Bank zwingt, die den Verbraucher treffende „Gesamtbelastung“ und den Zinssatz bei Verbraucherkreditverträgen in **absoluten Zahlen** anzugeben. Nach dieser Bestimmung scheinen lediglich die Zinssätze (Zinsgleitklauseln) als variabel zulässig.

Ohne eine abschließende Antwort vornehmen zu wollen erlaube ich mir die Überlegung, dass vor dem Hintergrund der genannten Bestimmungen die Vergabe des Fremdwährungskredites allenfalls – aus konsumentenschutzrechtlichen Überlegungen – unzulässig ist, so dass der Kunden (allenfalls auch erst am Ende der Laufzeit) eine Rückabwicklung dergestalt begehren kann, dass er dann so zu stellen ist, als wenn der Kredit **nie** gewährt worden wäre. In concreto könnte dies zur Konsequenz haben, dass der Kunde den ursprünglich in Euro gewährten Kredit nach bereicherungsrechtlichen Vorschriften (jedoch unter Außerachtlassung des Fremdwährungsverlustes) der Bank rückzuführen hat.

Zusammengefasst ist daher festzuhalten, dass Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs zur Frage, ob derartige Schwellwertklauseln zulässig sind, soweit absehbar, nicht bestehen. Es sprechen jedoch einige Argumente dafür, dass derartige Schwellwertklauseln im Bereich des Konsumentenschutzes unzulässig sind. Dies vorausgesetzt wird ein allfälliger Schaden, der aus einer, durch Überschreiten der Schwellwertklausel vorgenommenen Konvertierung entsteht, von der Bank zu tragen ist. Aus einer zuletzt ergangenen Entscheidung des Landesgerichtes Feldkirchen wurde die "Zehn-Prozent-Klausel". aufgrund einer von VKI eingebrachten Verbandsklage als gesetzeswidrig erklärt. Begründet wird dies damit, dass diese Klausel ein Rücktrittsrecht der Bank vorsieht, das sachlich nicht gerechtfertigt sei, da das Wechselkursrisiko das Wesen eines Fremdwährungskredits ausmache und die Bank daher bei Überschreiten eines festgesetzten Schwellwertes nicht einfach neue Sicherhei-

ten oder die Kreditrückführung verlangen könne, zumal eine Überschreitung auch temporär auftreten könne.

**5. Ist die „Zwangskonvertierung“ aufgrund einer Blanko Stop Loss Order zulässig, wenn die entsprechenden Kurse erst nachträglich von der Bank vervollständigt werden?**

Die „Zwangs“Konvertierung aufgrund einer Stop-Loss-Order, die vom Kunden blanko unterfertigt und von der Bank (insbesondere betreffend die Wechselkurse) nachträglich vervollständigt wird, ist prinzipiell zulässig. (Vergleich auch den Blankowechsel).

Zu bedenken ist jedoch, dass es sich bei einer „Stop-Loss-Order“ um ein Instrument handelt, das typischerweise für Finanzinstrumente eingesetzt wird. In diesem Zusammenhang ist zu überlegen, ob derartige Fremdwährungskredite unter das WAG 2007 fallen. Meines Erachtens ist der Fremdwährungskredit im eigentlichen Sinne nicht als Geldmarktinstrument im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 5 WAG zu verstehen, da diese Gesetzesbestimmung **Zahlungsmittel** ausdrücklich ausnimmt.

Es erscheint jedoch argumentierbar, dass durch die Stop-Loss-Order (allenfalls auch durch eine Schwellenwertklausel) hier eine, einer Option vergleichbare, Situation, eintritt. Die Laufzeit der Stop-Loss-Order ist in diesem Fall bis zum Zeitpunkt der (End)Fälligkeit des Kredites zu sehen; bei Erreichen des (mehr oder weniger definierten) **Wechselkurses** erfolgt die Konvertierung, ohne dass der Kunde die Möglichkeit hat, hier einzugreifen. Die Zulässigkeit einer Stop-Loss-Order wird im Wesentlichen davon abhängen, ob der Kunde eine **Wahlmöglichkeit** hat bzw. ihm das Recht eingeräumt wird, eine allfällige Stop-Loss-Order (ohne weitere Konsequenzen) zu widerrufen. Sollten beide Voraussetzungen nicht gegeben sein, bestehen meines Erachtens gute Argumente dafür, dass der Kunde nach den Vorgaben des Wertpapieraufsichtsgesetzes (allenfalls in der Fassung des WAG 2007) **auch** hinsichtlich des Gesamtkreditverhältnisses aufzuklären war.

Solange die gegenständliche Stop-Loss-Order **unwiderrufen** aufrecht ist, wird die Bank daher sowohl berechtigt als auch verpflichtet sein, bei Überschreiten des darin vorgesehenen Wechselkurses eine Konvertierung vorzunehmen. Wesentlich erscheint jedoch, dass der Kunde über die wirtschaftlichen Folgen einer derartigen Konvertierung aufgeklärt ist und das Wesen der Stop-Loss-Order begreift.

Die Vervollständigung einer Stop-Loss-Order erachte ich dort unzulässig, wo der Kunde die Wahlmöglichkeiten, zwischen der Beauftragung einer Stop-Loss-Order bzw. der Erklärung, auf ein derartiges Instrument verzichten zu wollen, hat. Diese Wahlmöglichkeit kann ihm – selbst bei einer Blankounterfertigung – nicht genommen werden.

Sollte eine derartige – zulässige - Stop-Loss-Order vorliegen, so hat der Kunde jederzeit die Möglichkeit, diese zu **widerrufen**. Selbst wenn eine derartige Order **unwiderruflich** ausformuliert und die unmittelbare Kündigung des Kreditverhältnisses damit verbunden ist, halte ich – nicht zuletzt bei einer Gesamtbetrachtung des eingegangenen (Kredit)vertrages und der Laufzeitvereinbarung, die eine abschließende Entwicklung des Wechselkurses nicht abschätzbar macht – den Widerruf für unschädlich für das Kreditverhältnis als solches..

#### **6. Welche Möglichkeiten zur zwangsweisen Konvertierung bestehen generell für die Banken?**

Vor diesem Hintergrund bestehen für die Banken prinzipiell **keine** Möglichkeiten, eine Zwangskonvertierung vorzunehmen. Das Argument der „Risikobegrenzung“ zieht nur bedingt, da – wie bereits mehrmals ausgeführt – die Entwicklung des Wechselkurses für die Laufzeit von 15 bis 25 Jahren nicht vorhergesehen werden kann. Dieser Umstand war jedenfalls der Bank (wohl aber auch dem Kreditnehmer) bei Vertragsabschluss bekannt. Durch die (Zwang)Konvertierung hat der Kunde keine Möglichkeit mehr, an einer positiven Entwicklung des Euros im Vergleich zum Schweizer Franken zu partizipieren; vielmehr ist der, durch die Konvertierung realisierte Verlust festgeschrieben.

Eine **einseitige** Zwangskonvertierung – sohin ohne (zumindest konkludente) Zustimmung des Kunden - ist daher rechtlich unzulässig.

#### **7. Welche Möglichkeiten der Fälligestellung hat die Bank bezüglich Fremdwährungsfinanzierungen?**

Aus den soeben dargestellten Überlegungen folgt, dass die Bank prinzipiell keine – rechtlich zulässige – Möglichkeit der Fälligestellung des Kredites allein aus dem Grund hat, dass das Wechselkursverhältnis sich **zum Nachteil** des Kreditnehmers (und sohin auch mittelbar der Bank) verändert. Zu relevieren ist lediglich die Frage, inwiefern es sich bei einer „Stop-Loss-Order“ um ein sogenannten essentialium negotiium handelt, das zulässiger Weise vereinbart worden ist. Diese Frage ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht abschließend beurteilbar, da die – wechselseitigen – Interessen der Vertragspartner zu berücksichtigen sind. Zur Frage der Beraterhaftung einer Bank verweise ich auf die Judikatur sowie die Lehre, die bereits ausführlich zu diesem Thema Stellung genommen hat. Der Kunde muss über sämtliche Vorteile sowie auch Risiken einer allfälligen Konvertierung aufgeklärt werden. In diesem Zusammenhang sind insbesondere beim Konsumenten sehr strenge Anforderungen gestellt, die – insbesondere zur gegenwärtigen Situation – auf den Zeitpunkt abzustellen sind, zu dem die Kreditgewährung sowie die Konvertierung in Schweizer Franken vereinbart wurde. Schlussendlich liegt es in der Entscheidung des Kunden, eine, **freiwillige**, Konvertierung in Schweizer Franken zu jedem beliebigen Zeitpunkt vorzunehmen. Eine Schadenersatzpflicht der Bank für eingetretene Kursverluste wird nur in dem Fall zu bejahen sein, wenn die Auf-

klärung der Bank nicht ordnungsgemäß (und vollständig) gewesen ist. In diesem Zusammenhang sind meines Erachtens jedenfalls die, durch das WAG 2007 vorgegebenen Anforderungen zu erfüllen.

### **8. Macht sich die Bank schadensersatzpflichtig, wenn sie zum Umstieg in Euro bei einem schlechten Wechselkurs rät?**

Die Haftung der Bank besteht – abhängig von einer Gesamtbetrachtung, die die Aufklärung zum Zeitpunkt der Gewährung des Kredites sowie zum Zeitpunkt der späteren (Zwangs)Konvertierung – zu würdigen hat, wobei dem Kunden schlussendlich eine **freie Entscheidungsmöglichkeit** eingeräumt sein muss für sämtliche aus einer Schlecht- bzw. Nichtberatung entstehenden Nachteile. Im Wesentlichen wird der Kunde so zu stellen sein, als wenn die Konvertierung **nicht** stattgefunden hat; allenfalls ist überhaupt eine Rückabwicklung des Geschäftes zu überlegen (*siehe oben*).

### **9. Wer haftet für das Ergebnis des Tilgungsträgers?**

Primärer Ansprechpartner für die Entwicklung des Tilgungsträgers ist natürlich der Kunde selbst. Eine allfällige Mithaftung für den Fall, dass der Tilgungsträger zur Rückzahlung des aufgenommenen Darlehens nicht ausreicht, hängt davon ab, ob dieser zum Zeitpunkt der Kreditgewährung bereits aufgrund seiner Zusammensetzung der Struktur ungeeignet gewesen ist. Hier sind im Wesentlichen die Anforderungen des WAG (2007) umzulegen.

Die Verpflichtungen, die sich nach dem Wertpapieraufsichtsgesetz ergeben, erspare ich mir wiederzugeben, sollten jedoch folgende Konstellationen bedacht werden:

- Sollte der Tilgungsträger im Vergleich zu den eingezahlten Beträgen tatsächlich einen Wertverlust hinnehmen müssen, ist dieser nach dem verlautbarten Prospekt zu beurteilen. Zu Denken ist in diesem Zusammenhang auch an allfällige (Schadenersatz)Ansprüche, die gegenüber den Emittenten des Tilgungsträgers selbst (allenfalls auch der FMA) geltend gemacht werden können.
- War der Tilgungsträger bereits a priori spekulativ ausgerichtet, sodass seine Tauglichkeit für die Rückzahlung des Kredites von Anfang an zweifelhaft war, bleibt zu beurteilen, ob die Bank in diesem Fall den Tilgungsträger überhaupt hätte akzeptieren dürfen. Das immer wieder bemühte Argument, dass der Kunde prinzipiell davon ausgehen kann, dass er mit den vereinbarten Rahmenbedingungen – Zinszahlungen, Zahlungen in den Tilgungsträger – am Ende der Laufzeit **eine Tilgung** des Kredites vornehmen kann, erscheint durchaus zulässig. Eine konsumentenfreundliche Judikatur vorausgesetzt kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass ein allfälliger Diffe-

renzbetrag zu Lasten des Kunden zum Zeitpunkt der Rückzahlung des Kredites (zumindest teilweise) von den Banken zu refundieren sein wird.

- Eine Haftung des Vermittlers – die, bei zulässigen Vermittlungstätigkeiten von einer Haftpflichtversicherung gedeckt sein müsste – sehe ich nur dort, wo ausschließlich „provisionsorientiert“ beraten wurde und der Tilgungsträger die (auch nach dem WAG) erforderlichen Eignungstests für den Kunden und das Geschäft nicht bestanden hätte.