

I. Einleitung

Mit dem Darlehens- und Kreditrechtsänderungsgesetz (DaKRÄG) 2010¹⁾ wurde die Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG²⁾ umgesetzt und ein eigenes Verbraucherkreditgesetz (VKrG) geschaffen. Dieses enthält in § 13 VKrG³⁾ eine neue Regelung des Einwendungsdurchgriffs, sowie erstmals einen gegenseitigen „Rücktrittsdurchgriff“. Diese neue Bestimmung umfassend darzustellen, auszulegen, sowie mit der bisherigen Bestimmung zu vergleichen, ist Ziel der vorliegenden Arbeit.

Der Gang der Untersuchung ist folgender: Zunächst wird die Problematik der Drittfinanzierung dargestellt und die wichtigste Ausgestaltungsform des drittfinanzierten Geschäfts, die Darlehenskonstruktion, beschrieben. Es folgt die Vorstellung der RL 2008/48/EG und des österreichischen Umsetzungsgesetzes (DaKRÄG). Sodann wird die wichtige Frage eines Einwendungsdurchgriffs im allgemeinen Zivilrecht erörtert. Anschließend beginnt die Auseinandersetzung mit § 13. Diesem Abschnitt folgt die Befassung mit der nicht in § 13 geregelten bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung.

Am Ende jedes Kapitels wird die entsprechende rechtliche Situation in der Schweiz beleuchtet. Ein Vergleich der neuen Regelungen in Österreich mit der schweizerischen Rechtslage wurde in der Literatur bisher noch nicht gezogen. Für die Erforschung der schweizerischen Regelungen sprachen die enge wirtschaftliche Beziehung der beiden Staaten und der Umstand, dass die Schweiz die erste Verbraucherkreditrichtlinie autonom nachvollzogen hat. Ein weiterer Aspekt ist die grenzüberschreitende Kreditvergabe. Schließt ein österreichischer Kreditgeber mit einem in der Schweiz lebenden Verbraucher einen Kreditvertrag, so ist im Fall einer Klage des Kreditgebers gem Art 16 Abs 2 LGVÜ⁴⁾ idR ein schweizerisches Gericht für den Rechtsstreit zuständig. Das anzuwendende Recht ist dann für gewöhnlich gem Art 120 IPRG⁵⁾ jenes der Schweiz, da

¹⁾ BGBl I 2010/28.

²⁾ RL 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 4. 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der RL 87/102/EWG, ABl L 2008/133, 66, in der zuletzt berichtigten Fassung, ABl L 2011/234, 46; abgeändert durch RL 2011/90/EU der Kommission vom 14. 11. 2011 zur Änderung von Anhang I Teil II der RL 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates mit zusätzlichen Annahmen für die Berechnung des effektiven Jahreszinses, ABl L 2011/296, 35.

³⁾ Paragraphen ohne Gesetzesangabe beziehen sich in der Folge immer auf das VKrG.

⁴⁾ Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl L 2007/339, 3.

⁵⁾ Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. 12. 1987, BBl 1983 I 263.

hier auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Konsumenten abgestellt wird.⁶⁾ Eine Untersuchung der aktuellen schweizerischen Rechtslage ist insb auch mit Blick auf das Erfordernis oder die Sinnhaftigkeit eines weiteren Nachvollzugs europäischen Rechts lohnenswert.

A. Drittfiananzierung

1. Geschichte und wirtschaftliche Bedeutung

Abzahlungsgeschäfte kamen in Deutschland mit Ausgang des 19. Jahrhunderts auf, das (frühere) deutsche Abzahlungsgesetz⁷⁾ datiert aus dem Jahr 1894. Es ermöglichte den Käufern, Bedürfnisse sofort zu befriedigen, obwohl ihnen die dafür erforderlichen Mittel zu diesem Zeitpunkt noch fehlten.⁸⁾ Oftmals sollte der Erwerbsgegenstand den Gewinn steigern und die Abzahlung des Kaufpreises überhaupt erst ermöglichen.⁹⁾ Ab den Fünfzigerjahren kamen drittfiananzierte Abzahlungsgeschäfte in den heute bekannten Formen auf, da die Verkäufer aufgrund der wirtschaftlichen Verhältnisse nicht mehr in der Lage waren, die Kaufpreise selbst zu kreditieren.¹⁰⁾ Eine vom Kaufvertrag unabhängige Aufnahme eines Darlehens bei einem Dritten war den Käufern meist nicht möglich, da sie keine Sicherheiten gewähren konnten und die Kaufsache selbst erst eine Sicherheit hätte darstellen können, wenn der Käufer sie bereits erworben gehabt hätte.¹¹⁾ Für den Finanzierer bestünde in diesem Fall die Gefahr, dass der Darlehensnehmer die Darlehensvaluta zu einem anderen Zweck verwendete oder die Sache weiterveräußerte, anstatt sie dem Finanzierer zu übereignen, er musste somit in Verbindung mit dem Verkäufer treten.¹²⁾ Auf drittfiananzierte Abzahlungskäufe war das Abzahlungsgesetz, das auf zweipersonale Geschäfte ausgerichtet war, nicht unmittelbar anwendbar. In Deutschland trat am 1. 1. 1991 das (ehemalige) Verbraucherkreditgesetz in Kraft, das in § 9 eine Regelung für diese Verträge unter dem Titel „Verbundene Geschäfte“ vorsah. In Österreich trat 1896 das erste Ratengesetz¹³⁾ in Kraft, das

⁶⁾ Ausführlich zu Art 120 IPRG *Koller-Tumler*, Konsumentenvertrag 156 ff.

⁷⁾ Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte, vom 16. 5. 1894, RGBl 1894, 450–451, aufgehoben durch das Verbraucherkreditgesetz vom 17. 12. 1990, BGBl I 1990, 2840–2846. Das Verbraucherkreditgesetz selbst wurde wiederum durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26. 11. 2001, BGBl I 2001, 3138, aufgehoben. Die Regeln über drittfiananzierte Verträge finden sich heute in den §§ 358 ff BGB.

⁸⁾ Vgl *Marschall von Bieberstein*, Abzahlungsgeschäft 7.

⁹⁾ *Marschall von Bieberstein*, Abzahlungsgeschäft 7 f.

¹⁰⁾ Siehe *Marschall von Bieberstein*, Abzahlungsgeschäft 9; ausführlich zur Geschichte auch *Gundlach*, Konsumentenredit 34 ff; *Hörter*, Abzahlungskauf 29 f; *Marschall von Bieberstein*, Abzahlungskauf 11 ff.

¹¹⁾ *Marschall von Bieberstein*, Abzahlungsgeschäft 8.

¹²⁾ *Marschall von Bieberstein*, Abzahlungsgeschäft 8.

¹³⁾ RGBl 1896/70.

1962 durch das neue Ratengesetz¹⁴⁾ abgelöst wurde. Letzteres bezog erstmals auch den drittfinanzierten Kauf mit ein (§ 2 Abs 2 RatG). Ein ausdrücklicher Einwendungsdurchgriff wurde erstmals in § 18 KSchG¹⁵⁾ (aF) normiert, der am 1. 10. 1979 in Kraft trat. Die Rsp gewährte aber in Übereinstimmung mit der Lehre in vielen Fällen einen Einwendungsdurchgriff schon vor seiner gesetzlichen Verankerung.

Die Bedeutung des drittfinanzierten Kaufs in der wirtschaftlichen Praxis hat in den letzten Jahren etwas abgenommen. Dies liegt nicht zuletzt an der verbraucherfreundlichen Rsp. In Deutschland vermerkte *Vollkommer* bereits 1973, dass drittfinanzierte Geschäfte seit 1962 in Deutschland seltener wurden, was an der „risikobedingten Kreditverteuerung“ gelegen habe.¹⁶⁾ Trotzdem hätten andere Rechtsordnungen, die diese Schutzmechanismen eingeführt hatten, gezeigt, dass die Finanzierungsform dadurch wirtschaftlich nicht unbedeutend würde. Seiner Ansicht nach wäre ein Verschwinden der Konstruktion auch nicht zu bedauern.¹⁷⁾ In Österreich kamen um diese Zeit drittfinanzierte Abzahlungsgeschäfte in Form der Darlehenskonstruktion überhaupt erst auf. Zu ihrem Verschwinden im Wirtschaftsleben haben die Verbraucherschutzrechtlichen Regeln bislang nicht geführt. Drittfinanzierte Geschäfte spielen auch heute noch eine wichtige Rolle,¹⁸⁾ vor allem bei Kaufverträgen über kostenintensive Konsumgüter wie Autos, elektrische Geräte oder Möbel, aber auch bei verschiedenen Kursen oder Vermögensbeteiligungen. Die neue Regelung in § 13 erhöht nun das Verbraucherschutzniveau durch ihre Abs 3 und 4, in denen „Rücktrittsdurchgriffe“ normiert werden.

2. Arten drittfinanzierter Geschäfte

a) Allgemeines

Ist ein Käufer finanziell nicht in der Lage, den Kaufpreis sofort in bar zu leisten und ist es auch dem Verkäufer nicht möglich, dem Käufer den Kaufpreis zu kreditieren, wird ein Dritter benötigt, der die Finanzierung übernimmt.¹⁹⁾ Der Käufer kann nun unabhängig von seiner Beziehung mit dem Verkäufer bei einem Dritten ein Darlehen aufnehmen, in diesem Fall stehen der Darlehens- und der Kaufvertrag in keinerlei Zusammenhang.²⁰⁾ Häufig ist es jedoch so, dass der Finanzierer und der Verkäufer zueinander in Beziehung treten oder schon länger zusammenarbeiten, um ihre jeweiligen Geschäfte zu ermöglichen.

¹⁴⁾ BGBl 1961/279.

¹⁵⁾ BGBl 1979/140.

¹⁶⁾ *Vollkommer* in FS Larenz 715 f; vgl auch *Gundlach*, Konsumentenkredit 118 f.

¹⁷⁾ *Vollkommer* in FS Larenz 716.

¹⁸⁾ Vgl auch *Habersack* in Mülko, BGB⁶ § 358 Rz 6, der sogar von einer „Bedeutungszunahme“ spricht.

¹⁹⁾ Vgl *Aicher* in *Rummel*³ § 1063 Rz 11; *P. Bydliński*, JBl 1988, 205; *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 176.

²⁰⁾ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 176 f.

Nutznieser dieser Verbindung sind alle drei Personen: der Käufer erhält die Kaufsache, deren Kaufpreis er nicht sofort leisten kann. Der Verkäufer kann seine Sache verkaufen und der Finanzierer profitiert, indem er einen Kreditvertrag mit dem Verkäufer oder dem Käufer schließt. Zwischen Verkäufer und Finanzierer besteht regelmäßig eine enge Verbindung.²¹⁾ Der Finanzierer hat dabei meist sowohl das wirtschaftliche, als auch das „Formulierungsübergewicht“ bei der Vertragsgestaltung.²²⁾ Der drittfinanzierte Kauf erscheint in der Praxis hauptsächlich in zwei Formen,²³⁾ je nachdem, ob der Finanzierer dem Verkäufer oder dem Käufer Kredit gewährt, spricht man von der Abtretungs- oder der Darlehenskonstruktion. Diese Konstruktionen werden auch (vor allem in Deutschland) „B-Geschäft“²⁴⁾ genannt.²⁵⁾ Als weitere Formen existieren das Schecksystem, auch „A-Geschäft“ genannt, sowie jene Konstruktion, bei der der Käufer Wechsel ausstellen muss als „C-Geschäft“.²⁶⁾ Diese Konstruktionen sind in der wirtschaftlichen Praxis entstanden, für sie gibt es keine gesetzlichen „Schablonen“.²⁷⁾ In der vorliegenden Arbeit wird nur auf die Darlehenskonstruktion eingegangen, da allein diese die spezielle Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers auslöst und unter § 13 fällt: nur bei dieser schließt der Kreditgeber einen Kreditvertrag mit dem Verbraucher ab.²⁸⁾

b) Abtretungskonstruktion

Bei der Abtretungskonstruktion²⁹⁾ (Absatzfinanzierung) gewährt der Kreditgeber dem Verkäufer Kredit, er zahlt aufgrund einer Rahmenvereinbarung den Kaufpreis an diesen und lässt sich dafür die Kaufpreisforderung gegen den Käufer abtreten³⁰⁾ sowie das vorbehaltene Eigentum an der Kaufsache übertragen.³¹⁾ Als Rechtsgrund kommen eine Sicherungsabrede im Rahmen der Kreditgewährung oder ein Kaufvertrag über die Forderung in Betracht.³²⁾ Der Finanzierer ist der neue Gläubiger des Käufers, wobei dieser durch die zessionsrechtlichen Regeln der §§ 1392 ff ABGB gegen eine Schlechterstellung geschützt ist. Gem § 1395 ABGB kann der Schuldner so lange schuldbefreiend an

²¹⁾ Vgl Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 177.

²²⁾ Aicher in Rummel³ § 1063 Rz 11; Marschall von Bieberstein, Abzahlungsgeschäft 12; Mayrhofer, Abzahlungsgeschäft 94.

²³⁾ Vgl Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 177.

²⁴⁾ Vgl zu den einzelnen Geschäftsformen des deutschen Rechts Mayrhofer, Abzahlungsgeschäft 76; Emmerich, JuS 1971, 273 ff.

²⁵⁾ Bydlinski in Klang IV/2² 388.

²⁶⁾ Bydlinski in Klang IV/2² 388.

²⁷⁾ Mayrhofer, Abzahlungsgeschäft 77.

²⁸⁾ Auch der bisher geltende § 18 KSchG erfasste nur die Darlehenskonstruktion; s auch Lehofer in Kosesnik-Wehrle, KSchG² § 18 Rz 4.

²⁹⁾ Weiterführend Bollenberger in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht IV² Rz 1/212 ff.

³⁰⁾ Vgl Mayrhofer in Krejci, Konsumentenschutzgesetz 477.

³¹⁾ Vgl Aicher in Rummel³ § 1063 Rz 12; Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 177.

³²⁾ Aicher in Rummel³ § 1063 Rz 12; Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 177.

den Altgläubiger leisten, als er von der Abtretung noch nicht informiert wurde. § 1396 ABGB bestimmt, dass der Schuldner dem Neugläubiger alle Einwendungen, die ihm gegen den Altgläubiger zustehen, entgegenhalten kann. Seine Position bleibt unverändert, der Gläubigerwechsel bringt ihm keinen Nachteil.

c) Darlehenskonstruktion

aa) Ausgestaltung der Verträge

Gewährt der Finanzierer hingegen dem Käufer Kredit, spricht man von der „Darlehenskonstruktion“ oder „Konsumfinanzierung“.³³⁾ Diese wurde in der wirtschaftlichen Praxis entwickelt, um dem Kreditgeber eine eigenständige, vom finanzierten Vertrag unabhängige Forderung zu verschaffen.³⁴⁾ Das drittfinanzierte Geschäft betraf zu Beginn hauptsächlich Kaufverträge, weshalb bei der Beschreibung der Konstruktion die Begriffe „Käufer“, „Verkäufer“ und „Kaufvertrag“ verwendet werden.

Der Käufer und der Verkäufer vereinbaren, dass ihr Geschäft durch einen Dritten finanziert werden soll. Meist vermittelt der Verkäufer den Finanzierer oder gibt dem Käufer die Vertragsformblätter des Kreditgebers und der Käufer stellt ein Vertragsanbot, in dem er einen Kreditbetrag beantragt, der den Kaufpreis zuzüglich Gebühren umfasst.³⁵⁾ Im Kreditvertrag wird vereinbart, dass die Kreditvaluta in Höhe des Kaufpreises direkt an den Verkäufer ausgezahlt wird. Im Kreditvertrag wird für gewöhnlich vereinbart, dass die Kaufpreisforderung dem Finanzierer vom Verkäufer abgetreten und das vorbehaltene Eigentum an der Kaufsache übertragen wird.³⁶⁾ Rechtsgrund des Forderungserwerbs können rechtsgeschäftliche Zession (aufgrund eines Kaufvertrags über die Forderung oder einer Sicherungsabrede) oder eine Einlösung nach § 1422 ABGB sein.³⁷⁾ Die Übertragung des vorbehaltenen Eigentums an der Kaufsache erfolgt durch Besitzanweisung an den Käufer. Der Finanzierer zahlt den Kreditbetrag an den Verkäufer; dies geschieht für gewöhnlich erst dann, wenn der Käufer den Erhalt der Kaufsache bestätigt hat.³⁸⁾ Die Rechtsbeziehung zwischen dem Verkäufer und dem Finanzierer bestimmt sich nach dem zwischen ihnen bestehenden Vertrag, der meist ein Abtretungs- oder Rahmenvertrag ist.³⁹⁾ Manchmal ist auch der Verkäufer bevollmächtigter Vertreter des Finanzierers und kann in dessen Namen den Kreditvertrag abschließen.⁴⁰⁾

³³⁾ Vgl dazu *Mayrhofer in Krejci*, Konsumentenschutzgesetz 476 f.

³⁴⁾ Vgl *Esser in FS Kern* 89 ff.

³⁵⁾ *Bydlinski in Klang IV/2²* 386.

³⁶⁾ *Bydlinski in Klang IV/2²* 386.

³⁷⁾ Vgl nur *Bydlinski in Klang IV/2²* 387; *Aicher in Rummel³* § 1063 Rz 12; *Zawischa, ÖZW* 1979, 40 ff.

³⁸⁾ *Bydlinski in Klang IV/2²* 387.

³⁹⁾ *Bydlinski in Klang IV/2²* 387.

⁴⁰⁾ *Bydlinski in Klang IV/2²* 387; vgl *Wendehorst in Wendehorst/Zöchling-Jud*, Verbraucherkreditrecht § 13 Rz 21.

Die neue Bestimmung in § 13 betrifft (mit Ausnahme des Falles Abs 1 Z 2 lit a, Personenidentität von Warenlieferant oder Dienstleistungserbringer und Kreditgeber) nur Vertragsverhältnisse in Form der Darlehenskonstruktion, da nur bei dieser der Finanzierer mit dem Verbraucher einen Vertrag schließt, also ein Verbraucherkreditvertrag vorliegt.⁴¹⁾ In Österreich bestehen zwei Varianten der Darlehenskonstruktion: jene „mit Erwerb der Kaufpreisforderung“ und jene „mit Tilgung der Forderung“ durch den Finanzierer.

bb) Drittfinanzierter Kauf (mit Erwerb der Kaufpreisforderung)

Beim drittfinanzierten Kauf ist der Finanzierer daran interessiert, eine dingliche Sicherheit für seine Forderung zu erlangen. Beim Kauf einer beweglichen Sache soll diese als Sicherheit dienen. In anderen Rechtsordnungen, wie zum Beispiel der deutschen, bereitet die Darlehenskonstruktion (dort „B-Geschäft“ genannt) weniger Schwierigkeiten, da die Begründung publizitätslosen Sicherungseigentums möglich ist. Dort erübrigt sich somit die Unterscheidung zwischen diesen zwei Varianten.⁴²⁾ Weil aber in Österreich eine publizitätslose Sicherungsübereignung nach ständiger Rsp⁴³⁾ und hL⁴⁴⁾ nicht möglich ist, soll dem Finanzierer ein Eigentumsvorbehalt an der Kaufsache als Sicherheit dienen. Seine Zahlung an den Verkäufer darf in diesem Fall die Kaufpreisforderung nicht tilgen, da ansonsten der Eigentumsvorbehalt an der Kaufsache erlöschen würde. Es wird daher vereinbart, dass die Kaufpreisforderung samt vorbehaltenem Eigentum auf den Finanzierer übergehen soll.⁴⁵⁾ Die Kaufpreisforderung wird entweder durch Einlösung nach § 1422 ABGB oder durch eine Zession, der ein Kaufvertrag über die Forderung oder eine Sicherungsabrede zugrunde liegt, übertragen.

Die Darlehenskonstruktion dient einerseits dazu, dem Finanzierer eine von Einwendungen aus dem Kaufvertrag unabhängige Forderung zu verschaffen. Diese Wirkung kommt auch der Variante ohne Erwerb der Kaufpreisforderung zu. Die Darlehenskonstruktion mit Erwerb der Kaufpreisforderung ermöglicht aber außerdem den Erhalt einer Sicherheit in Form des Vorbehaltseigentums an der Kaufsache.

cc) Andere drittfinanzierte Geschäfte (Tilgung der Forderung)

Das Modell der Drittfinanzierung, bei dem auch zwischen dem Finanzierer und dem Verbraucher eine Rechtsbeziehung besteht, kommt nicht nur beim

⁴¹⁾ Bei der Abtretungskonstruktion hingegen ist Kreditnehmer der Verkäufer, s dazu Punkt I.A.2.b); vgl auch zur bisherigen Rechtslage *Mayrhofer in Krejci*, Konsumentenschutzgesetz 478.

⁴²⁾ Sowie die Problematik der Vertragsqualifikation, s dazu unter Punkt II.C.2.

⁴³⁾ RIS-Justiz RS0010394; zuletzt OGH 5 Ob 168/08d JBl 2009, 437 = ÖBA 2009, 760 = ZIK 2010/106.

⁴⁴⁾ *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 111 f; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 405; *Iro in Apathy*, Bürgerliches Recht IV⁴ Rz 14/11.

⁴⁵⁾ Zur Konstruktion im Detail s unter Punkt I.A.2.c)bb).

Kauf, sondern auch bei anderen Geschäften, wie zum Beispiel dem Leasing, dem Werkvertrag und anderen Dienstleistungsverträgen, Gesellschaftsbeteiligungen oder bestimmten Anlageformen vor.⁴⁶⁾ Im Unterschied zum drittfinanzierten Kauf dient die Zahlung des Finanzierers bei den anderen drittfinanzierten Geschäften der Tilgung der Kaufpreisforderung.⁴⁷⁾ Der Grund liegt darin, dass es bei diesen Geschäften für den Finanzierer keine Sicherheit zu erwerben gilt. Die Forderung selbst ist in diesem Fall als Sicherheit⁴⁸⁾ nutzlos, da sie sich gegen denselben Schuldner richtet wie die zu sichernde Forderung. Einen Gegenstand, wie beim drittfinanzierten Kauf, der die Forderung sichern könnte, gibt es hier nicht. Der Finanzierer begleicht also in eigenem Namen, auf Rechnung des Verbrauchers die Forderung aus dem zu finanzierenden Vertrag. Diesem Vorgang liegt eine Anweisung iSd § 1400 ABGB⁴⁹⁾ zugrunde,⁵⁰⁾ die zur Folge hat, dass die Zahlung des Finanzierers eine Leistung des Verbrauchers an den Warenlieferanten oder Dienstleistungserbringer darstellt.

3. Schutz des Erwerbers

a) Schutzbedürfnis

Die Darlehenskonstruktion löst eine besondere Schutzbedürftigkeit des Erwerbers aus. Er möchte grundsätzlich *ein* Geschäft schließen und das Entgelt dafür in Raten zahlen. Welche rechtliche Bedeutung es hat, dass es durch die Einbindung des Finanzierers zu einer Aufspaltung des wirtschaftlich eine Einheit bildenden Geschäfts kommt, ist dem durchschnittlichen Erwerber nicht bewusst. Meist hat er auch keine Handlungsalternative,⁵¹⁾ so er nicht ganz auf das Geschäft verzichten möchte, denn der Finanzierer hat die wirtschaftliche und die Verhandlungsübermacht.⁵²⁾ Aus der Aufspaltung des Geschäfts in zwei Verträge ergibt sich das besondere Risiko: der Finanzierer hat eine selbständige Kreditforderung gegen den Erwerber, der die Einwendungen gegen die Forderung aus dem finanzierten Geschäft aufgrund der rechtlichen Trennung in zwei Verträge grundsätzlich nicht entgegengehalten werden können. Hat der Erwerber bspw einen unerfüllten Anspruch auf Gewährleistung hinsichtlich

⁴⁶⁾ Die neue Regelung in § 13 bezieht sich auf „Warenlieferungs- und Dienstleistungsverträge“, s dazu unter Punkt III.B.2.c); sie übernimmt die Terminologie der RL 2008/48/EG.

⁴⁷⁾ Im deutschen Recht ist mit „Darlehenskonstruktion“ oder „B-Geschäft“ stets diese Konstruktion gemeint.

⁴⁸⁾ Vgl dazu allgemein *Wiesinger*, Kreditsicherung 1 ff.

⁴⁹⁾ *Koziol* in *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rz 1/221; *Bollenberger* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht IV² Rz 1/250; aA *F. Hoyer*, Einwendungsdurchgriff 133 f.

⁵⁰⁾ Nur so kann die Zahlung des Finanzierers dem Verbraucher zugerechnet werden, s *Wilhelm*, *ecolex* 1994, 452.

⁵¹⁾ Vgl *Baudenbacher*, JZ 1985, 663.

⁵²⁾ *Aicher* in *Rummel*³ § 1063 Rz 11; *Marschall von Bieberstein*, Abzahlungsgeschäft 12; *Mayrhofer*, Abzahlungsgeschäft 94.

der Kaufsache und steht ihm daher gegen die Kaufpreisforderung die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages gem § 1052 Satz 1 ABGB zu, so kann er diese zwar der Kaufpreisforderung, nicht aber der Kreditforderung des Finanzierers entgegenhalten. Er muss also trotz des Mangels an der Sache die Kreditraten weiterhin zahlen. *Bydlinski* bestreitet, dass beim drittfinanzierten Kauf ein wirtschaftlich einheitlicher Vorgang künstlich in zwei getrennte Vertragsverhältnisse zerlegt werde. Es gäbe für diese Konstruktion sehr wohl einen wirtschaftlichen Grund, der sie notwendig mache: der Verkäufer könne nicht kreditieren und der Käufer nicht bar zahlen.⁵³⁾ *Bydlinski*s Ansicht, die Aufteilung des Geschäfts in zwei Verträge sei wirtschaftlich notwendig,⁵⁴⁾ ist zwar zuzustimmen, jedoch bedarf es dazu nicht der Darlehenskonstruktion, ebenso gut hätten die Parteien die Abtretungskonstruktion⁵⁵⁾ wählen können.

b) Schutzmodelle

Um den Schutz des Erwerbers bei der Darlehenskonstruktion zu gewährleisten, sind mehrere Wege denkbar. So werden auch generell im Verbraucherschutzrecht verschiedene Schutzmodelle⁵⁶⁾ eingesetzt. Eine Möglichkeit stellt das Informationsmodell⁵⁷⁾ dar: Informationsdefizite des Verbrauchers sollen ausgeglichen werden, damit die Parteien auf gleicher Ebene verhandeln können und der Verbraucher die Risiken überblicken und einschätzen, und dann eine eigenverantwortliche, gut durchdachte Entscheidung treffen kann. Dieses Modell ist oft zielführend,⁵⁸⁾ im Fall der Darlehenskonstruktion aber weitgehend wirkungslos, da es das Aufspaltungsrisiko nicht beseitigen, sondern nur vor diesem warnen kann. Das Problem dabei ist, dass einerseits viele Erwerber nicht in der Lage sind, die schriftliche Information zu erfassen und andererseits selbst jene, die nach Aufklärung das Risiko sehen, des Schutzes bedürfen.⁵⁹⁾ Auch *Canaris* zufolge genüge Information hier nicht, da sie nichts nütze: die Erwerber ließen sich auch durch rechtliche Risiken nicht von ihren Kon-

⁵³⁾ *Bydlinski* in *Klang* IV/2² 409.

⁵⁴⁾ *Bydlinski* in *Klang* IV/2² 409.

⁵⁵⁾ Dazu unter Punkt I.A.2.b).

⁵⁶⁾ Siehe dazu *Lurjer/Augenhofer*, Konsumentenschutzrecht² 22 ff; *Roth*, JZ 1999, 533 f; *Tamm*, Verbraucherschutzrecht 162 ff.

⁵⁷⁾ Vgl für das drittfinanzierte Geschäft *Canaris*, ÖBA 1990, 882 ff; s auch *Koch*, ÖBA 2008, 98 ff; *Zöchling-Jud* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Verbraucherkreditrecht § 5 Rz 1 ff, § 6 Rz 1 ff, § 9 Rz 1 ff; allgemein *Bülow* in *Bülow/Artz*, Verbraucherprivatrecht 15 ff; *Grundmann* in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre² 301 f; *Lurjer/Augenhofer*, Konsumentenschutzrecht² 23; *Riesenhuber*, System und Prinzipien 292 ff.

⁵⁸⁾ Vgl zB die Informationspflichten gegenüber Interzedenten in den §§ 25a und b KSchG. Auch die neue Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU setzt auf das Informationsmodell und sieht nicht nur besondere Informationspflichten für im Fernabsatz und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge vor, sondern auch allgemeine Informationspflichten für sämtliche anderen Verbrauchergeschäfte, vgl dazu *Haidmayer*, *ecolex* 2012, 192; *Stabentheiner/Cap*, ÖJZ 2011/111, 1045; *dies*, ÖJZ 2012/7, 53.

⁵⁹⁾ *Hopt/Mülbert* in *Staudinger*, BGB¹² Vorbemerkungen zu §§ 607 ff, Rz 415.

sumwünschen abbringen, sondern vertrauten darauf, dass sie sich nicht verwirklichen.⁶⁰⁾ Die Konsequenz für den Verbraucher könnte nach einer entsprechenden Information und Aufklärung nur sein, das Geschäft nicht zu schließen oder die Risiken bewusst in Kauf zu nehmen. Der Erwerber hat regelmäßig keine Handlungsalternative, wenn er mit einem bestimmten Unternehmer kontrahieren möchte.⁶¹⁾ Darüber hinaus ist es nicht sachgerecht, in einer Geschäftssituation, an der drei Parteien beteiligt sind und gleichermaßen ein Interesse haben, alle Risiken nur einer Partei, noch dazu der wirtschaftlich schwächsten, aufzubürden.⁶²⁾

Bedient sich der Finanzierer des Warenlieferanten oder Dienstleistungserbringers als Gehilfen bei Abschluss des Kreditvertrags, so muss er sich dessen Verhalten unter bestimmten Voraussetzungen bei Willensmängeln oder auch nach Schadenersatzrechtlichen Grundsätzen zurechnen lassen.⁶³⁾

Der Einwendungsdurchgriff⁶⁴⁾ hingegen ermöglicht unmittelbar die Beseitigung des Aufspaltungsrisikos. Der Verbraucher kann mithilfe dieses Rechtsinstituts seine Einwendungen aus dem finanzierten Vertrag auch der Forderung aus dem Finanzierungsvertrag entgegenhalten. Der Einwendungsdurchgriff ist daher ein effektives Mittel, Nachteile des Verbrauchers zu verhindern. Schon zur bisherigen Rechtslage wurde diskutiert, ob der Einwendungsdurchgriff lediglich das Informationsungleichgewicht, das zulasten des Verbrauchers besteht, ausgleichen soll,⁶⁵⁾ oder unabhängig vom Informationsstand des Verbrauchers dazu dient, das besondere Aufspaltungsrisiko zu eliminieren.⁶⁶⁾ ME bestehen die Durchgriffsregelungen zur Beseitigung des Risikos selbst, nicht zur Beseitigung der Verschleierung⁶⁷⁾ dieses Risikos.⁶⁸⁾ Hielte man Information für ausreichend, hätte auch die RL 2008/48/EG auf ihren Art 15 verzichtet und stattdessen die umfassenden Informationspflichten um solche für verbundene Verträge erweitern können. Art 15 der RL ist aber offensichtlich ein Bekenntnis dazu, dass Information und Aufklärung allein keinen ausreichenden Verbraucherschutz bei verbundenen Kreditverträgen gewährleisten können.

⁶⁰⁾ Canaris, ÖBA 1990, 887.

⁶¹⁾ Vgl auch Baudenbacher, JZ 1985, 663.

⁶²⁾ Vgl Canaris, Bankvertragsrecht, Rz 1403.

⁶³⁾ Diese Thematik kann hier aufgrund ihres großen Umfangs nicht näher erörtert werden, vgl weiterführend nur F. Hoyer, Einwendungsdurchgriff 105 ff.

⁶⁴⁾ Canaris, ÖBA 1990, 882 ff, nennt dieses Modell treffend „Inhaltsschrankenmodell“.

⁶⁵⁾ P. Bydlinski, JBl 1988, 214 ff; so auch zur neuen Rechtslage Bollenberger in Apathy/Iro/Kozioł, Bankvertragsrecht IV² Rz 1/243.

⁶⁶⁾ In diesem Sinn zur deutschen Rechtslage Habersack in Müko, BGB⁶ § 358 Rz 24.

⁶⁷⁾ Graf, ecolex 1990, 10.

⁶⁸⁾ Vgl Canaris, ÖBA 1990, 887; Graf, ecolex 1990, 10; F. Hoyer, Einwendungsdurchgriff 45 f, mit dem Hinweis auf die Materialien zu dem Entwurf des RatG 1931 (ErläutRV 42 BlgNR 4. GP) und zu RatG 1961 (ErläutRV 421 BlgNR 9. GP); Wilhelm, ecolex 1994, 85.

Ein weiteres wichtiges Verbraucherschutzmodell stellt das Widerrufsrecht dar.⁶⁹⁾ § 12 sieht ein solches – nach österreichischer Terminologie „Rücktrittsrecht“ genanntes – Recht für Kreditnehmer vor. § 13 Abs 3 und 4 normieren „Rücktrittsdurchgriffe“. Es handelt sich dabei um verbraucherrechtliche Rücktrittsrechte, die aufgrund der Verbundenheit der Geschäfte auch auf den jeweils anderen Vertrag wirken sollen. Solche Rücktrittsrechte kommen mittlerweile – vor allem im europäischen Recht – sehr zahlreich vor, stehen aber in einem Spannungsverhältnis zu dem Grundsatz „pacta sunt servanda“.⁷⁰⁾ Der Durchgriff dieser Rücktritte auf den jeweils anderen Vertrag ergänzt den Einwendungsdurchgriff zur Überwindung des Aufspaltungsrisikos.

c) Reichweite des Schutzes

In der Lehre wurde zT gefordert, der Erwerber dürfe nur insoweit geschützt werden, als er schlechter als bei einem zweipersonalen, gewöhnlichen Abzahlungsgeschäft stehe.⁷¹⁾ Der Vergleich sowohl mit einem gewöhnlichen Abzahlungsgeschäft als auch mit einem Barkauf ist aber mE keine geeignete Argumentationsgrundlage. Das drittfinanzierte Geschäft entspricht weder in seiner Konstruktion noch in seiner Funktion einem Abzahlungsgeschäft oder einem Barkauf,⁷²⁾ vielmehr liegt hier eine besondere Sachlage vor. Auch *Bydlinski* ist der Ansicht, dass ein Vergleich mit einem gewöhnlichen Abzahlungskauf oder einem Barkauf nicht zielführend sei, da sich die Vergleiche „wechselseitig aufheben“.⁷³⁾ Es besteht insofern Ähnlichkeit mit einem Barkauf, als der finanzierte Vertrag sofort (durch die Zahlung des Finanzierers) erfüllt wird. Aus Sicht des Erwerbers handelt es sich aber eher um ein Ratengeschäft, da er seine Leistung in Teilzahlungen erbringen muss. Das drittfinanzierte Geschäft ist aber mit einem Abzahlungsgeschäft nicht vergleichbar, weil die Rolle des kreditierenden Unternehmers auf zwei Personen verteilt ist. Wie ausgeführt, ist es nicht sachgerecht, in einem Drei-Personen-Verhältnis, von dem grundsätzlich alle drei Personen profitieren, nur einem Vertragspartner, und zwar gerade dem Schwächsten, das gesamte Risiko aufzubürden.⁷⁴⁾ Überdies

⁶⁹⁾ Vgl dazu *Bülow* in *Bülow/Artz*, Verbraucherprivatrecht, Rz 68 ff; *Kalss/Lurger*, Rücktrittsrechte I ff; *Mešić*, Europäisches Verbraucherrecht 85 ff.

⁷⁰⁾ *Apathy* in FS Posch 2; *Eidenmüller*, AcP 210 (2010) 67; vgl *Bülow* in *Bülow/Artz*, Verbraucherprivatrecht, Rz 1 ff.

⁷¹⁾ *P. Bydlinski*, JBl 1988, 764 ff; *Canaris* in FS Larenz 843; *Koziol* in *Avancini/Irol/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rz 1/122.

⁷²⁾ Vgl dazu auch *Hörter*, Abzahlungskauf 195, 281; *Esser* in FS Kern 113.

⁷³⁾ *Bydlinski* in *Klang* IV/2² 423.

⁷⁴⁾ Vgl auch *Wilhelm*, *ecolex* 1994, 381: „Die Bank ‚mengt sich in den Kreditkauf‘ ein, indem sie die Kreditgeberfunktion des Verkäufers übernimmt, daher mag sie sich auch – qua Einwendungsdurchgriff – wie ein Kreditverkäufer behandeln lassen, denn es ist nicht fair, sich den Kreditkauf zunutze zu machen und sich dem Käufer zugleich als ein gegenüber kaufvertraglichen Einreden immuner Gläubiger zu präsentieren.“; ähnlich auch *Hörter*, Abzahlungskauf 289 ff; *Vollkommer* in FS Larenz 715.