jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

# TE OGH 2006/8/31 6Ob110/06d

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 31.08.2006

**Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Pimmer als Vorsitzenden, die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Schenk und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler und Univ. Doz. Dr. Kodek als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei C*****, vertreten durch Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH, gegen die beklagte Partei Dr. Roman M*****, vertreten durch Mag. Alexander Illigasch, Rechtsanwalt in Wien, wegen 568.942,55 EUR sA, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 23. Jänner 2006, GZ 15 R 96/05f-27, womit das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 21. März 2005, GZ 12 Cg 45/04g-23, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

**Spruch**

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 2.915,28 EUR (darin 485,88 EUR Umsatzsteuer) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

**Text**

Entscheidungsgründe:

Der Beklagte beschäftigte sich bereits 1999 mit der Verwertung von Immobilien. Er war damals Alleingesellschafter und Geschäftsführer einer Immobilienverwertungs GesmbH und beabsichtigte eine Umschuldung der zur Finanzierung von Liegenschaften aufgenommenen Mittel. Die Klägerin ist eine Bank mit Sitz in der Schweiz und einer Repräsentanz in Wien. Sie hat keine Konzession zum Betrieb von Bankgeschäften in Österreich. Mit zwei Rahmenkreditverträgen je vom 10. 11. 1999 räumte sie dem Beklagten Rahmenkredite über 47 Mio S und 49 Mio S ein, die der Beklagte zur Gänze in Anspruch nahm. Das Kapital wurde am 9.1. 2004 durch einen Garantieversicherer zurückgezahlt.

Die Klägerin begehrt nun Zahlung von Zinsen in Höhe des Klagsbetrags (568.942,55 EUR). Der Beklagte sei seiner Zahlungsverpflichtung aus den Kreditverträgen nicht nachgekommen. Die Klägerin habe - den vereinbarten AGB entsprechend - die Kreditverträge nach vergeblicher Nachfristsetzung und Androhung des Terminsverlustes zum 1. 4. 2003 gekündigt. Die offene Forderung habe zu diesem Zeitpunkt 7,720.856,20 EUR betragen. Die Z***** Versicherungs AG als Garantieversicherer habe am 9. 1. 2004 Zahlung von 7,656.628 geleistet. Unter Berücksichtigung dieser Zahlung und der bis 9. 1. 2004 weiter aufgelaufenen Zinsen (zu diesem Zeitpunkt habe der Gesamtsaldo 8,225.570,55 EUR betragen) errechne sich der Klagebetrag. 7 % Verzugszinsen seien vereinbart.

Auf die Kreditverträge sei schweizerisches Recht anzuwenden. Eine österreichische Bankkonzession sei nicht erforderlich gewesen, weil die Klägerin keine Bankgeschäfte in Österreich abgeschlossen habe. Die (österreichische) W***** Versicherungs AG, an der die Klägerin mittelbar über eine Tochtergesellschaft beteiligt gewesen sei, sei nicht Vertragspartnerin der Kreditverträge, sie sei auch nicht zur Kreditrückzahlung verpflichtet gewesen. Die

Kreditrückzahlung hätte allein vom Beklagten vorgenommen werden müssen. Mit Verschmelzungsvertrag vom 24. 6. 2002 (im Firmenbuch eingetragen am 21. 9. 2002) sei die W***** Versicherungs AG mit der Z***** Versicherungs AG als aufnehmender Gesellschaft (mit Gesamtrechtsnachfolge) verschmolzen worden. Die Z***** Versicherungs AG stehe nicht im wirtschaftlichen Eigentum der Klägerin. Diese sei an ihr weder unmittelbar noch mittelbar beteiligt noch übe sie auf irgendeine Weise beherrschenden Einfluss aus.

Die Initiative zum Abschluss der Kreditverträge sei vom Beklagten ausgegangen, er habe das Geschäft im Rahmen der passiven Dienstleistungsfreiheit geschlossen. Der Abschluss der Verträge wie auch ihre gesamte Abwicklung und Erfüllung hätten in der Schweiz stattgefunden. Die zwischen der Klägerin und der W***** Versicherungs AG abgeschlossene Kreditversicherung wirke lediglich im Innenverhältnis und habe weder Auswirkungen auf das Rechtsverhältnis der Klägerin zum Beklagten noch auf die Ansprüche der Klägerin aus den Kreditverträgen.

Der Beklagte beantragte kostenpflichtige Klageabweisung und wendete ein, den Verträgen liege ein dreipersonales Rechtsverhältnis zwischen den Streitteilen und der österreichischen W***** Versicherungs AG zugrunde. Diese Versicherung stehe im wirtschaftlichen Eigentum der Klägerin. Sie sei 2002 von der Z***** Versicherungs AG, die gleichfalls im wirtschaftlichen Eigentum der Klägerin stehe, übernommen worden. Die Versicherung sei in die Darlehensabwicklung voll eingebunden gewesen, weil die Klägerin über keine Bankkonzession in Österreich verfüge. Die rechtliche Konstruktion der Verträge gehe auf die Klägerin zurück. Aufgrund der von ihr vorgegebenen Bedingungen habe der Beklagte Kapital- und Lebensversicherungen abgeschlossen. Das gegenständliche Darlehen sei ein sogenanntes endfälliges Darlehen, es hätte mit der Lebensversicherung des Beklagten beglichen werden sollen. Die Versicherung hätte daher von Beginn an die Darlehenstilgung vornehmen müssen. Eine von der Klägerin aufgenommene Garantieversicherung hätte vereinbarungsgemäß der Besicherung der Kredite dienen sollen. Die Klägerin müsse den Darlehensbetrag samt Zinsen von der Versicherung erhalten haben, sodass gegen den Beklagten keine Forderung bestehen könne. Richtig sei, dass die Streitteile die Anwendung Schweizer Rechts vereinbart hätten. Die Anwendung „der von der Klägerin strukturierten Rechtswahl" sei hier unzulässig, weil auch eine österreichische Versicherung in das Vertragswerk eingebunden worden sei. Es sei nicht möglich, einerseits Schweizer Recht und andererseits österreichisches Recht zu vereinbaren. Die Abwicklung sei in Österreich erfolgt, weshalb österreichisches Recht zur Anwendung komme. Die Klägerin habe es zu verantworten, dass die Versicherung nicht fristgerecht Zahlung geleistet habe, sie sei vereinbarungswidrig bei Geltendmachung der Garantie säumig gewesen. Bei vereinbarungsgemäßer Zahlung (durch die Versicherung) bestünde kein Anspruch gegen den Beklagten.

Im Übrigen stünden der Klägerin die hier eingeklagten Zinsen schon deshalb nicht zu,weil sie nach§ 100 BWG keinen Anspruch auf die mit dem ohne Konzession geschlossenen Geschäft verbundenen Vergütungen habe.Im Übrigen stünden der Klägerin die hier eingeklagten Zinsen schon deshalb nicht zu,weil sie nach Paragraph 100, BWG keinen Anspruch auf die mit dem ohne Konzession geschlossenen Geschäft verbundenen Vergütungen habe.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es stellte noch fest, der Beklagte habe 1999 eine Umschuldung der zur Finanzierung von Zinshäusern aufgenommenen Mittel beabsichtigt. Mag. Helmut B*****, Geschäftsführer einer Finanzierungs GmbH, der in Geschäftsbeziehung zur (österreichischen) W***** Versicherungs AG gestanden sei und von dieser Provisionszahlungen erhalten habe, habe ihm ein Finanzierungskonzept mit einer Kombination aus Lebensversicherung und Kreditaufnahme präsentiert. Dieses Konzept sei von Mag. B***** gemeinsam mit dem damaligen Leiter der Repräsentanz der Klägerin in Österreich entwickelt worden. Schon vor dem Vertragsabschluss mit dem Beklagten habe die Klägerin dieses Konzept mit anderen Kreditnehmern in Zusammenarbeit mit der V***** Versicherungs AG, der W***** Versicherungs AG und der W***** Versicherungs AG umgesetzt. Dieses Konzept, ein „Paket", das nicht verhandelbar gewesen sei, sehe die Klägerin als Kreditgeberin und die W***** Versicherungs AG als Lebensversicherer vor. Die Klägerin sei 1999 „Großmutter" der österreichischen W***** Versicherungs AG (Versicherung) gewesen, sie habe deren Aktienkapital mittelbar gehalten. Mitte 2002 sei diese Versicherungs AG mit der Z***** Versicherungs AG als aufnehmender Gesellschaft verschmolzen worden. An der aufnehmenden Gesellschaft sei die Klägerin nicht beteiligt.

Der Beklagte habe sich zur Umsetzung des Finanzierungskonzepts entschlossen, worauf Mag. B***** das Finanzierungsansuchen samt Unterlagen namens des Beklagten bei der Versicherung eingereicht habe. Diese habe sich mit der Klägerin in Verbindung gesetzt; es sei beschlossen worden, das Konzept mit dem Beklagten umzusetzen. Die Entscheidung über die Kreditvergabe, die Zurverfügungstellung der Mittel und die gesamte Vertragsabwicklung der Kreditverträge sei von Zürich aus erfolgt. Der Beklagte habe bis auf den Abschluss der beiden Rahmenverträge mit der

Klägerin in Zürich nichts zu tun gehabt. Ihre Repräsentanz in Wien sei nur insofern involviert gewesen, als der Beklagte die vorbereiteten und von Mitarbeitern der Klägerin in Zürich bereits unterzeichneten Rahmenverträge dort unterfertigt habe. Der Leiter der Repräsentanz habe die Verträge mit dem Beklagten durchgelesen, sie jedoch weder verhandelt noch selbst unterzeichnet.

Die Klägerin als Kreditgeberin habe dem Beklagten in zwei Rahmenverträgen Kredite in Höhe von 47 Mio S und 49 Mio S zum Zweck der Umschuldung (Ablösung von Hypothekardarlehen) mit einer Laufzeit von jeweils höchstens 20 Jahren zur Verfügung gestellt. Die Auszahlung des Kreditbeträge sei auf Grundlage der Rahmenverträge jeweils in sogenannten festen Vorschüssen mit einer Laufzeit von sechs bis zwölf Monaten oder zwei bis fünf Jahren, maximal bis zur Endfälligkeit der Rahmenverträge erfolgt. Es sei vereinbart gewesen, dass der Beklagte vorerst nur Zinsen, nicht auch Kapitalrückzahlungen leisten müsse. Das Kapital hätte er erst am Ende der Laufzeit der Kreditverträge an die Klägerin zurückführen müssen. Es sei nicht (ausdrücklich) vereinbart gewesen, aus welchen Mitteln dies geschehen solle. Der Fall, dass die Garantiesumme der Versicherung nicht ausreichen könnte, um den offenen Kredit einschließlich der Zinsen und Nebenspesen abzudecken, sei nicht besprochen worden. Zur Abdeckung ihres Ausfallrisikos habe die Klägerin ihrerseits bei der österreichischen W***** Versicherungs AG Kreditversicherungen (Garantiezusatzversicherungen) in einer die effektiv gewährten Kreditsummen übersteigenden Höhe von 51,7 Mio S und 54 Mio S abgeschlossen.

Der Beklagte habe seinerseits bei dieser Versicherung zwei - zu ihren Gunsten vinkulierte - Lebensversicherungsverträge abgeschlossen. Deren Mindestlaufzeit habe 20 Jahre betragen und damit der maximalen Laufzeit der Rahmenkreditverträge entsprochen. Die angesparte Lebensversicherungssumme hätte nach Laufzeitende der Kreditverträge das Kapital abdecken sollen.

Der Beklagte habe zwei weitere als „Kreditverträge für die Übernahme von Haftungen" bezeichnete Versicherungsverträge abgeschlossen. Ihr Zweck sei die Besicherung der Kreditforderung der Klägerin (bis zur Höhe von 51,5 Mio S und 54 Mio S) gewesen. Darin habe die Versicherung die Verpflichtung übernommen, bei Ausfall des Kreditnehmers für die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten gegenüber der Klägerin zu sorgen. Die Sicherstellung des Versicherers sei durch Einverleibung von Pfandrechten auf den Liegenschaften des Beklagten erfolgt.

Der Beklagte habe den Kreditrahmen zur Gänze ausgenützt. Die Kreditbeträge seien von der Klägerin in Zürich auf ein Konto des Treuhänders der Versicherung in Wien überwiesen worden. Der Beklagte sei in der Folge mit Zinsenzahlungen in Verzug geraten, worauf die Klägerin Zahlungsaufforderungen übermittelt und eine Nachfrist bis längstens 24. 2. 2003 gesetzt habe. Nach ergebnislosem Verstreichen der Nachfrist habe sie die Rahmenverträge entsprechend den darin getroffenen Vereinbarungen zum 31. 3. 2003 aufgekündigt. Die offene Forderung habe zu diesem Zeitpunkt einschließlich Zinsen 7,720.584 EUR betragen, wobei in diesem Betrag Kontokorrentzinsen vom 1. 1. 2003 bis 31. 3. 2003 noch nicht berücksichtigt gewesen seien. Der Abschluss zum 31. 3. 2003 habe unter Berücksichtigung sämtlicher Zinsen einen Saldo zu Lasten des Beklagten von 7,720.856,22 EUR ergeben. Nachdem diese Forderung nicht bezahlt worden sei, habe die Klägerin die Z***** Versicherungs AG aufgrund der Garantieversicherung über den gesamten Garantiebetrag von insgesamt 7,681.518 EUR in Anspruch genommen. Der geforderte Garantiebetrag habe das Kapital der Kreditschuld (7,564.000 EUR) zuzüglich der vom 24. 10. 2002 bis 31. 3. 2003 aufgelaufenen Zinsen umfasst. Die zwischen der Klägerin und der Z***** Versicherungs AG geführten Verhandlungen über die Bezahlung der Garantiesumme hätten Anfang 2004 zu einem positiven Abschluss geführt. Die Versicherung habe am 9. 1. 2004 eine Zahlung von 7,656.628 EUR an die Klägerin geleistet. Warum dieser Betrag um 24.890 EUR geringer sei als die von der Klägerin eingeforderte Garantiesumme, könne nicht festgestellt werden. In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, der eingeklagte Betrag bestehe in einer Zinsenforderung. Auf § 100 Abs 1 BWG sei Bedacht zu nehmen. Die Klägerin habe Bankgeschäfte in Form von Geldkreditverträgen und Gewährung von Darlehen in Österreich gewerblich durchgeführt. Sie habe das von Mag. B***** gemeinsam mit dem ehemaligen Leiter ihrer Repräsentanz in Österreich entwickelte Finanzierungskonzept schon vorher mehrmals mit anderen österreichischen Kreditnehmern und anderen Versicherungen umgesetzt. Mangels der dafür erforderlichen Berechtigung sei das genehmigungslos betriebene Bankgeschäft teilweise unwirksam. Die Klägerin habe nach § 100 Abs 1 BWG zwar Anspruch auf den Kreditbetrag, nicht aber auf vereinbarte oder gesetzliche Zinsen. Die Formulierung des Gesetzes „alle mit diesen Geschäften verbundene Vergütungen" erfasse auch gesetzliche Zinsen. Die gegenteiligen Auffassungen des Schrifttums seien abzulehnen, weil sie im Wortlaut des Gesetzes keine Deckung fänden.Der Beklagte habe den Kreditrahmen zur Gänze ausgenützt. Die Kreditbeträge seien von der Klägerin in Zürich auf ein Konto des

Treuhänders der Versicherung in Wien überwiesen worden. Der Beklagte sei in der Folge mit Zinsenzahlungen in Verzug geraten, worauf die Klägerin Zahlungsaufforderungen übermittelt und eine Nachfrist bis längstens 24. 2. 2003 gesetzt habe. Nach ergebnislosem Verstreichen der Nachfrist habe sie die Rahmenverträge entsprechend den darin getroffenen Vereinbarungen zum 31. 3. 2003 aufgekündigt. Die offene Forderung habe zu diesem Zeitpunkt einschließlich Zinsen 7,720.584 EUR betragen, wobei in diesem Betrag Kontokorrentzinsen vom 1. 1. 2003 bis 31. 3. 2003 noch nicht berücksichtigt gewesen seien. Der Abschluss zum 31. 3. 2003 habe unter Berücksichtigung sämtlicher Zinsen einen Saldo zu Lasten des Beklagten von 7,720.856,22 EUR ergeben. Nachdem diese Forderung nicht bezahlt worden sei, habe die Klägerin die Z***** Versicherungs AG aufgrund der Garantieversicherung über den gesamten Garantiebetrag von insgesamt 7,681.518 EUR in Anspruch genommen. Der geforderte Garantiebetrag habe das Kapital der Kreditschuld (7,564.000 EUR) zuzüglich der vom 24. 10. 2002 bis 31. 3. 2003 aufgelaufenen Zinsen umfasst. Die zwischen der Klägerin und der Z***** Versicherungs AG geführten Verhandlungen über die Bezahlung der Garantiesumme hätten Anfang 2004 zu einem positiven Abschluss geführt. Die Versicherung habe am 9. 1. 2004 eine Zahlung von 7,656.628 EUR an die Klägerin geleistet. Warum dieser Betrag um 24.890 EUR geringer sei als die von der Klägerin eingeforderte Garantiesumme, könne nicht festgestellt werden. In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, der eingeklagte Betrag bestehe in einer Zinsenforderung. Auf Paragraph 100, Absatz eins, BWG sei Bedacht zu nehmen. Die Klägerin habe Bankgeschäfte in Form von Geldkreditverträgen und Gewährung von Darlehen in Österreich gewerblich durchgeführt. Sie habe das von Mag. B***** gemeinsam mit dem ehemaligen Leiter ihrer Repräsentanz in Österreich entwickelte Finanzierungskonzept schon vorher mehrmals mit anderen österreichischen Kreditnehmern und anderen Versicherungen umgesetzt. Mangels der dafür erforderlichen Berechtigung sei das genehmigungslos betriebene Bankgeschäft teilweise unwirksam. Die Klägerin habe nach Paragraph 100, Absatz eins, BWG zwar Anspruch auf den Kreditbetrag, nicht aber auf vereinbarte oder gesetzliche Zinsen. Die Formulierung des Gesetzes „alle mit diesen Geschäften verbundene Vergütungen" erfasse auch gesetzliche Zinsen. Die gegenteiligen Auffassungen des Schrifttums seien abzulehnen, weil sie im Wortlaut des Gesetzes keine Deckung fänden.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung und sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei, weil Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage fehle, ob § 100 BWG eine Eingriffsnorm darstelle und die Anwendung eines aus dem Bereicherungsrecht herzuleitenden Vergütungsanspruchs für das zugezählte Darlehen zulasse.Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung und sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei, weil Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage fehle, ob Paragraph 100, BWG eine Eingriffsnorm darstelle und die Anwendung eines aus dem Bereicherungsrecht herzuleitenden Vergütungsanspruchs für das zugezählte Darlehen zulasse.

Von den Feststellungen der Vorinstanzen ausgehend, sah auch das Berufungsgericht ein inländisches Bankgeschäft verwirklicht. Der Beklagte habe sowohl sein Offert in Österreich gestellt als auch die Vertragsurkunden hier unterfertigt. Die Kreditvaluta sei dem Beklagten über einen Treuhänder der Versicherung in Österreich zur Verfügung gestellt worden zum Zweck, Immobilientransaktionen in Österreich zu finanzieren. Die Sicherheiten hätten in österreichischen Liegenschaften bestanden. Auch die maßgeblichen Kriterien für die Kreditvergabe seien im Inland erarbeitet worden. So habe sich Mag. B***** mit seinem Kreditantrag an die Versicherung, ein Tochterunternehmen der Klägerin gewandt, dieses habe für die Einholung der Bewertungsgutachten der Liegenschaften gesorgt und den Kontakt zur Klägerin hergestellt. Der Einwand, die Klägerin habe die Verträge bloß im Rahmen passiver Dienstleistungsfreiheit abgeschlossen, die Anbahnung des Geschäfts sei nicht aufgrund ihrer aktiven Tätigkeit am österreichischen Markt erfolgt, lasse außer Acht, dass die Versicherung als 100 %ige (Enkel-)Tochter der Einflusssphäre der Klägerin zuzurechnen sei. Dass die Klägerin in Österreich kein eigenes Vertriebsnetz aufgebaut habe, schade nicht, weil ihr das Vertriebsnetz der Konzerntochter für das die Dienstleistungen beider Unternehmen untrennbar verbindende Finanzierungskonzept zuzurechnen sei. Das die Leistungen beider Unternehmen übergreifende Konzept sei darauf ausgelegt, der Klägerin eine Vielzahl von Kreditkunden zu verschaffen. Ziel der Tätigkeit ihrer Konzerngesellschaft in Österreich sei es gewesen, Kreditverträge mit der Klägerin zu vermitteln; andernfalls hätte die Versicherung das Konzept mit einer österreichischen Bank anbieten können. Die Versicherung habe faktisch Tätigkeiten in Österreich ausgeübt, die jenen einer Zweigstelle der Klägerin in Österreich gleichkommen, so etwa die aktive Bewerbung durch Einschaltung eines Vermittlers, den Abschluss der vorbereitenden Verträge und die Schätzung des als Sicherstellung vorgesehenen Liegenschaftsvermögens, sodass die Klägerin letztlich nur mehr den Kreditvertrag in der Schweiz habe unterfertigen müssen. Die Klägerin habe das Finanzierungskonzept mitgestaltet und schon vor dem strittigen Geschäftsfall mehrfach mit verschiedenen Versicherungen und einer Vielzahl österreichischer

Kreditnehmer umgesetzt, sodass auch von einer nachhaltigen gewerblichen Tätigkeit und damit einem Bankgeschäft im Sinn des § 1 BWG auszugehen sei. Mag. B***** habe dadurch, dass er das Finanzierungskonzept potenziellen Kreditkunden angeboten habe, nicht nur der Versicherung, sondern auch der Klägerin Kunden zugeführt, mag er auch von der Klägerin selbst hiefür keine Provision erhalten haben.Von den Feststellungen der Vorinstanzen ausgehend, sah auch das Berufungsgericht ein inländisches Bankgeschäft verwirklicht. Der Beklagte habe sowohl sein Offert in Österreich gestellt als auch die Vertragsurkunden hier unterfertigt. Die Kreditvaluta sei dem Beklagten über einen Treuhänder der Versicherung in Österreich zur Verfügung gestellt worden zum Zweck, Immobilientransaktionen in Österreich zu finanzieren. Die Sicherheiten hätten in österreichischen Liegenschaften bestanden. Auch die maßgeblichen Kriterien für die Kreditvergabe seien im Inland erarbeitet worden. So habe sich Mag. B***** mit seinem Kreditantrag an die Versicherung, ein Tochterunternehmen der Klägerin gewandt, dieses habe für die Einholung der Bewertungsgutachten der Liegenschaften gesorgt und den Kontakt zur Klägerin hergestellt. Der Einwand, die Klägerin habe die Verträge bloß im Rahmen passiver Dienstleistungsfreiheit abgeschlossen, die Anbahnung des Geschäfts sei nicht aufgrund ihrer aktiven Tätigkeit am österreichischen Markt erfolgt, lasse außer Acht, dass die Versicherung als 100 %ige (Enkel-)Tochter der Einflusssphäre der Klägerin zuzurechnen sei. Dass die Klägerin in Österreich kein eigenes Vertriebsnetz aufgebaut habe, schade nicht, weil ihr das Vertriebsnetz der Konzerntochter für das die Dienstleistungen beider Unternehmen untrennbar verbindende Finanzierungskonzept zuzurechnen sei. Das die Leistungen beider Unternehmen übergreifende Konzept sei darauf ausgelegt, der Klägerin eine Vielzahl von Kreditkunden zu verschaffen. Ziel der Tätigkeit ihrer Konzerngesellschaft in Österreich sei es gewesen, Kreditverträge mit der Klägerin zu vermitteln; andernfalls hätte die Versicherung das Konzept mit einer österreichischen Bank anbieten können. Die Versicherung habe faktisch Tätigkeiten in Österreich ausgeübt, die jenen einer Zweigstelle der Klägerin in Österreich gleichkommen, so etwa die aktive Bewerbung durch Einschaltung eines Vermittlers, den Abschluss der vorbereitenden Verträge und die Schätzung des als Sicherstellung vorgesehenen Liegenschaftsvermögens, sodass die Klägerin letztlich nur mehr den Kreditvertrag in der Schweiz habe unterfertigen müssen. Die Klägerin habe das Finanzierungskonzept mitgestaltet und schon vor dem strittigen Geschäftsfall mehrfach mit verschiedenen Versicherungen und einer Vielzahl österreichischer Kreditnehmer umgesetzt, sodass auch von einer nachhaltigen gewerblichen Tätigkeit und damit einem Bankgeschäft im Sinn des Paragraph eins, BWG auszugehen sei. Mag. B***** habe dadurch, dass er das Finanzierungskonzept potenziellen Kreditkunden angeboten habe, nicht nur der Versicherung, sondern auch der Klägerin Kunden zugeführt, mag er auch von der Klägerin selbst hiefür keine Provision erhalten haben.

Nach dem vorliegenden Sachverhalt hätte die Klägerin als Bank mit Sitz in einem Drittstaat eine Bankkonzession benötigt. § 100 Abs 1 BWG komme zum Tragen. Dieser Bestimmung komme die Qualität einer Eingriffsnorm zu, weil es überwiegend ordnungspolitischen Zielsetzungen diene, konzessionslos ausgeübte Bankgeschäfte losgelöst von ihrer Inhaltskontrolle einer zivilrechtlichen Sanktion durch Teilunwirksamkeit der vereinbarten Vergütungen zu unterwerfen. Die Bestimmung ordne ausdrücklich an, dass, wer Bankgeschäfte ohne die hiefür erforderliche Berechtigung betreibt, auf alle mit diesen Geschäften verbundenen Vergütungen, wie insbesondere Zinsen und Provisionen keinen Anspruch habe. Die vom Gesetz vorgesehene Sanktion der Teilunwirksamkeit erstrecke sich auf alle aus dem Vertrag entspringenden Ansprüche und Vergütungen. Die Teilunwirksamkeit sei kraft Gesetzes gegeben und bedürfe keiner besonderen Geltendmachung. Die Frage, ob gesetzliche Zinsen dennoch geschuldet werden, stelle sich im vorliegenden Fall nicht. Das Erstgericht habe unbekämpft festgestellt, dass der Beklagte vereinbarungsgemäß vorerst nur Zinszahlungen leisten musste und er erst bei Laufzeitende der Kreditverträge verpflichtet war, den Kapitalbetrag an die Klägerin zurückzuführen. Die Klägerin habe den Kredit fälliggestellt, nachdem der Beklagte die vertraglichen Zinsen nicht vereinbarungsgemäß entrichtet habe. Diese Zinsen schulde er im Hinblick auf § 100 BWG nicht, sodass durch den von der Klägerin unterstellten Verzug mit der Zahlung vertraglicher Zinsen auch nicht die vorzeitige Fälligkeit der Kapitalforderung habe eintreten können. Der Beklagte sei daher in Wahrheit mit der Rückzahlung des Kreditkapitals nicht in Verzug geraten, sodass er gesetzliche Verzugszinsen weder für das Kapital noch für - rechtsunwirksam vereinbarte - vertragliche Zinsen schulde. Für die Überlegungen der Klägerin, ihr stünden jedenfalls marktübliche Zinsen aus dem Titel des Bereicherungsrechts zu, bestehe kein Raum. Die gesetzliche Regelung ordne generell die Unwirksamkeit aller Vergütungen unter besonderem Hinweis auf Zinsen und Provisionen an. Der Zuspruch marktüblicher Zinsen widerspreche dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut.Nach dem vorliegenden Sachverhalt hätte die Klägerin als Bank mit Sitz in einem Drittstaat eine Bankkonzession benötigt. Paragraph 100, Absatz eins, BWG komme zum Tragen. Dieser Bestimmung komme die Qualität einer Eingriffsnorm zu, weil es überwiegend ordnungspolitischen Zielsetzungen diene, konzessionslos ausgeübte Bankgeschäfte losgelöst von ihrer

Inhaltskontrolle einer zivilrechtlichen Sanktion durch Teilunwirksamkeit der vereinbarten Vergütungen zu unterwerfen. Die Bestimmung ordne ausdrücklich an, dass, wer Bankgeschäfte ohne die hiefür erforderliche Berechtigung betreibt, auf alle mit diesen Geschäften verbundenen Vergütungen, wie insbesondere Zinsen und Provisionen keinen Anspruch habe. Die vom Gesetz vorgesehene Sanktion der Teilunwirksamkeit erstrecke sich auf alle aus dem Vertrag entspringenden Ansprüche und Vergütungen. Die Teilunwirksamkeit sei kraft Gesetzes gegeben und bedürfe keiner besonderen Geltendmachung. Die Frage, ob gesetzliche Zinsen dennoch geschuldet werden, stelle sich im vorliegenden Fall nicht. Das Erstgericht habe unbekämpft festgestellt, dass der Beklagte vereinbarungsgemäß vorerst nur Zinszahlungen leisten musste und er erst bei Laufzeitende der Kreditverträge verpflichtet war, den Kapitalbetrag an die Klägerin zurückzuführen. Die Klägerin habe den Kredit fälliggestellt, nachdem der Beklagte die vertraglichen Zinsen nicht vereinbarungsgemäß entrichtet habe. Diese Zinsen schulde er im Hinblick auf Paragraph 100, BWG nicht, sodass durch den von der Klägerin unterstellten Verzug mit der Zahlung vertraglicher Zinsen auch nicht die vorzeitige Fälligkeit der Kapitalforderung habe eintreten können. Der Beklagte sei daher in Wahrheit mit der Rückzahlung des Kreditkapitals nicht in Verzug geraten, sodass er gesetzliche Verzugszinsen weder für das Kapital noch für - rechtsunwirksam vereinbarte - vertragliche Zinsen schulde. Für die Überlegungen der Klägerin, ihr stünden jedenfalls marktübliche Zinsen aus dem Titel des Bereicherungsrechts zu, bestehe kein Raum. Die gesetzliche Regelung ordne generell die Unwirksamkeit aller Vergütungen unter besonderem Hinweis auf Zinsen und Provisionen an. Der Zuspruch marktüblicher Zinsen widerspreche dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut.

Die Revision der Klägerin ist zulässig, aber nicht berechtigt.

**Rechtliche Beurteilung**

1. Die behauptete Aktenwidrigkeit des berufungsgerichtlichen Urteils liegt nicht vor.

Die Klägerin wendet sich gegen die schon vom Erstgericht getroffene Feststellung, Mag. B***** habe das Finanzierungskonzept gemeinsam mit dem damaligen Leiter ihrer Repräsentanz in Österreich entwickelt. Das Berufungsgericht hat diese Feststellung mit eingehender, durch den Akteninhalt gedeckter, Begründung übernommen. Die Rüge der Klägerin richtet sich daher in Wahrheit gegen die - vom Obersten Gerichtshof nicht mehr überprüfbare - Beweiswürdigung der Vorinstanzen. Die weiters bekämpften Ausführungen des Berufungsgerichts, Mag. B***** habe vom Beklagten keine Provision begehrt, sodass er „das Entgelt für seine Geschäftsidee wohl bei der Klägerin und der W***** lukrieren musste", finden sich im Zusammenhang mit der Erledigung der Beweisrüge und bedeuten keineswegs, dass das Berufungsgericht ein Honorarverhältnis zwischen der Klägerin und Mag. B***** festgestellt hätte. Das Berufungsgericht ging bei seiner rechtlichen Beurteilung - wie schon das Erstgericht - vielmehr davon aus, dass Mag. B***** keine Provision von der Klägerin erhalten hatte.

2. Dass § 100 BWG auf (grenzüberschreitende) Bankgeschäfte einer Schweizer Bank in Österreich Anwendung findet, bezweifelt die Klägerin nicht. Sie macht geltend, sie habe in Österreich kein Bankgeschäft abgeschlossen, für das eine Konzession erforderlich gewesen wäre. Sie unterliege daher auch nicht der Sanktion des § 1002. Dass Paragraph 100, BWG auf (grenzüberschreitende) Bankgeschäfte einer Schweizer Bank in Österreich Anwendung findet, bezweifelt die Klägerin nicht. Sie macht geltend, sie habe in Österreich kein Bankgeschäft abgeschlossen, für das eine Konzession erforderlich gewesen wäre. Sie unterliege daher auch nicht der Sanktion des Paragraph 100,

BWG.

Nach § 4 Abs 1 BWG bedarf der Betrieb der in § 1 Abs 1 BWG angeführten Geschäfte einer Konzession der Finanzmarktaufsichtsbehörde. § 1 Abs 1 Z 3 BWG erfasst den Abschluss von Geldkreditverträgen und die Gewährung von Gelddarlehen (Kreditgeschäft). Eine Konzession ist erforderlich, wenn derartige Geschäfte im Inland gewerbsmäßig betrieben werden (Laurer in Fremuth/Laurer/Linc/Pötzelberger/Strobl BWG² § 1 Rz 2; Diwok in Diwok/Göth BWG § 1 Rz 6). Auf die für Kreditinstitute aus Mitgliedstaaten geltenden Besonderheiten hat das Berufungsgericht zutreffend hingewiesen (§ 510 Abs 3 ZPO).Nach Paragraph 4, Absatz eins, BWG bedarf der Betrieb der in Paragraph eins, Absatz eins, BWG angeführten Geschäfte einer Konzession der Finanzmarktaufsichtsbehörde. Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 3, BWG erfasst den Abschluss von Geldkreditverträgen und die Gewährung von Gelddarlehen (Kreditgeschäft). Eine Konzession ist erforderlich, wenn derartige Geschäfte im Inland gewerbsmäßig betrieben werden (Laurer in Fremuth/Laurer/Linc/Pötzelberger/Strobl BWG² Paragraph eins, Rz 2; Diwok in Diwok/Göth BWG Paragraph eins, Rz 6). Auf die für Kreditinstitute aus Mitgliedstaaten geltenden Besonderheiten hat das Berufungsgericht zutreffend hingewiesen (Paragraph 510, Absatz 3, ZPO).

2.1. Die Klägerin hat ihren Sitz in der Schweiz. Als ausländisches Kreditinstitut im Sinne des§ 2 Z 13 BWG bedarf sie daher zum Betrieb der in § 1 Abs 1 BWG angeführten Geschäfte in Österreich einer Konzession der Finanzmarktaufsichtsbehörde. Auf die insoweit zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts wird verwiesen (§ 510 Abs 3 ZPO).2.1. Die Klägerin hat ihren Sitz in der Schweiz. Als ausländisches Kreditinstitut im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 13, BWG bedarf sie daher zum Betrieb der in Paragraph eins, Absatz eins, BWG angeführten Geschäfte in Österreich einer Konzession der Finanzmarktaufsichtsbehörde. Auf die insoweit zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts wird verwiesen (Paragraph 510, Absatz 3, ZPO).

2.2. Ob ein Bankgeschäft in Österreich vorliegt, muss anhand von Anknüpfungskriterien beurteilt werden, wobei auf den Einzelfall abzustellen ist (Gapp/Gfall, Grenzüberschreitende Bankgeschäfte ohne inländische Niederlassung - internationale Anknüpfung und Konzessionspflicht, ecolex 2003, 244; Diwok in Diwok/Göth BWG § 9 Rz 9). Welche Kriterien für ein Bankgeschäft im Inland sprechen, wird in der Literatur differenziert beurteilt.2.2. Ob ein Bankgeschäft in Österreich vorliegt, muss anhand von Anknüpfungskriterien beurteilt werden, wobei auf den Einzelfall abzustellen ist (Gapp/Gfall, Grenzüberschreitende Bankgeschäfte ohne inländische Niederlassung - internationale Anknüpfung und Konzessionspflicht, ecolex 2003, 244; Diwok in Diwok/Göth BWG Paragraph 9, Rz 9). Welche Kriterien für ein Bankgeschäft im Inland sprechen, wird in der Literatur differenziert beurteilt.

Die europäische Kommission hat in ihrer - angesichts des Sitzes der Klägerin in der Schweiz nicht unmittelbar maßgeblichen - Mitteilung zu Auslegungsfragen über den freien Dienstleistungsverkehr und das Allgemeininteresse an der zweiten Bankenrichtlinie ABl C 1997, Nr 209 S 6 ff einen Überblick über die möglichen Anknüpfungskriterien zusammengestellt. Es sei auf den Einzelfall abzustellen. Der gewöhnliche Aufenthalt des Bankkunden sei regelmäßig kein taugliches Abgrenzungskriterium, auch die bloße Werbung für Produkte, die noch nicht die Form eines Anbots annehme, sei kein grenzüberschreitendes Bankgeschäft. Eine der Vor- oder Nachbearbeitung des Geschäfts dienende vorübergehende Einreise eines Vertreters in den Sitzstaat des Kunden sei regelmäßig keine grenzüberschreitende Dienstleistung; Gleiches gelte für schlichte Kundenbesuche, es sei denn, es würden gelegentlich dieser Besuche vertragscharakteristische Leistungen erbracht. Besuche könnten auch dann eine grenzüberschreitende Leistung darstellen, wenn dies den ersten Schritt zur Errichtung einer Zweigniederlassung bedeute. Auch der Einsatz ständig beauftragter Vermittler in einem anderen Mitgliedstaat stelle einen Akt grenzüberschreitender Leistungserbringung dar; dabei genüge es, dass der Mitarbeiter des Vermittlers bei diesem selbst beschäftigt werde.

Nach Gapp/Gfall (ecolex 2003, 244) ist im Einzelfall auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Kunden, den Handlungsort des Initiators der Vertragsanbahnung, den Ort der Vertragsunterzeichnung, aber auch den Ort der Niederlassung des Dienstleisters in ihrem jeweiligen Zusammenwirken abzustellen. Bei Kreditgeschäften im Sinn des § 1 Abs 2 Z 3 BWG sei im Zweifel die rechtsgeschäftliche Anknüpfung anzuwenden, bei der es auf den Ort der Abgabe und/oder Annahme des Offerts im Inland ankomme.Nach Gapp/Gfall (ecolex 2003, 244) ist im Einzelfall auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Kunden, den Handlungsort des Initiators der Vertragsanbahnung, den Ort der Vertragsunterzeichnung, aber auch den Ort der Niederlassung des Dienstleisters in ihrem jeweiligen Zusammenwirken abzustellen. Bei Kreditgeschäften im Sinn des Paragraph eins, Absatz 2, Ziffer 3, BWG sei im Zweifel die rechtsgeschäftliche Anknüpfung anzuwenden, bei der es auf den Ort der Abgabe und/oder Annahme des Offerts im Inland ankomme.

Laurer (aaO § 9 Rz 1) und Chini/Fröhlichsthal (Praxiskommentar BWG § 9 Rz 18) befürworten gleichfalls die rechtsgeschäftliche Anknüpfung. Eine bankgeschäftliche Leistung gelte dann als in Österreich erbracht, wenn der Ort der Absendung der Offerte oder deren Annahme in Österreich liege.Laurer (aaO Paragraph 9, Rz 1) und Chini/Fröhlichsthal (Praxiskommentar BWG Paragraph 9, Rz 18) befürworten gleichfalls die rechtsgeschäftliche Anknüpfung. Eine bankgeschäftliche Leistung gelte dann als in Österreich erbracht, wenn der Ort der Absendung der Offerte oder deren Annahme in Österreich liege.

Diwok (aaO § 9 Rz 16) meint, für die Frage, ob die Leistung eine grenzüberschreitende sei, entscheide der Ort der vertragscharakteristischen Leistung. Der Ort der Vertragsunterzeichnung und der Sitz des Marktteilnehmers falle zunächst nicht primär ins Gewicht. Allerdings halte das europäische Parlament in seiner Entschließung A4-0152/98 (ABl C 1998, Nr 176 S 27 f) ein Abstellen auf den Ort, an dem die Leistung erbracht wird, nicht für glücklich, weil dieser Ort angesichts der heutigen Kommunikationsmittel wie zB des Internet viel schwieriger zu ermitteln sei.Diwok (aaO Paragraph 9, Rz 16) meint, für die Frage, ob die Leistung eine grenzüberschreitende sei, entscheide der Ort der vertragscharakteristischen Leistung. Der Ort der Vertragsunterzeichnung und der Sitz des Marktteilnehmers falle zunächst nicht primär ins Gewicht. Allerdings halte das europäische Parlament in seiner Entschließung A4-0152/98 (ABl

C 1998, Nr 176 S 27 f) ein Abstellen auf den Ort, an dem die Leistung erbracht wird, nicht für glücklich, weil dieser Ort angesichts der heutigen Kommunikationsmittel wie zB des Internet viel schwieriger zu ermitteln sei.

2.3. Wendet man diese (möglichen) Anknüpfungskriterien bei der Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts an, ist - unter der weiteren Voraussetzung der Gewerbsmäßigkeit - von einem grenzüberschreitenden inländischen Bankgeschäft der Klägerin auszugehen. Schon die von Laurer und Chini/Fröhlichsthal befürwortete rechtsgeschäftliche Anknüpfung führt zu diesem Ergebnis: Die vorbereiteten und von der Klägerin unterfertigten Kreditverträge kamen dem Beklagten in Österreich zu. Er unterfertigte diese Urkunden in der Repräsentanz der Klägerin in Wien, wodurch diese Verträge in Österreich zustande kamen. Ein weiterer Bezug zum Inland besteht im vorliegenden Fall darin, dass die Kreditvaluta dem Beklagten im Wege eines Treuhänders der Versicherung in Österreich ausgezahlt wurde, der Finanzierung von Immobiliengeschäften in Österreich diente; österreichische Liegenschaften wurden zur Besicherung der Forderungen gegen den Beklagten belastet.

Weiters steht fest, dass das Finanzierungskonzept von Mag. B***** gemeinsam mit dem damaligen Repräsentanten der Klägerin in Österreich entwickelt wurde und für den Kunden nicht verhandelbar war. Ziel dieses Konzepts war es, dem Kunden einerseits Kredite der ausländischen Bank zu gewähren und andererseits seine Rückzahlungsverpflichtung durch Lebens- und Garantieversicherungsverträge einer inländischen Versicherung sicherzustellen. Die Forderung der Versicherung wurde durch Pfandrechte auf Liegenschaften des Beklagten in Österreich besichert. Dieses Konzept verfolgte sowohl die Interessen der Klägerin als Kreditgeberin als auch jene der Versicherung als ihrer hundertprozentigen Enkelgesellschaft. Mag auch die Klägerin bei Realisierung dieses Konzepts in Österreich nicht selbst initiativ geworden sein, so hat sie doch schon mit der gemeinsamen Entwicklung des auch ihren Interessen dienenden Konzepts (durch den Leiter ihrer Repräsentanz) eine planmäßige Tätigkeit in Österreich gesetzt, die ihrem Ertrag dienen sollte. Dass die Klägerin die weiteren für den konkreten Vertragsabschluss erforderlichen Schritte nicht selbst in Österreich gesetzt hat, hindert nach dem hier zu beurteilenden Sachverhalt die Inlandsbezogenheit des Kreditgeschäfts nicht, weil sich die Klägerin dazu ihrer Enkelgesellschaft (der Versicherung) und deren Makler als Vertreter bediente.

Das Kreditgeschäft kam auch nicht über Initiative des Beklagten als Kunden zustande. Nicht er fragte die Dienstleistung bei der Klägerin in der Schweiz nach, vielmehr wurde ihm ein gemeinsam mit dem Repräsentanten der Klägerin erarbeitetes Konzept von Mag. B***** vorgestellt. Dieser stand in einem Vertragsverhältnis zur Enkelgesellschaft der Klägerin in Österreich und erhielt von dieser Provisionen. Es kann nicht zweifelhaft sein, dass die Tätigkeit der Versicherung und ihres Vertreters der Klägerin zuzurechnen sind. Die Versicherung übernahm (gleichsam in Vertretung der Klägerin) nicht nur das Finanzierungsansuchen, sie sorgte auch für die Einholung der Bewertungsgutachten der Liegenschaften und reichte das Ansuchen mit allen geforderten Unterlagen zur Genehmigung in der Schweiz ein. Damit nahm sie Tätigkeiten vor, welche die Klägerin sonst durch einen (anderen) Vertreter in Österreich hätte vornehmen müssen.

2.4. Für die Frage, ob ein Bankgeschäft gewerbsmäßig betrieben wird, ist auf den Gewerbebegriff des Umsatzsteuerrechts abzustellen. Danach wird eine Tätigkeit „gewerbsmäßig" betrieben, wenn sie nachhaltig auf die Erzielung von Einnahmen (Erträgen) gerichtet ist (Laurer aaO § 1 Rz 2; Diwok aaO § 1 Rz 9). Gelegentliche gleichartige Geschäfte erfüllen das Tatbestandsmerkmal der Nachhaltigkeit nicht, wenn es an einem inneren Zusammenhang solcher gleichartigen Tätigkeiten fehlt. Nachhaltig sind mehrmalige (aufeinanderfolgende) Tätigkeiten der gleichen Art, aber auch eine einmalige Tätigkeit, sofern diese auf eine Wiederholung ausgelegt ist (Laurer aaO § 1 Rz 2; Diwok aaO § 1 Rz 9; siehe auch VwGH 2000/17/0134 = wbl 2002/163, wonach eine Tätigkeit dann nachhaltig ist, wenn sie mehrmals wiederholt wird oder wenn bei einer einmaligen Tätigkeit die Wiederholungsabsicht erkennbar ist).2.4. Für die Frage, ob ein Bankgeschäft gewerbsmäßig betrieben wird, ist auf den Gewerbebegriff des Umsatzsteuerrechts abzustellen. Danach wird eine Tätigkeit „gewerbsmäßig" betrieben, wenn sie nachhaltig auf die Erzielung von Einnahmen (Erträgen) gerichtet ist (Laurer aaO Paragraph eins, Rz 2; Diwok aaO Paragraph eins, Rz 9). Gelegentliche gleichartige Geschäfte erfüllen das Tatbestandsmerkmal der Nachhaltigkeit nicht, wenn es an einem inneren Zusammenhang solcher gleichartigen Tätigkeiten fehlt. Nachhaltig sind mehrmalige (aufeinanderfolgende) Tätigkeiten der gleichen Art, aber auch eine einmalige Tätigkeit, sofern diese auf eine Wiederholung ausgelegt ist (Laurer aaO Paragraph eins, Rz 2; Diwok aaO Paragraph eins, Rz 9; siehe auch VwGH 2000/17/0134 = wbl 2002/163, wonach eine Tätigkeit dann nachhaltig ist, wenn sie mehrmals wiederholt wird oder wenn bei einer einmaligen Tätigkeit die Wiederholungsabsicht erkennbar ist).

Diese Voraussetzungen sind nach den vorliegenden Feststellungen erfüllt, hat doch die Klägerin das Finanzierungskonzept bereits mehrfach in Österreich umgesetzt.

3.1. Nach § 100 BWG hat derjenige, der Bankgeschäfte ohne die hiefür erforderliche Genehmigung betreibt, keinen Anspruch auf alle mit diesem Geschäft verbundenen Vergütungen, wie insbesondere Zinsen und Provisionen. Die Rechtsunwirksamkeit der mit diesem Geschäft verbundenen Vereinbarungen zieht aber nicht die Rechtsunwirksamkeit des ganzen Bankgeschäfts nach sich.3.1. Nach Paragraph 100, BWG hat derjenige, der Bankgeschäfte ohne die hiefür erforderliche Genehmigung betreibt, keinen Anspruch auf alle mit diesem Geschäft verbundenen Vergütungen, wie insbesondere Zinsen und Provisionen. Die Rechtsunwirksamkeit der mit diesem Geschäft verbundenen Vereinbarungen zieht aber nicht die Rechtsunwirksamkeit des ganzen Bankgeschäfts nach sich.

Die Klägerin macht geltend, § 100 Abs 1 BWG schließe nur den Anspruch auf vertragliche Vergütungen aus, nicht aber auch gesetzliche Zinsen. Wollte man die Auffassung vertreten, auch gesetzliche Zinsen seien erfasst, verlange der Normzweck eine teleologische Reduktion: Sinn der Bestimmung sei es nämlich, Vergütungen zu verhindern, die in keinem Verhältnis zur erbrachten Leistung stünden. Das Interesse des Kunden erfordere daher nur den Schutz vor überhöhten Vergütungen. Im Übrigen stehe die Bestimmung in einem Wertungswiderspruch zu § 7 Abs 2 Wuchergesetz und widerspreche auch den bereicherungsrechtlichen Grundsätzen. Danach müsse der Beklagte jedenfalls die marktüblichen Zinsen ab dem Zeitpunkt der Kreditgewährung vergüten. Die Ausführungen der Revision folgen der Stellungnahme Koziols (§ 1 Abs 4 KWG - eine verfehlte zivilrechtliche Sanktion, ÖBA 1991, 734; Avancini/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht II Rz 1/10) zu § 1 Abs 4 KWG, der Vorgängerbestimmung des § 100 Abs 1 BWG). Koziol vertritt die Auffassung, die Unwirksamkeitssanktion erfasse nur die aufgrund rechtsgeschäftlicher Vereinbarung zustehenden Vergütungen, nicht aber auch jene, deren Anspruchsgrundlage allein auf Gesetz beruhe (wie etwa gesetzliche Zinsen). Der Normzweck - Schutz des Kunden vor überhöhten Vergütungen - erfordere nicht die Unwirksamkeit der gesamten Vergütungsvereinbarung. Der Kreditnehmer würde sonst nämlich eine Leistung kostenlos erhalten, für die er bei jedem konzessionierten Kreditgeber ein angemessenes Entgelt hätte leisten müssen. Die Rechtsfolge des § 1 Abs 4 KWG sei daher im Interesse des Kreditnehmers keineswegs notwendig und könne nur als reine Strafsanktion gesehen werden. Das sei bedenklich, weil die rechtsgeschäftlichen Regelungen grundsätzlich keinen Strafcharakter hätten. Die Regelung sollte daher bei der Reform des Kreditwesengesetzes geändert werden. Sie gerate auch in Wertungswiderspruch zu § 7 Wuchergesetz. Ein Kreditgeber, der eine verwaltungsrechtliche Vorschrift übertrete, verdiene keine schärfere Sanktion als ein Wucherer. Zu überlegen wäre auch - so Koziol - eine Auslegung, wonach nur die Vereinbarung über die Höhe der Entgeltleistung unwirksam sei, die Einigung über die Entgeltlichkeit des Geschäfts aber aufrecht bleibe.Die Klägerin macht geltend, Paragraph 100, Absatz eins, BWG schließe nur den Anspruch auf vertragliche Vergütungen aus, nicht aber auch gesetzliche Zinsen. Wollte man die Auffassung vertreten, auch gesetzliche Zinsen seien erfasst, verlange der Normzweck eine teleologische Reduktion: Sinn der Bestimmung sei es nämlich, Vergütungen zu verhindern, die in keinem Verhältnis zur erbrachten Leistung stünden. Das Interesse des Kunden erfordere daher nur den Schutz vor überhöhten Vergütungen. Im Übrigen stehe die Bestimmung in einem Wertungswiderspruch zu Paragraph 7, Absatz 2, Wuchergesetz und widerspreche auch den bereicherungsrechtlichen Grundsätzen. Danach müsse der Beklagte jedenfalls die marktüblichen Zinsen ab dem Zeitpunkt der Kreditgewährung vergüten. Die Ausführungen der Revision folgen der Stellungnahme Koziols (Paragraph eins, Absatz 4, KWG - eine verfehlte zivilrechtliche Sanktion, ÖBA 1991, 734; Avancini/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht römisch II Rz 1/10) zu Paragraph eins, Absatz 4, KWG, der Vorgängerbestimmung des Paragraph 100, Absatz eins, BWG). Koziol vertritt die Auffassung, die Unwirksamkeitssanktion erfasse nur die aufgrund rechtsgeschäftlicher Vereinbarung zustehenden Vergütungen, nicht aber auch jene, deren Anspruchsgrundlage allein auf Gesetz beruhe (wie etwa gesetzliche Zinsen). Der Normzweck - Schutz des Kunden vor überhöhten Vergütungen - erfordere nicht die Unwirksamkeit der gesamten Vergütungsvereinbarung. Der Kreditnehmer würde sonst nämlich eine Leistung kostenlos erhalten, für die er bei jedem konzessionierten Kreditgeber ein angemessenes Entgelt hätte leisten müssen. Die Rechtsfolge des Paragraph eins, Absatz 4, KWG sei daher im Interesse des Kreditnehmers keineswegs notwendig und könne nur als reine Strafsanktion gesehen werden. Das sei bedenklich, weil die rechtsgeschäftlichen Regelungen grundsätzlich keinen Strafcharakter hätten. Die Regelung sollte daher bei der Reform des Kreditwesengesetzes geändert werden. Sie gerate auch in Wertungswiderspruch zu Paragraph 7, Wuchergesetz. Ein Kreditgeber, der eine verwaltungsrechtliche Vorschrift übertrete, verdiene keine schärfere Sanktion als ein Wucherer. Zu überlegen wäre auch - so Koziol - eine Auslegung, wonach nur die Vereinbarung über die Höhe der Entgeltleistung unwirksam sei, die Einigung über die Entgeltlichkeit des Geschäfts

aber aufrecht bleibe.

Auch Laurer (aaO § 100 Rz 4) vertritt die Auffassung,§ 100 Abs 1 BWG berühre nur die vertraglich vereinbarten Vergütungen, nicht auch Vergütungen aufgrund gesetzlicher Anspruchsgrundlagen.Auch Laurer (aaO Paragraph 100, Rz 4) vertritt die Auffassung, Paragraph 100, Absatz eins, BWG berühre nur die vertraglich vereinbarten Vergütungen, nicht auch Vergütungen aufgrund gesetzlicher Anspruchsgrundlagen.

3.2. § 100 BWG ist zwingendes Recht (Laurer aaO § 100 Rz 5). Die Bestimmung enthält - wie zuvor § 1 Abs 4 KWG - eine partielle Unwirksamkeitssanktion für Bankgeschäfte, die ohne oder in Überschreitung einer Bankkonzession abgeschlossen wurden. Unwirksam ist jedoch nicht das (Bank-)Geschäft an sich, sondern (nur) die aus diesem Vertrag entspringenden Vergütungsansprüche wie Zinsen und Provisionen. Ihre Unwirksamkeit tritt kraft Gesetzes ein und bedarf keiner besonderen Geltendmachung (Laurer aaO § 100 Rz 3). Der Vertrag selbst ist wirksam (VwGH 96/16/0100 = VwSlg 7095 F/1996). Die Bestimmung findet sich unter der Überschrift „Zivilrechtssanktionen" im Abschnitt „Verfahrens- und Strafbestimmungen" (§§ 96 bis 101 BWG). Schon diese Anordnung macht deutlich, dass die Bestimmung nicht nur zum Schutz des Schuldners konzipiert wurde, sondern auch als Strafbestimmung gedacht war, deren Sanktion eine abschreckende Wirkung entfalten sollte, um Bankgeschäfte ohne entsprechende Konzession hintanzuhalten. Dass zwischen den darin vorgesehenen Sanktionen (Unwirksamkeit aller mit dem Geschäft verbundenen Vergütungen) und den Rechtsfolgen in Fällen von Wucher ein Wertungswiderspruch besteht, zeigt Koziol zum insoweit gleichlautenden § 1 Abs 4 KWG zutreffend auf. Seiner Anregung, diese Regelung anlässlich der geplanten Reform des Kreditwesengesetzes zu ändern, weil sie vom Schutzzweck her nicht erforderlich sei und zivilrechtlichen Grundsätzen widerspreche, ist der Gesetzgeber jedoch nicht gefolgt. Er hat diese Regelung im Bankwesengesetz vielmehr fortgeschrieben und sogar in den Abschnitt „Strafbestimmungen" aufgenommen (die entsprechende Bestimmung des KWG fand sich noch in den Allgemeinen Bestimmungen für Bankgeschäfte).3.2. Paragraph 100, BWG ist zwingendes Recht (Laurer aaO Paragraph 100, Rz 5). Die Bestimmung enthält - wie zuvor Paragraph eins, Absatz 4, KWG - eine partielle Unwirksamkeitssanktion für Bankgeschäfte, die ohne oder in Überschreitung einer Bankkonzession abgeschlossen wurden. Unwirksam ist jedoch nicht das (Bank-)Geschäft an sich, sondern (nur) die aus diesem Vertrag entspringenden Vergütungsansprüche wie Zinsen und Provisionen. Ihre Unwirksamkeit tritt kraft Gesetzes ein und bedarf keiner besonderen Geltendmachung (Laurer aaO Paragraph 100, Rz 3). Der Vertrag selbst ist wirksam (VwGH 96/16/0100 = VwSlg 7095 F/1996). Die Bestimmung findet sich unter der Überschrift „Zivilrechtssanktionen" im Abschnitt „Verfahrens- und Strafbestimmungen" (Paragraphen 96 bis 101 BWG). Schon diese Anordnung macht deutlich, dass die Bestimmung nicht nur zum Schutz des Schuldners konzipiert wurde, sondern auch als Strafbestimmung gedacht war, deren Sanktion eine abschreckende Wirkung entfalten sollte, um Bankgeschäfte ohne entsprechende Konzession hintanzuhalten. Dass zwischen den darin vorgesehenen Sanktionen (Unwirksamkeit aller mit dem Geschäft verbundenen Vergütungen) und den Rechtsfolgen in Fällen von Wucher ein Wertungswiderspruch besteht, zeigt Koziol zum insoweit gleichlautenden Paragraph eins, Absatz 4, KWG zutreffend auf. Seiner Anregung, diese Regelung anlässlich der geplanten Reform des Kreditwesengesetzes zu ändern, weil sie vom Schutzzweck her nicht erforderlich sei und zivilrechtlichen Grundsätzen widerspreche, ist der Gesetzgeber jedoch nicht gefolgt. Er hat diese Regelung im Bankwesengesetz vielmehr fortgeschrieben und sogar in den Abschnitt „Strafbestimmungen" aufgenommen (die entsprechende Bestimmung des KWG fand sich noch in den Allgemeinen Bestimmungen für Bankgeschäfte).

Einer teleologischen Reduktion der Bestimmung nach ihrem Normzweck (Schutz des Bankkunden vor übermäßig hohen Vergütungen) steht der vom Gesetzgeber offenkundig beabsichtigte Straf- und Präventivcharakter der Norm entgegen.

Wollte man die Bestimmung im Sinn Koziols so auslegen, dass nur die Vereinbarung über die Höhe der Entgeltleistung unwirksam ist, die Einigung, dass es sich um ein entgeltliches Geschäft handelt, aber aufrecht bleibt, müsste der Kreditgeber Zinsen in angemessener Höhe erhalten. Die Bestimmung wäre damit ihres Straf- und Präventivcharakters beraubt. Gerade bei Fremdwährungskrediten wie im vorliegenden Fall ist die vereinbarte Verzinsung häufig niedriger als der marktübliche Zinssatz. In einem solchen Fall würde der konzessionslose Kreditgeber durch die Unwirksamkeit der Vergütungsvereinbarung sogar besser gestellt werden. Er könnte die höheren marktüblichen Zinsen lukrieren.

Auch die in der Revision angesprochenen bereicherungsrechtlichen Grundsätze können eine Vergütung in Höhe der marktüblichen Zinsen nicht begründen. Nach § 100 Abs 1 BWG bleibt der Kreditvertrag nämlich aufrecht, sodass der Kreditnehmer die Darlehenssumme nicht unberechtigt für sich verwendet (so schon Koziol, ÖBA 1991, 734).Auch die in

der Revision angesprochenen bereicherungsrechtlichen Grundsätze können eine Vergütung in Höhe der marktüblichen Zinsen nicht begründen. Nach Paragraph 100, Absatz eins, BWG bleibt der Kreditvertrag nämlich aufrecht, sodass der Kreditnehmer die Darlehenssumme nicht unberechtigt für sich verwendet (so schon Koziol, ÖBA 1991, 734).

3.3. Koziol (ÖBA 1991, 734 und in Avancini/Iro/Koziol Österreichisches Bankvertragsrecht II Rz 1/10) und Laurer (aaO § 100 Rz 4) vertreten die Auffassung, die Unwirksamkeitsdrohung erfasse nur die aufgrund rechtsgeschäftlicher Vereinbarung zustehenden Vergütungen, nicht aber auch Vergütungen, deren Anspruchsgrundlage das Gesetz ist, wie etwa gesetzliche Verzugszinsen. Diese Auslegung steht mit der Formulierung des Gesetzes in Einklang. Sie trägt auch Zweck und Charakter der Bestimmung (Schutznorm zugunsten des Kunden und zugleich Strafbestimmung mit präventiver Wirkung) ausreichend Rechnung. Einer eingehenderen Befassung mit der Frage, ob die Klägerin ungeachtet der Unwirksamkeitssanktion gesetzliche Zinsen geltend machen kann, bedarf es im vorliegenden Fall aber nicht, weil der Beklagte nach dem hier zu beurteilenden Sachverhalt gesetzliche Zinsen nicht schuldet.3.3. Koziol (ÖBA 1991, 734 und in Avancini/Iro/Koziol Österreichisches Bankvertragsrecht römisch II Rz 1/10) und Laurer (aaO Paragraph 100, Rz 4) vertreten die Auffassung, die Unwirksamkeitsdrohung erfasse nur die aufgrund rechtsgeschäftlicher Vereinbarung zustehenden Vergütungen, nicht aber auch Vergütungen, deren Anspruchsgrundlage das Gesetz ist, wie etwa gesetzliche Verzugszinsen. Diese Auslegung steht mit der Formulierung des Gesetzes in Einklang. Sie trägt auch Zweck und Charakter der Bestimmung (Schutznorm zugunsten des Kunden und zugleich Strafbestimmung mit präventiver Wirkung) ausreichend Rechnung. Einer eingehenderen Befassung mit der Frage, ob die Klägerin ungeachtet der Unwirksamkeitssanktion gesetzliche Zinsen geltend machen kann, bedarf es im vorliegenden Fall aber nicht, weil der Beklagte nach dem hier zu beurteilenden Sachverhalt gesetzliche Zinsen nicht schuldet.

Die Klägerin gründet ihren Anspruch auf Zahlungsverzug. Nach den Feststellungen der Vorinstanzen war in den Rahmenverträgen vereinbart, dass der Beklagte während der Laufzeit der Kreditverträge nur zu Zinsenzahlungen verpflichtet ist; eine Rückführung des Kapitalbetrags musste erst nach Ende der Laufzeit erfolgen. Die Klägerin hatte den Kapitalbetrag deshalb fällig gestellt, weil der Beklagte die vertraglichen Zinsen nicht vereinbarungsgemäß entrichtet hatte. Die Vergütungsvereinbarung war aber nach § 100 Abs 1 BWG unwirksam, sodass der Beklagte diese Zinsen nicht schuldete; er konnte diesbezüglich auch nicht in Verzug geraten.Die Klägerin gründet ihren Anspruch auf Zahlungsverzug. Nach den Feststellungen der Vorinstanzen war in den Rahmenverträgen vereinbart, dass der Beklagte während der Laufzeit der Kreditverträge nur zu Zinsenzahlungen verpflichtet ist; eine Rückführung des Kapitalbetrags musste erst nach Ende der Laufzeit erfolgen. Die Klägerin hatte den Kapitalbetrag deshalb fällig gestellt, weil der Beklagte die vertraglichen Zinsen nicht vereinbarungsgemäß entrichtet hatte. Die Vergütungsvereinbarung war aber nach Paragraph 100, Absatz eins, BWG unwirksam, sodass der Beklagte diese Zinsen nicht schuldete; er konnte diesbezüglich auch nicht in Verzug geraten.

Das Berufungsgericht hat daher zutreffend erkannt, dass der Beklagte weder mit den vereinbarten Zinsen in Verzug geraten, noch die vorzeitige Fälligkeit der Kapitalforderung deshalb eintreten konnte (§ 510 Abs 3 ZPO).Das Berufungsgericht hat daher zutreffend erkannt, dass der Beklagte weder mit den vereinbarten Zinsen in Verzug geraten, noch die vorzeitige Fälligkeit der Kapitalforderung deshalb eintreten konnte (Paragraph 510, Absatz 3, ZPO).

3.4. Es besteht kein Anlass, der Anregung der Revision auf Einholung einer Vorabentscheidung zur Vereinbarkeit der Bestimmungen des Bankwesengesetzes mit der Kapitalverkehrsfreiheit Folge zu leisten. Nach § 4 Abs 1 BWG bedarf der Betrieb der in § 1 Abs 1 angeführten Geschäfte einer Konzession der Finanzmarktaufsichtsbehörde. § 9 BWG regelt die Erbringung von Bankdienstleistungen im Inland durch Kreditinstitute aus Mitgliedsstaaten im Wege der Dienstleistungs- oder der Niederlassungsfreiheit. Diese Bestimmung beruht auf dem in de Richtlinie 2000/12/EG idF 2000/28/EG (im Folgenden Richtlinie) formulierten Single-Licence-Prinzips, wonach ein in einem Mitgliedsstaat zugelassenes Kreditinstitut in jedem anderen Mitgliedsstaat durch Niederlassungen oder im Korrespondenzweg tätig werden darf.3.4. Es besteht kein Anlass, der Anregung der Revision auf Einholung einer Vorabentscheidung zur Vereinbarkeit der Bestimmungen des Bankwesengesetzes mit der Kapitalverkehrsfreiheit Folge zu leisten. Nach Paragraph 4, Absatz eins, BWG bedarf der Betrieb der in Paragraph eins, Absatz eins, angeführten Geschäfte einer Konzession der Finanzmarktaufsichtsbehörde. Paragraph 9, BWG regelt die Erbringung von Bankdienstleistungen im Inland durch Kreditinstitute aus Mitgliedsstaaten im Wege der Dienstleistungs- oder der Niederlassungsfreiheit. Diese

Bestimmung beruht auf dem in de Richtlinie 2000/12/EG in der Fassung 2000/28/EG (im Folgenden Richtlinie) formulierten Single-Licence-Prinzips, wonach ein in einem Mitgliedsstaat zugelassenes Kreditinstitut in jedem anderen Mitgliedsstaat durch Niederlassungen oder im Korrespondenzweg tätig werden darf.

Mit Beziehungen zu Drittstaaten befasst sich die Richtlinie in ihrem Titel IV. Sie sieht darin weder die Pflicht eines Mitgliedsstaates vor, die in einem Drittstaat erteilte Konzession zur Erbringung von Bankdienstleistungen anzuerkennen, noch wird das Recht eines Mitgliedsstaats beschränkt, für die Erbringung inländischer Bankdienstleistungen eine inländische Konzession zu verlangen. Der Grundsatz, wonach außerhalb des durch § 9 BWG geregelten Bereichs die grenzüberschreitende Tätigkeit von Kreditinstituten (insbesondere von Kreditinstituten mit Sitz in Drittstaaten) einer (inländischen) Konzession bedarf (Laurer aaO § 9 Rz 1), steht demnach mit der Richtlinie klar in Einklang.Mit Beziehungen zu Drittstaaten befasst sich die Richtlinie in ihrem Titel römisch IV. Sie sieht darin weder die Pflicht eines Mitgliedsstaates vor, die in einem Drittstaat erteilte Konzession zur Erbringung von Bankdienstleistungen anzuerkennen, noch wird das Recht eines Mitgliedsstaats beschränkt, für die Erbringung inländischer Bankdienstleistungen eine inländische Konzession zu verlangen. Der Grundsatz, wonach außerhalb des durch Paragraph 9, BWG geregelten Bereichs die grenzüberschreitende Tätigkeit von Kreditinstituten (insbesondere von Kreditinstituten mit Sitz in Drittstaaten) einer (inländischen) Konzession bedarf (Laurer aaO Paragraph 9, Rz 1), steht demnach mit der Richtlinie klar in Einklang.

Eine Überprüfung der Richtlinie selbst auf ihre Vereinbarkeit mit der im EG-Vertrag normierten Kapitalverkehrsfreiheit strebt die Revision nicht an.

4. Die Vorinstanzen haben das auf Zahlung von Zinsen gerichtete Begehren der Klägerin zutreffend abgewiesen. Ihrer unberechtigten Revision musste ein Erfolg versagt bleiben.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 41 und 50 Abs 1 ZPO. Die Voraussetzungen für eine Erhöhung der Entlohnung im Sinn der TP3 Anm 5 liegen nicht vor. Der Beklagte ist der Anregung auf Einholung einer Vorabentscheidung (nur) mit kurzer Begründung entgegengetreten.Die Kostenentscheidung beruht auf Paragraphen 41 und 50 Absatz eins, ZPO. Die Voraussetzungen für eine Erhöhung der Entlohnung im Sinn der TP3 Anmerkung 5 liegen nicht vor. Der Beklagte ist der Anregung auf Einholung einer Vorabentscheidung (nur) mit kurzer Begründung entgegengetreten.

**Anmerkung**

E816476Ob110.06d

**Schlagworte**

Kennung XPUBLDiese Entscheidung wurde veröffentlicht inecolex 2006/391 S 901 - ecolex 2006,901 = RdW 2007/35 S 30 - RdW2007,30 = ÖBA 2007,326/1413 - ÖBA 2007/1413 = ZFR 2007/11 S 51 - ZFR2007,51 = SZ 2006/124 = HS 37.247 = HS 37.248 = HS 37.254 = HS 37.255XPUBLEND

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2006:0060OB00110.06D.0831.000

**Zuletzt aktualisiert am**

25.06.2009

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, http://www.ogh.gv.at

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at