



# AUSTRIAN LAW JOURNAL

Ausgabe 1/2018





## Open-Access-Veröffentlichungspflicht für Dissertationen?

### Eine rechtswissenschaftliche Untersuchung aus Anlass der Ergänzung von § 86 Abs 1 UG durch BGBl I 2017/129

Elisabeth Staudegger,<sup>\*</sup> Universität Graz

**Kurztext:** Der Beitrag untersucht die in § 86 Abs 1 UG den Universitäten eröffnete Möglichkeit, mittels Satzungsrecht die Veröffentlichung von Dissertationen in Open Access Form verpflichtend vorschreiben zu können, im System des universitäts- und urheberrechtlichen Rechtsrahmens und stellt erste Überlegungen zur Grundrechtskonformität solcher Regelungen an.

**Schlagworte:** Veröffentlichungspflicht; Universitätsrecht; Studienrecht; Urheberrecht; Bildungsausnahmen; Open Access; goldener Weg; grüner Weg; Publikationskosten; Repositorien; Data Economy; Drittmittelforschung; Plagiat; Grundrechte; Verhältnismäßigkeit; Lizenz; Betreuungsvereinbarung; Digitaler Binnenmarkt; European Open Science Cloud; gemeinsamer europäischer Datenraum.

#### I. Einleitung

Die universitäre Forschung steckt mehrfach im Dilemma: Erstens sollen Forschungsergebnisse einer breiten (Fach-)Öffentlichkeit zugänglich sein, jedoch sind die Kosten für die in Fachverlagen erzeugten Produkte enorm und diese daher für Universitäten zunehmend unerschwinglich teuer. Zweitens sollen JungforscherInnen durch Veröffentlichungen in renommierten Fachverlagen ihre Qualifikation nachweisen, allerdings wird so die Karriere des Nachwuchses in die Hände einiger weniger (oft globaler) Player gelegt. Drittens sollen sich die Universitäten um die Akquirierung von Drittmittelprojekten bemühen, gleichzeitig fordern beteiligte Unternehmen häufig die Sperre der Forschungsergebnisse auf einige Jahre hinaus, was sich auf die Forschung im betroffenen Feld keineswegs förderlich, sondern hemmend und nachteilig auswirkt.

Dabei existiert mit dem Internet und dem World Wide Web inzwischen ein technologisches Umfeld, das es ermöglicht, zu vergleichsweise geringen Kosten digitalen Content global zu verbreiten.<sup>1</sup> Die Europäische Kommission (EK) lässt keinen Zweifel daran, dass Open Science ein wichti-

---

<sup>\*</sup> Univ.-Prof. Mag. Dr. Elisabeth Staudegger ist Professorin am Institut für Rechtswissenschaftliche Grundlagen und Leiterin des Fachbereichs Recht und IT an der Universität Graz.

<sup>1</sup> Zu den Herausforderungen, die die Digitalisierung an die Wissenschaft stellt, vgl zuletzt Storr, Der digitalisierte Forscher, ALJ 2017, 85 (86 ff) <http://alj.uni-graz.at/index.php/alj/article/view/82> (zuletzt abgefragt am 28. 5. 2018).

ger Teil des Digitalen Binnenmarkts<sup>2</sup> und damit der Europäischen Data Economy ist.<sup>3</sup> Die European Open Science Cloud (EOSC) ist ein erklärtes Ziel der Kommission.<sup>4</sup> Universitäten verfügen auch durchwegs über die erforderliche Infrastruktur, um Repositorien einzurichten, also digitale Archive, über die die Inhalte einer breiten Öffentlichkeit online zur Verfügung gestellt werden können. Es liegt daher nahe, die in § 86 UG ohnehin bereits normierte Veröffentlichungspflicht für wissenschaftliche Abschlussarbeiten künftig in Open Access Form vorzuschreiben. Der österr Gesetzgeber hat den Universitäten diese Möglichkeit unlängst durch eine entsprechende Änderung des Universitätsgesetzes 2002<sup>5</sup> eröffnet.<sup>6</sup>

Nun sind – bei aller Anerkennung der Beweggründe – wissenschaftliche Abschlussarbeiten als Werke der Literatur, der Tonkunst, der bildenden Künste oder der Filmkunst urheberrechtlich geschützt. Das aber bedeutet, dass den AutorInnen als UrheberInnen (neben anderen Rechten) gerade das Recht der Veröffentlichung, aber auch der Vielfältigung und online-Zurverfügungstellung des Werkes ausschließlich vorbehalten ist. Das Urheberrecht erfährt als (geistiges) Eigentum grundrechtlichen Schutz in Form der Eigentumsgarantie.<sup>7</sup> AutorInnen genießen Schutz durch die Kunstfreiheit (Art 17a StGG) und WissenschaftlerInnen stehen schließlich noch im Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit nach Art 17 StGG. Damit aber muss jede Einschränkung der Rechte der wissenschaftlichen oder künstlerischen UrheberInnen den hohen Anforderungen der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung entsprechen.<sup>8</sup>

Der Beitrag untersucht die Open Access Veröffentlichungspflicht (iF: OA-Pflicht) nach geltender Rechtslage und stellt dafür die einschlägigen Bestimmungen des Urheberrechts und Universitätsrechts in ihrem Zusammenwirken dar. In Kenntnis von Zweck und Mittel einer solchen Pflicht sind in der Folge Aussagen zur grundrechtlichen Verhältnismäßigkeit der Verpflichtung möglich.

---

2 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, KOM/2015/0192 final, 4, 8 und insb 16 f, wo unter Pkt 4.1. „Aufbau einer Datenwirtschaft“ der Übergang zu einer „effizienteren und schneller reagierenden, offenen Wissenschaft“ mittels einer „Forschungs-Cloud“ in Aussicht gestellt wird.

3 Vgl dazu jüngst die Empfehlung der Europäischen Kommission, 25. 4. 2018 on access to and preservation of scientific information, C(2018) 2375 final mwN und Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über die Halbzeitüberprüfung der Strategie für einen digitalen Binnenmarkt. Ein vernetzter digitaler Binnenmarkt für alle, KOM/2017/0228 final, die die Errichtung einer „research open science cloud“ als Teil der European Cloud Initiative vorsieht sowie die Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen „Aufbau eines gemeinsamen europäischen Datenraums“, KOM/2018/232 final.

4 Vgl bereits Empfehlung der Kommission vom 17. 7. 2012 über den Zugang zu wissenschaftlichen Informationen und deren Bewahrung, 2012/417/EU sowie Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen „Europäische Cloud-Initiative – Aufbau einer wettbewerbsfähigen Daten- und Wissenswirtschaft in Europa“, KOM/2016/0178/final.

5 Bundesgesetz über die Organisation der Universitäten und ihre Studien (Universitätsgesetz 2002 – UG) BGBl I 2002/120.

6 Bundesgesetz, mit dem das Hochschulgesetz 2005, das Schulorganisationsgesetz und das Land- und forstwirtschaftliche Bundesschulgesetz geändert werden sowie das Hochschul-Studienberechtigungs-gesetz aufgehoben wird und das Universitätsgesetz 2002, das Fachhochschul-Studiengesetz, das Privatuniversitätengesetz und das Hochschul-Qualitätssicherungsgesetz geändert werden BGBl I 2002/120 idF BGBl I 2017/129; in Kraft seit 1. 8. 2017. Die jüngste Änderung des UG mit BGBl I 2018/8 berührt § 86 nicht.

7 Insb Art 1 1. ZP EMRK, Art 5 StGG, explizit Art 17 Abs 2 GRC.

8 Vgl Art 52 Abs 1 GRC: „Jede Einschränkung der Ausübung der in dieser Charta anerkannten Rechte und Freiheiten muss gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten. Unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dürfen Einschränkungen nur vorgenommen werden, wenn sie notwendig sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen.“

Dabei stehen Dissertationen als die qualitativ hochwertigsten Abschlussarbeiten im Fokus der Überlegungen. Die Ausführungen gelten im Grunde aber selbstverständlich für alle wissenschaftlichen Werke.

## II. Die Veröffentlichungspflicht an der Schnittstelle von Urheberrecht und Studienrecht

Die Pflicht zur Veröffentlichung von Dissertationen steht an der Schnittstelle von Urheberrecht und Studienrecht. Während das Studienrecht im Universitätsgesetz 2002 und, soweit dort delegiert, in den Satzungen der Universitäten die Voraussetzungen des Doktoratsstudiums regelt, zielt das Urheberrecht<sup>9</sup> auf den Schutz der AutorInnen und die Förderung der kulturellen Entwicklung ab. Beide Regelungsbereiche verfolgen daher zum einen gemeinsame, zum anderen aber auch selbständige, ja teilweise sogar widersprüchliche Ziele. Beide sind sowohl in Österreich (insb Art 5, 17 StGG<sup>10</sup>) als auch auf Ebene der Europäischen Union (Art 13, 17 GRG<sup>11</sup>) grundrechtlich garantiert.

Im Folgenden soll die Rechtslage zur Veröffentlichungspflicht für Dissertationen dargestellt werden, um die rechtliche Beurteilung einer allfälligen satzungsmäßigen Statuierung einer Open Access Verpflichtung zu ermöglichen.

### A. Das Urheberrecht: Veröffentlichungsrecht und weitere Verwertungsrechte sowie Ausnahmen

*„Aufgabe des Urheberrechtes ist es, den Urhebern innerhalb der durch ihre schutzwürdigen Interessen bestimmten Schranken die Verwertung ihrer Werke vorzubehalten und sie gegen deren Ausbeutung durch andere zu sichern. Außerdem hat das Urheberrechtsgesetz auch ideale oder geistige Interessen des Urhebers an der Benutzung des Werkes, an dessen Unversehrtheit, an der Achtung der Urheberschaft und an der Wahrung und Betonung der Verbundenheit des Werkes mit seinem Schöpfer zu schützen.“<sup>12</sup>*

Um die in den Materialien genannten Zwecke – Schutz vor Ausbeutung; Schutz geistiger Interessen des Urhebers wie insb Achtung der Urheberschaft und Wahrung der Verbundenheit des Werkes mit seinem Schöpfer – zu erfüllen, umfasst das österr Urheberrecht neben den vermögenswerten Verwertungsrechten (§§ 14 ff UrhG) auch Persönlichkeitsrechte (§§ 19 ff UrhG) sowie jedenfalls gerade auch das Recht der Entscheidung darüber, ob ein Werk überhaupt veröffentlicht werden soll.

Zwar ist das „Veröffentlichungsrecht“ im geltenden UrhG – im Gegensatz zur Vorgängernorm UrhG 1920<sup>13</sup> – nicht gesondert normiert,<sup>14</sup> dass aber die Erstveröffentlichung dem Urheber vorbehalten bleiben soll, ist nach hA unbestritten.<sup>15</sup> In den Materialien erläutert *Lissbauer*, der geistige

9 Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) BGBl 1936/111 idF BGBl I 2015/99.

10 Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger RGBl 1867/142.

11 Charta der Grundrechte der Europäischen Union ABI C 2016/202, 389.

12 Erläuternde Bemerkungen zum UrhG 1936: *Peter*, Das Österreichische Urheberrecht (1954) 473 (502).

13 Vgl §§ 23, 28 und 32 Urheberrechtsgesetz 1895 RGBl 197/1895, in denen das Veröffentlichungsrecht ausdrücklich genannt war.

14 *Walter*, Handbuch Urheberrecht I (2008) Rz 939 lehnt daher ein Veröffentlichungsrecht als solches auch ausdrücklich ab.

15 Statt aller *Schumacher* in *Kucsko/Handig*, urheber.recht<sup>2</sup> § 8 UrhG Rz 15 (Stand 1. 4. 2017, rdb.at) mwN.

Vater des monolithisch konstruierten, heute noch geltenden UrhG 1936, der Entwurf verkenne nicht „die Notwendigkeit, den Urheber dagegen zu schützen, daß das Werk ohne seine Einwilligung veröffentlicht wird“.<sup>16</sup> Da ein ausschließliches Veröffentlichungsrecht aber mit anderen absoluten Werknutzungsrechten konfliktieren könnte, wurde es strukturell bei den einzelnen Verwertungsrechten mitberücksichtigt. Auch durch völkerrechtliche Vorgaben (insb Art 3 RBÜ<sup>17</sup>) ist das Veröffentlichungsrecht eindeutig klargestellt. Im Übrigen macht § 14 Abs 3 UrhG expressis verbis deutlich, dass die erste Mitteilung des Inhaltes eines Werkes dem Urheber vorbehalten sein soll.<sup>18</sup>

Neben der Veröffentlichung behält das Urheberrecht den UrheberInnen weitere Nutzungshandlungen in Form ausdrücklich gewährter Verwertungsrechte ausschließlich vor. Dazu zählen insb die Vervielfältigung des Werkes (§ 15 UrhG), die Verbreitung von Werkstücken (§ 16 UrhG), das Verleihen (§ 16a UrhG) und das interaktive Online-Zurverfügungstellen (§ 18a UrhG) des Werkes. Gleichzeitig regelt der Gesetzgeber Ausnahmen und Beschränkungen, in österr Terminologie „freie Werknutzungen“, die die Nutzung von Werken in bestimmtem Ausmaß und Umfang erlauben und so insb die Forschung<sup>19</sup> begünstigen.

Während wissenschaftliche Erkenntnisse grundsätzlich gänzlich urheberrechtsfrei bleiben,<sup>20</sup> schützt das Urheberrecht das Werk, auch wenn es inhaltlich wissenschaftlich ist.<sup>21</sup> Dissertationen sind daher nach österr UrhG zweifelsohne als Werke der Literatur geschützt.<sup>22</sup> Das gilt im monistischen, am Menschen als Schöpfer ausgerichteten österr Urheberrecht völlig ohne Einschränkung, daher auch für im Zuge eines Drittmittelprojekts oder im Rahmen eines Dienstverhältnisses an einer Universität verfasste Dissertationen. Die Selbständigkeit der VerfasserInnen bekräftigt § 106 UG neuerlich.<sup>23</sup> Damit sind die AutorInnen berechtigt zu entscheiden, ob und wann ihr Werk veröffentlicht werden soll. Ihnen steht es nach § 24 iVm 31 UrhG aber frei, sich vertraglich (auch im Vorhinein) zu binden.

## B. Studienrecht: Zur Entwicklung der „Veröffentlichungspflicht“ (§ 86 UG)

Der II. Teil des geltenden UG ist dem Studienrecht gewidmet. Die Konzentration der zuvor in unterschiedlichen Gesetzen geregelten universitätsrechtlichen Bestimmungen – Organisationsrecht, Studienrecht und Personalrecht – in einem einzigen Bundesgesetz, war ein vom Gesetzgeber bewusst verfolgtes Ziel.<sup>24</sup> Im 5. Abschnitt, §§ 80–86 UG, sind die wissenschaftlichen und

16 ErläutRV UrhG 1936: *Peter*, Urheberrecht (1954) 473 (502 f).

17 Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst vom 9. 9. 1886, vervollständigt in Paris am 4. 5. 1896, revidiert in Berlin am 13. 11. 1908, vervollständigt in Bern am 20. 3. 1914 und revidiert in Rom am 2. 6. 1928, in Brüssel am 26. 6. 1948, in Stockholm am 14. 7. 1967 und in Paris am 24. 7. 1971 BGBl 1982/319.

18 *Kucsko* in *Kucsko/Handig*, urheber.recht<sup>2</sup> § 1 UrhG Rz 19 (Stand 1. 4. 2017, rdb.at); *Anderl* in *Kucsko/Handig*, urheber.recht<sup>2</sup> § 14 UrhG Rz 5 (Stand 1. 4. 2017, rdb.at). Auch *Walter*, Urheberrecht Teil I Rz 935 ff erkennt darin zumindest den Ansatz eines eigenständigen Veröffentlichungsrechts.

19 Vgl insb insb § 42 Abs 2 und 7, § 42f sowie § 56b UrhG.

20 *Walter*, Urheberrecht I Rz 152 und 172 f; *Ciresa*, Urheberrecht § 2 UrhG Rz 8 (16. Lfg Dezember 2013).

21 Zur Unterscheidung der wissenschaftlichen Erkenntnis als solche von der Form ihrer Darstellung vgl OGH 4 Ob 274/02a (Felsritzbild) MR 2003, 162 (*Walter*) = *ecolex* 2004, 42 (*Schumacher*); aus der urheberrechtlichen Literatur dazu insb *Walter*, Urheberrecht I Rz 173 mwN.

22 OGH 4 Ob 274/02a (Felsritzbild) = MR 2003, 162 (*Walter*) = *ecolex* 2004, 42 (*Schumacher*); aus der Literatur statt aller *Walter*, Urheberrecht I Rz 172 f mwN.

23 Eine weitere Vertiefung des Themas soll hier nicht erfolgen; Vgl dazu *Müller*, Wie greifbar ist das geistige Eigentum an der Universität? in *Hauser* (Hrsg), Hochschulrecht Jahrbuch 2013 (2013) 379, und *Titscher*, Das Recht auf Veröffentlichung im Spannungsverhältnis zur Drittmittelforschung, *zFhr* 2008, 171 jeweils mwN.

24 ErläutRV 1134 BlgNR 21. GP 66.

künstlerischen Abschlussarbeiten einschließlich Dissertationen geregelt. § 86 trägt den Titel „Veröffentlichungspflicht“.

## 1. § 86 UG de lege lata

§ 86 UG lautet im Wortlaut wie folgt:<sup>25</sup>

§ 86. (1) Die Absolventin oder der Absolvent hat vor der Verleihung des akademischen Grades jeweils ein vollständiges Exemplar der positiv beurteilten wissenschaftlichen oder künstlerischen Arbeit oder der Dokumentation der künstlerischen Arbeit durch Übergabe an die Bibliothek der Universität, an welcher der akademische Grad verliehen wird, zu veröffentlichen. Für diese Übergabe kann in der Satzung festgelegt werden, dass diese ausschließlich in elektronischer Form zu erfolgen hat. Weiters kann in der Satzung festgelegt werden, dass die Veröffentlichung elektronisch in einem öffentlich zugänglichen Repositorium erfolgen muss.

(2) Die positiv beurteilte Dissertation oder künstlerische Dissertation oder die Dokumentation der künstlerischen Dissertation ist überdies durch Übergabe an die Österreichische Nationalbibliothek zu veröffentlichen. Für diese Übergabe kann in der Satzung festgelegt werden, dass diese ausschließlich in elektronischer Form zu erfolgen hat. Weiters kann in der Satzung festgelegt werden, dass die Veröffentlichung elektronisch in einem öffentlich zugänglichen Repositorium erfolgen muss.

(3) Von der Veröffentlichungspflicht ausgenommen sind die wissenschaftlichen oder künstlerischen Arbeiten oder deren Teile, die einer Massenvervielfältigung nicht zugänglich sind.

(4) Anlässlich der Übergabe einer wissenschaftlichen oder künstlerischen Arbeit oder der Dokumentation der künstlerischen Arbeit ist die Verfasserin oder der Verfasser berechtigt, den Ausschluss der Benützung der abgelieferten Exemplare für längstens fünf Jahre nach der Übergabe zu beantragen. Dem Antrag ist vom für die studienrechtlichen Angelegenheiten zuständigen Organ stattzugeben, wenn die oder der Studierende glaubhaft macht, dass wichtige rechtliche oder wirtschaftliche Interessen der oder des Studierenden gefährdet sind.<sup>26</sup>

Die Materialien weisen, soweit zu § 86 überhaupt Stellung bezogen wird, lapidar aus: „Diese Bestimmung entspricht weitgehend der bisherigen Rechtslage.“<sup>27</sup>

## 2. Zur Entwicklung von § 86 UG

Die Regelung war bereits in der Stammfassung des UG<sup>28</sup> im Jahr 2002 enthalten, trat 2004<sup>29</sup> in Kraft und sollte sowohl die Ablieferung, als auch die Veröffentlichung wissenschaftlicher Abschlussarbeiten<sup>30</sup> sicherstellen. Nach Abs 1 leg cit waren die AbsolventInnen grundsätzlich (nämlich soweit möglich)<sup>31</sup> verpflichtet, positiv beurteilte Arbeiten durch Übergabe an die Bibliothek

25 Hervorhebungen durch d Verf.

26 § 86 UG idF BGBl I 129/2017.

27 IA 2235/A BlgNR 25. GP 142; wortgleich AB 1705 BlgNR 25. GP 57.

28 Bundesgesetz über die Organisation der Universitäten und ihre Studien (Universitätsgesetz 2002 – UG) BGBl I 2002/120.

29 Vgl § 143 Abs 2 UG, wonach Teil II, also das Studienrecht, mit 1. 1. 2004 in Kraft tritt.

30 Das sind: Diplom- oder Magisterarbeit, Dissertation oder künstlerische Diplom- oder Magisterarbeit bzw die Dokumentation der künstlerischen Diplom- oder Magisterarbeit.

31 Die Ausnahme bezog sich auf wissenschaftliche Arbeiten oder deren Teile, die einer Massenvervielfältigung nicht zugänglich sind wie zB bei Herstellung bestimmter Unikate. Deren Dokumentationen und Beschreibungen waren von der Veröffentlichungspflicht allerdings nicht ausgenommen. In Zweifelsfällen entschieden die StudierendkanInnen über die Veröffentlichung (vgl ErläutRV 588 BlgNR 20. GP 99).

der Universität, an welcher der akademische Grad verliehen wurde, zu veröffentlichen und vor der Verleihung des akademischen Grades jeweils ein vollständiges Exemplar abzuliefern. Dissertationen waren überdies durch Übergabe an die Österreichische Nationalbibliothek zu veröffentlichen. Abs 2 leg cit eröffnete die Möglichkeit, den Ausschluss der Benützung der abgelieferten Exemplare der Arbeit für längstens fünf Jahre zu erwirken. Über den Zweck der Norm geben die Erläuterungen keine Auskunft, sie verweisen vielmehr wiederum darauf, die Bestimmung entspreche weitgehend der bisherigen Rechtslage, nämlich § 65 UniStG.<sup>32</sup>

§ 86 UG wurde in der Folge mehrfach zT terminologisch (Magisterarbeit wurde zu Masterarbeit)<sup>33</sup> adaptiert, zT durch Erweiterungen (wie insb um künstlerische Dissertationen) ausgebaut bzw strukturell geändert.<sup>34</sup> Der Versuch, eine zentrale Datenbank und ein digitales Repositorium für wissenschaftliche und künstlerische Arbeiten einzurichten,<sup>35</sup> musste letztlich aufgegeben werden.<sup>36</sup> Die Bestimmung blieb im hier interessierenden Zusammenhang damit im Grunde von der Stammfassung bis zum 1.8.2017 unverändert. Mit der jüngsten Änderung wurde § 86 UG jedoch insofern erweitert, als nun den Universitäten die Kompetenz eingeräumt ist, eine online Open Access Veröffentlichungspflicht in deren Satzung vorzusehen.

Dass die Erläuterungen zu § 86 UG über den Zweck der Norm schweigen und auf die frühere Fassung verweisen, sich die ErläutRV zur Stammfassung aber ihrerseits auf § 65 UniStG<sup>37</sup> beziehen, lenkt den Blick auf die Entstehungsgeschichte der Norm.

### 3. Von der „Ablieferungspflicht“ im AHStG (1981) zur „Veröffentlichungspflicht“ im UniStG (1997)

Den Materialien zufolge<sup>38</sup> sollte mit § 65 UniStG von der bislang in § 25 Abs 4 AHStG<sup>39</sup> geregelten „Ablieferungspflicht“ abgegangen, und eine neue, ausdrücklich als solche bezeichnete „Veröffentlichungspflicht“ begründet werden.

Der Gesetzgeber nannte als Grund für die Einführung der Ablieferungspflicht im Jahr 1981, dass wissenschaftliche Arbeiten häufig nicht publiziert wurden und so der Forschung vorenthalten blieben. Um diese als vielfach äußerst wertvolle Texte des wissenschaftlichen Nachwuchses empfundenen Werke den Interessierten besser zugänglich zu machen, sollten die VerfasserInnen approbierter Diplomarbeiten und Dissertationen verpflichtet sein, je ein Freistück an die Bibliothek ihrer Hochschule und an die Österreichische Nationalbibliothek abzuliefern.<sup>40</sup> Der Zweck der Regelung

32 ErläutRV 1134 BlgNR 21. GP 94; lediglich die Pflicht zur Ablieferung eines positiv beurteilten Werkstückes an die Österreichische Nationalbibliothek wurde im UG auf Dissertationen eingeschränkt.

33 BGBl I 2006/74.

34 BGBl I 2015/131; vgl ErläutRV 797 BlgNR 25. GP 14.

35 Vgl § 85 UG 2002 idF BGBl 2009/81; es war vorgesehen, folgende Daten zu erfassen: Autorin oder Autor, Titel und an welcher Universität die Arbeit abgefasst wurde sowie eine Zusammenfassung des Inhalts; eine Volltexterfassung sollte nur „nach Möglichkeit“ erfolgen. Dieselben Daten sollten („zumindest“) nach Abs 2 leg cit im digitalen Repositorium gespeichert werden. Der Zweck der Erfassung war (nach den ErläutRV 225 BlgNR 24. GP 27) „festzustellen, ob eine zur Betreuung vorgeschlagene wissenschaftliche oder künstlerische Arbeit in der vorliegenden oder einer modifizierten Form bereits Gegenstand einer Betreuung in Österreich war“.

36 BGBl I 2010/111.

37 Bundesgesetz über die Studien an den Universitäten (Universitäts-Studiengesetz – UniStG), BGBl I 1997/48.

38 ErläutRV 588 BlgNR 20. GP 98 ff; die Sonderregelungen für künstlerische Arbeiten in § 65d UniStG bleibt hier im Weiteren unberücksichtigt.

39 Bundesgesetz vom 15. 7. 1966 über die Studien an den wissenschaftlichen Hochschulen (Allgemeines Hochschul-Studiengesetz), BGBl 1966/177 idF BGBl 1981/332.

40 ErläutRV 253 15. GP 26.

lag also unbestreitbar in der Förderung wissenschaftlicher Forschung. Das Mittel sollte die Eröffnung des Zugangs zu approbierten Abschlussarbeiten durch die Ablieferungspflicht bilden.

„Ablieferung“ bedeutet aber nicht schon per se auch die Einräumung urheberrechtlicher Nutzungsbefugnisse. *Dillenz*<sup>41</sup> wies im Jahr 1992 mit guten Gründen darauf hin, dass die Ablieferungspflicht aus § 25 Abs 4 AHStG die Öffentlichkeit nicht zugleich zum Zugang berechtige; dieser werde vielmehr in den Bibliotheksordnungen geregelt. Dort war auch die Möglichkeit einer Sperre der Benutzung abgelieferter Werke unter näher bestimmten Bedingungen vorgesehen. Insgesamt bewirke die Ablieferung damit nur die Benutzung im Rahmen der freien Werknutzungen (damals insb Zitat und Katalogfreiheit), keineswegs aber ein allgemeines Benützensrecht.<sup>42</sup>

Dieses Spannungsverhältnis der Neuregelung in § 65 UniStG zum Eigentums- und Urheberrecht greift der Gesetzgeber in den Materialien zum UniStG direkt auf. Der Eingriff in die urheberrechtliche Position der VerfasserInnen wissenschaftlicher Abschlussarbeiten war ihm also durchaus bewusst. Mit der vorgeschlagenen Neufassung der studienrechtlichen Bestimmungen sollte der als „rechtspolitisch unbefriedigend“ empfundene Zustand bereinigt werden.<sup>43</sup>

#### 4. Die urheberrechtliche Voraussetzung: UrhG-Novelle 1996

Tatsächlich ging der Neuregelung des UniStG eine Änderung des UrhG<sup>44</sup> voraus, die in § 42 Abs 4<sup>45</sup> die Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch von Sammlungen normierte. Die studienrechtliche Veröffentlichungspflicht lege daher, so die Regierungsvorlage zum UniStG,<sup>46</sup> nunmehr „die Veröffentlichungspflicht und die Art und Weise der Veröffentlichung fest“; die Bestimmungen des UrhG sollten dabei unberührt bleiben.<sup>47</sup>

Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang, dass in den Materialien zum UniStG auch der Zweck der Veröffentlichungspflicht neu (und weiter) beschrieben wird, als zuvor zum AHStG:

*„Wissenschaftliche Arbeiten haben sich ihrem Wesen nach der Konfrontation zu stellen. Dazu ist es notwendig, daß sie veröffentlicht werden. Vereinzelt kommt es aber auch vor, daß Studierende Plagiate anderer Arbeiten einreichen. Die Veröffentlichung beugt in wirksamer Weise gegen derartige Bestrebungen vor und erleichtert die Aufdeckung solcher Verfehlungen. Es gibt Staaten, die für Dissertationen eine Veröffentlichung durch Drucklegung verlangen. Dieser Weg soll in Österreich auf Grund seiner bisherigen Tradition und zur Vermeidung der daraus für die Studierenden entstehenden finanziellen Belastungen weiterhin nicht eingeschlagen werden.“*<sup>48</sup>

Neben den Zugang der Fachöffentlichkeit zu den Forschungsergebnissen tritt hier als wesentlicher neuer Aspekt, mit der Veröffentlichung wirksame Maßnahmen gegen Plagiate setzen zu wollen. Auch die in der Praxis ebenfalls sehr relevante Frage der Kostentragung wurde angeschnitten; sie sollte jedenfalls hins einer Drucklegung nicht zulasten der Studierenden gehen.

41 *Dillenz*, Rechtsfragen des Urheberrechts, in *Strasser* (Hrsg), Organisations-, europa- und immaterialgüterrechtliche Probleme der Universitäten (1992) 108 (110).

42 *Dillenz* in *Strasser* (1992) 108 (111).

43 ErläutRV 588 BlgNR 20. GP 99.

44 Bundesgesetz, mit dem das Urheberrechtsgesetz und die Urheberrechtsgesetznovelle 1980 geändert werden (Urheberrechtsgesetz-Novelle 1996 – UrhG-Nov 1996) BGBl 1996/151.

45 IdF BGBl 1996/151.

46 ErläutRV 588 BlgNR 20. GP 98 ff.

47 ErläutRV 588 BlgNR 20. GP 99.

48 ErläutRV 588 BlgNR 20. GP 99.

Und schließlich wurde den AbsolventInnen zugleich mit der gesetzlichen Veröffentlichungspflicht *expressis verbis* die Möglichkeit der Sperre der Nutzung einer Arbeit *ex lege* eingeräumt.

Flankiert von den im UrhG geregelten freien Werknutzungen zugunsten der Bibliotheken war durch die studienrechtliche Veröffentlichungspflicht sichergestellt, dass der verfolgte Zweck auch tatsächlich erreicht werden konnte. Die Möglichkeit um zeitlich befristete Sperren anzusuchen, milderte potentielle Nachteile für die AutorInnen deutlich ab.

## 5. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Entscheidung über die Veröffentlichung einer Dissertation nach UrhG zwar grundsätzlich den AutorInnen als UrheberInnen vorbehalten ist, vom Gesetzgeber aber im Jahr 1997 im Studienrecht eine gesetzliche Veröffentlichungspflicht normiert wurde, die eine Sperrmöglichkeit im Einzelfall vorsah. Der Zweck dieser Pflicht – die eine Ablieferungspflicht an bestimmte, exakt ausgewiesene Bibliotheken inkludiert – wurde zweifach benannt: Erstens sollte die Förderung der Forschung durch Zugang der Fachöffentlichkeit zu den Forschungsergebnissen erreicht werden; zweitens sollte mit der Veröffentlichung eine wirksame Maßnahme gegen Plagiate gesetzt werden.

Ergänzend wurden im Urheberrecht mit der UrhG-Nov 1996 freie Werknutzungen geschaffen, die den Bibliotheken die Nutzung der Dissertationen für Forschungszwecke eröffnete.

Die Frage, ob eine Veröffentlichungspflicht im Sinne der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung geeignet bzw. überhaupt erforderlich ist, um die angestrebten Zwecke zu verwirklichen, erfordert im nächsten Schritt die Analyse der urheberrechtlichen Ausnahmen.

## III. Urheberrecht und Forschung: Freie Werknutzungen für „nicht erschienene Werke“

Das Urheberrecht schützt wissenschaftliche Werke wie insb Dissertationen.<sup>49</sup> Es eröffnet aber gleichzeitig freie Werknutzungen gerade zugunsten der Forschung, um die wissenschaftliche, nicht-kommerzielle Nutzung dieser Werke zu ermöglichen. Dazu zählt neben dem Zitat<sup>50</sup> vor allem die Möglichkeit, Vervielfältigungsstücke eines Werkes anzufertigen. Nach § 42 Abs 2 UrhG darf *de lege lata* jedermann von einem Werk einzelne Vervielfältigungsstücke auf analogen und digitalen Trägern „zum eigenen Gebrauch zu Zwecken der Forschung“ herstellen, „soweit dies zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist“. Den Bibliotheken kommt dabei als Plattformen für die Vermittlung einschlägiger Werke besondere Bedeutung zu.

Das UrhG unterscheidet von Beginn an das „veröffentlichte“ Werk (§ 8 UrhG), welches „mit Einwilligung des Berechtigten der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden ist“, vom „erschiedenen“ Werk (§ 9 UrhG), das „mit Einwilligung der Berechtigten der Öffentlichkeit dadurch zugänglich gemacht worden ist, daß Werkstücke in genügender Anzahl feilgehalten oder in Verkehr gebracht worden sind“. An diese Unterscheidung knüpfen unterschiedliche Rechtsfolgen an. So war bereits in der Stamm-

---

49 Aus der Rsp vgl OGH 4 Ob 274/02a (Felsritzbild) = MR 2003, 162 (Walter) = eolex 2004, 42 (Schumacher); aus der urheberrechtlichen Literatur dazu insb Walter, Urheberrecht I Rz 173 mwN.

50 Bereits in der Stammfassung war in § 46 Z 2 UrhG an Werken der Literatur das sog wissenschaftliche Großzitat erlaubt; seit der Urh-Nov 2015 ist das Zitat für alle Werkkategorien einheitlich in § 42 f UrhG idF BGBl I 2015/99 geregelt.

fassung in § 42 UrhG die freie Werknutzung der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch vorgesehen (Abs 1 leg cit). Sie durfte sogar entgeltlich auf Bestellung zum Gebrauch eines anderen durchgeführt werden, soweit es sich um ein „*nicht erschienenes Werk*“ der Literatur oder Tonkunst handelte (Abs 3 leg cit).<sup>51</sup> Abs 2 stellte jedoch schon damals sicher, dass eine Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch dann nicht vorliegt, wenn das Werk mit Hilfe des Vervielfältigungsstückes der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird.

### **A. Die „Dissertationsausnahme“: Vervielfältigung auf Bestellung zum Gebrauch eines Dritten (1936)**

Bereits in der Stammfassung sah § 42 Abs 3 UrhG die Möglichkeit der Vervielfältigung auf Bestellung zum Gebrauch eines anderen vor. Soweit Werke der Literatur oder Tonkunst vervielfältigt wurden, war Entgeltlichkeit lediglich für die Vervielfältigung durch Abschreiben bzw mit der Schreibmaschine erlaubt; alle anderen Verfahren wurden hingegen auf die Vervielfältigung kleiner Teile eines Werkes beschränkt. Bemerkenswert ist, dass der Gesetzgeber aber schon damals die Vervielfältigung nicht erschienener oder vergriffener Werke gestattete, und zwar auch gegen Entgelt (§ 42 Abs 3 letzter Halbsatz UrhG 1936). Die Materialien erläutern, dass die Norm auf die Lösung der „*Photokopierfrage*“ abzielte und ein Interessenausgleich mit dem Verlagsbuchhandel bezweckt war.<sup>52</sup> Daher sollte die entgeltliche Vervielfältigung mittels technischer Verfahren auf kleine Teile bzw nicht erschienene oder vergriffene Werke eingeschränkt werden. Noch bemerkenswerter ist, dass *Peter*<sup>53</sup> in seinem Kommentar aus dem Jahr 1954 schon damals Dissertationen ausdrücklich als nicht erschienene Werke beispielhaft anführt.

Man kann damit festhalten, dass nach Urheberrecht das Vervielfältigen nicht erschienener Dissertationen von Anfang an zum eigenen Gebrauch zulässig war und Kopien schon in den 1950er Jahren auch auf Bestellung für einen Dritten mittels neuer technischer Verfahren gegen Entgelt angefertigt werden durften. Diese Ausnahme kann und soll daher als „*Dissertationsausnahme*“ bezeichnet werden. Dissertationen waren damit bereits vor der Neuregulierung im UniStG zugänglich, allerdings lediglich eingeschränkt, nämlich über konkrete Anfragen im Zuge einer Vervielfältigung auf Bestellung. Eine breitere Zugänglichmachung in Form des Ausstellens oder Verleihens der Dissertation seitens der Bibliothek war damit jedoch (noch) nicht verbunden.

### **B. Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch von Sammlungen (1996)**

Mit der UrhG-Nov 1996 sollte, wie bereits oben erwähnt, die „*zeitgemäße Neuordnung des Urheberrechts*“ insb durch die Erweiterung der Regelung der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch fortgesetzt werden.<sup>54</sup> Neben der allgemeinen freien Werknutzung zum eigenen Gebrauch nach § 42 Abs 1, die weiterhin jedem die Möglichkeit eröffnete, von einem Werk einzelne Vervielfältigungsstücke herzustellen, wurden in § 42 Abs 3 Spezialbestimmungen für den Schulgebrauch und in § 42 Abs 4 die Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch von öffentlich zugänglichen Einrichtungen, die Werkstücke sammeln („*Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch von Sammlungen*“), geschaffen.

---

51 Die Bestimmung umfasste auch vergriffene Werke, auf die hier aber nicht weiter eingegangen werden soll.

52 ErläutRV UrhG 1936: *Peter*, Urheberrecht (1954) 473 (560).

53 Urheberrecht (1954) § 42 Rz 11 lit c.

54 ErläutRV 3 BlgNR 20. GP 10, 20.

Die bestehende freie Werknutzung für Bibliotheken wurde erweitert, sodass Vervielfältigungsstücke seither auch hergestellt werden dürfen, um sie unter bestimmten Voraussetzungen der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Neben der Möglichkeit, von erschienenen Werken jeweils eine Sicherungskopie herzustellen und diese anstelle der Vorlage zu nutzen (Z 1), sah Z 2 leg cit drei weitere Nutzungshandlungen vor, die dezidiert auf „veröffentlichte, aber nicht erschienene Werke“, also die hier interessierenden Dissertationen, abstellten. Die Bibliothek wurde berechtigt, einzelne (also mehrere) Vervielfältigungsstücke herzustellen und diese „solange das Werk nicht erschienen beziehungsweise vergriffen ist“, nach § 16 Abs 2 auszustellen, nach § 16a zu verleihen und nach § 56b<sup>55</sup> zu benützen. Die Materialien stellen bzgl der Kategorie der „veröffentlichten, aber nicht erschienenen Werke“ ausdrücklich klar, dass darunter gerade auch Dissertationen zu verstehen seien.<sup>56</sup> Allerdings wird diese freie Werknutzung insgesamt nur gewährt, „solange das Werk nicht erschienen ist.“

Die neue Bibliotheksausnahme ermöglichte Sammlungen, Dissertationen intensiver als bisher zu nutzen und anderen zugänglich zu machen: Es durften nun mehrere Kopien angefertigt werden und diese – solange die Dissertation nicht im Handel erschienen war – durch Ausstellen der Öffentlichkeit zugänglich gemacht<sup>57</sup>, verliehen<sup>58</sup> und auf Speichermedien in den Räumen der Bibliothek genutzt werden.<sup>59</sup> Da keine Beschränkung vorgesehen wurde, woher die öffentliche Sammlung die Vorlage für die Vervielfältigung nimmt, können Bibliotheken auch Dissertationen von anderen Bibliotheken ausleihen und vervielfältigen sowie in der Folge selbst ausstellen, verleihen und auf Lesearbeitsplätzen zur Verfügung stellen.<sup>60</sup> Zusätzlich erlaubte die freie Werknutzung zum „eigenen Gebrauch“ nach § 42 Abs 1 jedermann, „von einem Werk einzelne Vervielfältigungsstücke zum eigenen Gebrauch“ herzustellen. Die Erlaubnis zur Anfertigung von Kopien zum Gebrauch eines anderen wurde von § 42 Abs 3 in § 42a<sup>61</sup> verschoben und erlaubte fortan entgeltliche Vervielfältigungen auch dann, wenn die Vervielfältigung mit Hilfe reprographischer oder ähnlicher Verfahren vorgenommen wird. Die Einschränkung auf nicht erschienene Werke<sup>62</sup> scheint nicht mehr auf. Die ErläutRV führen dazu aus, diese sei „in leicht geänderter Form zur allgemeinen Be-

55 § 56b UrhG wird oft als „Leseplatzausnahme“ iSv Art 5 Abs 3 lit n InfoSoc-RL 2001/29/EG bezeichnet, wonach die Mitgliedstaaten Ausnahmen bzgl des Vervielfältigungsrechts und des Rechts der öffentlichen Wiedergabe vorsehen können „[...] für die Nutzung von Werken und sonstigen Schutzgegenständen, für die keine Regelungen über Verkauf und Lizenzen gelten und die sich in den Sammlungen der Einrichtungen gemäß Absatz 2 Buchstabe c) befinden, durch ihre Wiedergabe oder Zugänglichmachung für einzelne Mitglieder der Öffentlichkeit zu Zwecken der Forschung und privater Studien auf eigens hierfür eingerichteten Terminals in den Räumlichkeiten der genannten Einrichtungen“; dass § 56b UrhG den unionsrechtlichen Vorgaben tatsächlich entspricht, darf – wegen der fehlenden Einschränkung auf Forschungszwecke – mit Recht bezweifelt werden (so auch *Walter*, Urheberrecht I Rz 1106; vgl zur Terminalausnahme EuGH 11. 9. 2014, C-117/13, *Eugen Ulmer* = MR-Int 2014, 78 (*Walter*) = ZTR 2015, 44 (*Treitl*)).

56 ErläutRV 3 BlgNR 20. GP 21.

57 § 16 Abs 2 führt idZ an: „durch öffentliches Anschlagen, Auflegen, Aushängen, Ausstellen oder durch eine ähnliche Verwendung von Werkstücken“.

58 § 16a Abs 3 führt wörtlich die „zeitlich begrenzte, nicht Erwerbszwecken dienende Gebrauchsüberlassung durch eine der Öffentlichkeit zugängliche Einrichtung (Bibliothek, Bild- oder Schallträgersammlung, Artothek und dergleichen)“ an.

59 § 56b Abs 1 erlaubt „Bild- oder Schallträger zu öffentlichen Vorträgen, Aufführungen und Vorführungen der darauf festgehaltenen Werke für jeweils nicht mehr als zwei Besucher der Einrichtung [zu] benützen, sofern dies nicht zu Erwerbszwecken geschieht“.

60 So ausdr ErläutRV 3 BlgNR 20. GP 21.

61 § 42a UrhG (1996) lautete: „§ 42a. Auf Bestellung dürfen unentgeltlich einzelne Vervielfältigungsstücke auch zum eigenen Gebrauch eines anderen hergestellt werden. Eine solche Vervielfältigung ist jedoch auch entgeltlich zulässig, 1. wenn die Vervielfältigung mit Hilfe reprographischer oder ähnlicher Verfahren vorgenommen wird; 2. wenn ein Werk der Literatur oder Tonkunst durch Abschreiben vervielfältigt wird.“

62 Erfasst weiterhin auch vergriffene Werke; das nur der Vollständigkeit halber.

*schränkung der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch im § 42 Abs. 5 Z 1 geworden*".<sup>63</sup> Tatsächlich fordert § 42 Abs 5 Z 1 nun generell für alle Formen der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch bei technikerunterstützter Vervielfältigung<sup>64</sup> ganzer Bücher oder Zeitschriften die Einwilligung des Berechtigten, nimmt aber nicht erschienene Werke davon wieder aus. Damit stand im Rahmen aller freien Werknutzungen nach § 42 – der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch (Abs 1), zum eigenen Schulgebrauch (Abs 3) und zum eigenen Gebrauch von Sammlungen (Abs 4) – die Vervielfältigung auch ganzer Dissertationen offen, sobald diese veröffentlicht waren.

Die Bibliotheksausnahme nach § 42 Abs 4 UrhG wurde im Zuge der UrhG-Nov 2003 in § 42 Abs 7 UrhG verschoben, blieb aber inhaltlich bis zur UrhG-Nov 2015<sup>65</sup> unverändert. Seit 1. 10. 2015 ist die Bestimmung um die Möglichkeit der Anfertigung von Vervielfältigungsstücken für ein eigenes Archiv der Sammlung erweitert. Z 2 leg cit, der die oben beschriebene Nutzung unveröffentlichter Werke wie Dissertationen normiert, wurde davon jedoch nicht berührt. Die Erlaubnis zur Anfertigung von Kopien auf Bestellung für Dritte blieb inhaltlich weitgehend bestehen.<sup>66</sup>

Festzuhalten ist, dass die UrhG-Nov 1996 weitgehende Nutzungsmöglichkeiten für Bibliotheken eröffnete, die die Veröffentlichung (nicht aber das Erscheinen) des Werkes voraussetzen. Das Modell der studienrechtlichen „Veröffentlichungspflicht“ basierte in der Folge auf dieser vorangehenden Änderung des Urheberrechts: § 42 UrhG idF BGBl 1996/151 erlaubte die Nutzung „*veröffentlicher, aber nicht erschienener*“ Werke im engen Rahmen der näher ausformulierten freien Werknutzung; erst § 65 UniStG normierte aber, dass AbsolventInnen durch Übergabe eines Werkstückes an die Bibliothek dieses Werk auch tatsächlich – im urheberrechtlichen Sinne – veröffentlichen.

### C. Vervielfältigung zum eigenen Forschungsgebrauch (2003)

Die Info-Soc-RL 2001/29/EG<sup>67</sup> zielt auf den Schutz des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte im Rahmen des Binnenmarkts, insb in Bezug auf die Informationsgesellschaft, ab.<sup>68</sup> Sie harmonisiert unter Abstellen auf die erweiterten Nutzungsmöglichkeiten der Digitaltechnologie das Vervielfältigungsrecht (Art 2), das Recht der öffentlichen Wiedergabe von Werken inkl dem Recht der öffentlichen online-Zugänglichmachung (Art 3) sowie das Verbreitungsrecht (Art 4) unionsweit und eröffnet einen taxativen Katalog von Ausnahmen und Beschränkungen (Art 5).

Im Zuge ihrer Umsetzung<sup>69</sup> in Österreich wurde iZm den freien Werknutzungen die Unterscheidung zwischen analogen und digitalen Speichermedien nötig sowie die Differenzierung zwischen „*eigenem*“ und „*privatem*“ Gebrauch. Die Materialien weisen aus, dass bezweckt war, die bestehenden freien Werknutzungen soweit wie möglich aufrecht zu erhalten.<sup>70</sup>

---

63 ErläutRV 3 BlgNR 20. GP 21, 22.

64 Verstanden als „*mit Hilfe reprographischer oder ähnlicher Verfahren*“ hergestellt.

65 BGBl I 2015/99.

66 Sie wurde lediglich im Zuge der UrhG-Nov 2003 zugunsten erleichterter Medienbeobachtung um Z 3 (Vervielfältigung nach § 42 Abs 3, Berichterstattung über Tagesereignisse) ergänzt.

67 RL 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl L 2001/167, 10.

68 Anwendungsbereich nach Art 1 RL 2001/29/EG.

69 BGBl I 2002/32, Urheberrechtsgesetz-Novelle 2003 – UrhG-Nov 2003 auf Basis von RV 40 BlgNR 22.GP.

70 ErläutRV 40 BlgNR 22.GP 32.

Da Art 5 Abs 3 lit a RL 2001/29/EG<sup>71</sup> zugunsten nicht-kommerzieller Forschung weitgehende Ausnahmen oder Beschränkungen in Bezug auf Vervielfältigung und öffentliche Wiedergabe erlaubt, konnte der österr Gesetzgeber für die Forschung die freie Werknutzung des „eigenen“, analoge wie digitale Speichermedien umfassenden Gebrauchs beibehalten. Dies führte zur Normierung einer eigenständigen Ausnahme „zum eigenen Gebrauch zu Zwecken der Forschung“. Art 42 Abs 2 UrhG erlaubt seither ausdrücklich „[j]edermann [...] von einem Werk einzelne Vervielfältigungstücke auf anderen als den in Abs. 1 genannten Trägern [nämlich Papier oder ähnliche „analoge“ Träger;] zum eigenen Gebrauch zu Zwecken der Forschung her[z]ustellen, soweit dies zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist.“

Daneben blieb die oben beschriebene, 1997 eingeführte „Bibliotheksausnahme“ bestehen. Sie wurde zwar in Abs 7 verschoben und um die sog „Archivausnahme“ erweitert, blieb bzgl der hier interessierenden Nutzung unveröffentlichter Werke aber unverändert aufrecht.

#### **D. Urh-Nov 2015: Archiv, Zitat, Zweitverwertungsrecht und Kopienversand auf Bestellung**

Die umfassende Urh-Nov 2015 diente der Modernisierung dringend überarbeitungsbedürftiger urheberrechtlicher Bestimmungen.<sup>72</sup> Sie brachte im hier interessierenden Zusammenhang der Forschungsprivilegierung insb die Ausweitung des eigenen Gebrauchs von Sammlungen auf die sog „Archivausnahme“ (§ 42 Abs 7 Satz 1)<sup>73</sup> sowie die Neuregelung des Zitats (§ 42f). Sie führte aber auch zur Ausweitung der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch eines anderen (§ 42a Abs 2) und zur Einführung eines Zweitverwertungsrechts für UrheberInnen wissenschaftlicher Beiträge (§ 37a<sup>74</sup>).

Die Urh-Nov 2015 weitet die in § 42a normierte Möglichkeit der Anfertigung und Übermittlung auch digitaler Kopien auf die Bestellung zum Forschungsgebrauch eines anderen (und damit ein zeitlich unbefristetes Überlassen der Kopie) erheblich aus. Danach dürfen „[d]er Öffentlichkeit zugängliche Einrichtungen, die Werkstücke sammeln, [...] auf Bestellung unentgeltlich oder gegen ein die Kosten nicht übersteigendes Entgelt Vervielfältigungsstücke auf beliebigen Trägern zum eigenen Schulgebrauch oder zum eigenen oder privaten Gebrauch für Zwecke der Forschung herstellen.“ Die

71 Art 5 Abs 3 lit a RL 2001/29/EG lautet: „Die Mitgliedstaaten können in den folgenden Fällen Ausnahmen oder Beschränkungen in Bezug auf die in den Artikeln 2 und 3 vorgesehenen Rechte vorsehen: a) für die Nutzung ausschließlich zur Veranschaulichung im Unterricht oder für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung, sofern – außer in Fällen, in denen sich dies als unmöglich erweist – die Quelle, einschließlich des Namens des Urhebers, wann immer dies möglich ist, angegeben wird und soweit dies zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist“.

72 ErlRV 687 BgNR 25.GP, Vorblatt und WFA.

73 § 42 Abs 7 1. Satz lautet nunmehr: „Der Öffentlichkeit zugängliche Einrichtungen, die Werkstücke sammeln, dürfen Vervielfältigungsstücke zur Aufnahme in ein eigenes Archiv herstellen (Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch von Sammlungen), wenn und soweit die Vervielfältigung zu diesem Zweck geboten ist. Dies ist auf anderen als den im Abs. 1 genannten Trägern [Papier oÄ; Anm der Verf] aber nur dann zulässig, wenn sie damit keinen unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Zweck verfolgen.“

74 § 37a UrhG lautet: „Der Urheber eines wissenschaftlichen Beitrags, der von diesem als Angehörigem des wissenschaftlichen Personals einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln finanzierten Forschungseinrichtung geschaffen wurde und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen ist, hat auch dann, wenn er dem Verleger oder Herausgeber ein Werknutzungsrecht eingeräumt hat, das Recht, den Beitrag nach Ablauf von zwölf Monaten seit der Erstveröffentlichung in der akzeptierten Manuskriptversion öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies keinem gewerblichen Zweck dient. Die Quelle der Erstveröffentlichung ist anzugeben. Eine zum Nachteil des Urhebers abweichende Vereinbarung ist unwirksam.“

Berechtigung zur Anfertigung der Kopien inkludiert die Erlaubnis, diese dem Besteller zu übermitteln.<sup>75</sup>

Unklar ist, inwiefern die Bestimmung auch nicht erschienene Dissertationen umfasst. Die Materialien stellen eher allgemein gehalten klar, dass der Kopienversand auf Bestellung nunmehr ausdrücklich gestattet sein soll.<sup>76</sup> Die Bestimmung erlaube schon bislang die unentgeltliche (und für bestimmte Fälle auch entgeltliche) Herstellung einzelner Vervielfältigungsstücke zum eigenen Gebrauch eines anderen auf Bestellung, wobei der Verweis auf den „eigenen Gebrauch“ iZm dem eigenen Forschungsgebrauch nach § 42 Abs 2 auch Vervielfältigungen auf digitalen Trägern gestatte. Weder der Wortlaut der Bestimmung, noch die Erläuterungen geben aber einen Hinweis darauf, ob davon auch die unter § 42 Abs 7 Z 2 genannten „veröffentlichten, aber nicht erschienenen Werke“, wie insb die hier interessierenden Dissertationen, umfasst sind. Die Materialien klären zwar durch Verweis auf § 42 Abs 2, dass auch ganze Werke in digitaler Form erfasst sein sollen und verdeutlichen durch Hinweis auf § 42 Abs 7, wer die Begünstigten (nämlich die dort genannten Sammlungen) sind. Ob aber auch nicht erschienene Dissertationen auf Bestellung in digitaler Form übermittelt werden dürfen, wird daraus nicht abschließend deutlich. Denn § 42 Abs 7 Z 2 UrhG schränkt die Nutzbarkeit ja ausdrücklich auf das Ausstellen, das zeitlich befristete Verleihen und die Nutzung am Lesearbeitsplatz in den Räumlichkeiten der Bibliothek ein und auch die im Zuge der Urh-Nov 2015 eingeführte Möglichkeit, mehrere Sicherungskopien für das eigene Archiv anzufertigen, erlaubt jedenfalls nur interne Nutzungen.<sup>77</sup> Ist damit die Nutzung nicht erschienener Dissertationen durch Sammlungen in § 42 Abs 7 UrhG abschließend geregelt?

Der Grundsatz des hohen Schutzniveaus für UrheberInnen<sup>78</sup> und entsprechend enger Auslegung von Ausnahmen legt eine Interpretation nahe, nicht erschienene Dissertationen von § 42a UrhG auszunehmen.<sup>79</sup> Auch die systematische Auslegung führt zum selben Ergebnis, da die Nutzbarkeit nicht erschienener Werke nach § 42 Abs 7 Z 2 UrhG als *lex specialis* ausdrücklich auf die drei genannten Nutzungshandlungen zum eigenen Gebrauch einer Sammlung eingeschränkt ist. Denn die Vervielfältigung für den eigenen Gebrauch einer Sammlung umfasst eben gerade nicht auch die Vervielfältigung zum Gebrauch eines Dritten, die eine dauerhafte Überlassung bezweckt. Dem entspricht, dass die in § 42 Abs 7 Z 2 zugestandenen Nutzungen nur so lange eingeräumt sind, bis die Dissertation zB im Verlagshandel erscheint. Solange eine Dissertation nicht erschienen ist, kann sie zwar von einer Bibliothek an eine andere verliehen und von der entlehrenden Bibliothek vervielfältigt sowie zum eigenen Sammlungsgebrauch genutzt werden, eine Übermittlung nach § 42a UrhG, die auf eine dauerhafte Überlassung abzielt, scheint aber verwehrt.<sup>80</sup>

---

75 ErläutRV 687 BlgNR 25. GP 6.

76 So ausdr ErläutRV 687 BlgNR 25. GP 6.

77 Die Änderung von § 42 Abs 7 durch die Urh-Nov 2015 ist in diesem Zusammenhang irrelevant; durch sie sollte, so die Materialien zu § 42 Abs 7 und 8, lediglich die Möglichkeit gesichert werden, mehrere Sicherungskopien für den eigenen Gebrauch einer Sammlung anzufertigen, „die lediglich internen Zwecken und nicht der Weitergabe an die Besucher der Einrichtung dienen sollen“ (vgl ErläutRV 687 BlgNR 25. GP 5 f).

78 Das hohe urheberrechtliche Schutzniveau wurde unionsrechtlich in einschlägigen Richtlinien (wie zB in ErwGr 9 RL 2001/29/EG) formuliert und in der Folge in stRsp entwickelt und gefestigt (vgl zuletzt EuGH 14. 6. 2017, C-610/15, *Stichting Brein* Rz 22 mwN).

79 Dazu ausf *Staudegger* in *Staudegger/Thiele* (Hrsg), Geistiges Eigentum: Jahrbuch 2017 (2017) 15 (72 f).

80 Vgl zum Erfordernis der faktischen Befristung des Verleihs auch bei digitalen Werken EuGH 16. 11. 2016, C-301/15, *Soulier und Doke*) = JusIT 2017/3, 11 (*Maier*) = MR 2017, 39 (*Walter*).

Gerade der Umstand, dass nicht erschienene Dissertationen (noch) nicht „am Markt“ sind, bestätigt dieses Ergebnis enger Auslegung: Eben weil nicht erschienene Dissertationen nicht am Markt erhältlich sind, sollte eine über die eingeschränkte Nutzung in Bibliotheken hinausgehende Verbreitung des Werkes, die noch dazu ohne Rücksicht auf ein allfälliges späteres Erscheinen eine unbefristete Überlassung der Kopie bewirkt,<sup>81</sup> unterbunden werden. Dem entspricht die ausdrückliche Beschränkung der freien Werknutzung nach § 42 Abs 7 UrhG auf den Zeitraum „solange das Werk nicht erschienen ist“. Davon unberührt steht es freilich den ForscherInnen und Forschungseinrichtungen frei, Vervielfältigungen der (zB entlehnten) Dissertation nach § 42 Abs 2 UrhG für eigene Forschungszwecke selbst vorzunehmen.

### E. Zwischenergebnis

Der Gesetzgeber stellt wissenschaftliche Werke wie insb Dissertationen unter urheberrechtlichen Schutz. Er normiert aber korrespondierend im Urheberrecht freie Werknutzungen, die gerade die Forschung fördern sollen. Dazu zählt insb die „*Vervielfältigung zum Gebrauch von Sammlungen*“, die es bestimmten Institutionen ausdrücklich erlaubt, Dissertationen der Forschung zugänglich zu machen (§ 42 Abs 7 UrhG). Danach dürfen öffentliche Bibliotheken – ohne unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Zweck – abgelieferte Werkstücke von Dissertationen vervielfältigen, ausstellen, auf Lesearbeitsplätzen zur Verfügung stellen sowie Kopien davon anfertigen und zu Forschungszwecken verleihen, solange die Dissertation nicht im Verlags-handel erscheint. Unklar ist, ob Sammlungen Kopien von Dissertationen auch unbefristet überlassen dürfen. Jedenfalls aber können analoge und digitale Vervielfältigungen seitens der ForscherInnen zu Zwecken des eigenen Forschungsgebrauchs (§ 42 Abs 2 UrhG) angefertigt werden. Insgesamt besteht damit kein Zweifel, dass die urheberrechtlichen Ausnahmen Mittel zur Verfügung stellen, die die bezweckte Forschungsförderung umfassend bewirken – auch wenn diese nicht ganz so komfortabel sind, wie es eine weltweite Open Access Zurverfügungstellung wäre.

## IV. Grundrechtliche Überlegungen

AutorInnen wissenschaftlicher Werke sind in Österreich sowohl durch die Wissenschaftsfreiheit als auch durch die Freiheit der Kunst auf Grundrechtsebene geschützt (Art 17, 17a StGG bzw Art 13 GRC). Hinzu kommt der vermögensrechtlich ausgerichtete Schutz des Eigentums in Art 5 StGG bzw – ausdrücklich auch „geistiges Eigentum“ erfassend – Art 17 Abs 2 GRC.<sup>82</sup>

Das Ziel dieses Beitrags ist es nun nicht, eine umfassende, detaillierte Grundrechtsprüfung der einzelnen Rechte, gar unter Berücksichtigung der zu den verschiedenen europäischen und nationalen Regelungskreisen entwickelten, unterschiedlichen Methodiken<sup>83</sup> vorzunehmen. Unstrittig ist ja, dass ein gesetzlicher Eingriff in ein Grundrecht jedenfalls voraussetzt, dass dieser Eingriff zu

81 Zur Terminisierung des Verleihs elektronischer Werke vgl EuGH 10. 11. 2016, C-174/15, *Vereniging Openbare Bibliotheken* = MR-Int 2016, 99 = (AppI) = ÖBl-LS 2017, 86 (*Handig*); ausf *Schmitt*, Digitale Inhalte in der Vermiet- und VerleihRL, *ecolex* 2017, 435; *Walter*, Das EuGH-Urteil „Stichting Leenrecht“: Das Vermiet- und Verleihrecht und die Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei E-Books, MR 2016, 333.

82 Wie bereits eingangs festgehalten, bleibt die EMRK hier außer Betracht. Zu Prinzipien und Schranken der EMRK instruktiv *Badenhop*, Normtheoretische Grundlagen der Europäischen Menschenrechtskonvention; *Kieler* Rechtswissenschaftliche Abhandlungen (NF) XXXIII (2010) 424 ff.

83 Zu den vom VfGH entwickelten Spruchformeln vgl *Berka*, Verfassungsrecht<sup>6</sup> Rz 1058 und Rz 1254 ff; mit Fokus auf die Wissenschaftsfreiheit nach Art 13 GRC instruktiv *Carmen Thiele* in *Mohr*, Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV I: EUV und GRC (2017) 1187 ff.

einem legitimen Zweck erfolgt und das zur Zweckerreichung geeignete, am wenigsten eingriffsin-  
tensive Mittel gewählt werden muss.<sup>84</sup> Es geht daher hier im Folgenden darum, Zweck und Mittel  
eine OA-Pflicht mit Blick auf das bestehende System studien- und urheberrechtlicher Bestim-  
mungen zu analysieren. Zur Einleitung werden tragende Aspekte der betroffenen Grundrechte  
zusammenfassend kurz skizziert.

## A. Eigentumsgarantie, Kunstfreiheit und Wissenschaftsfreiheit im Überblick

Das Urheberrecht genießt die grundrechtliche Eigentumsgarantie und zählt damit zu den  
Grundrechten des Wirtschaftslebens.<sup>85</sup> Eigentum kann aber unter bestimmten Voraussetzun-  
gen weitgehend, bis hin zur (materiellen) Enteignung, eingeschränkt werden.<sup>86</sup> Weniger offen  
für Eingriffe ist dagegen die Kunstfreiheit, die als vorbehaltloses Grundrecht garantiert wird<sup>87</sup>  
und als Ausdruck des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gilt.<sup>88</sup> Diese zweite, wesentliche Aus-  
richtung findet im monistischen Verständnis des Urheberrechts seine Entsprechung, das alle  
Einzelbefugnisse – insb die Verwertungsrechte, die Urheberpersönlichkeitsrechte und die Ver-  
gütungsansprüche – als untrennbare Einheit versteht.<sup>89</sup> Auch wenn die Sozialbindung des Urhe-  
berrechts wie beim Eigentum breit anerkannt ist,<sup>90</sup> führt sie doch nicht zur Annahme, dass die  
Allgemeinheit Anspruch auf weitgehenden, vergütungsfreien Zugang zu geschützten Werken hat.  
Ihr wird vielmehr durch die begrenzte Schutzdauer und die freien Werknutzungen Rechnung  
getragen.<sup>91</sup> Der Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit schließlich umfasst die wissenschaftliche  
Lehre und wissenschaftliche Forschung ebenso wie die freie Selbstbestimmung über den  
Inhalt der wissenschaftlichen Lehre und die Gegenstände und Methoden.<sup>92</sup> Der OGH hat den  
Schutzgegenstand der Freiheit der Wissenschaft unlängst zusammengefasst als „*die auf wissen-  
schaftlicher Eigengesetzlichkeit beruhenden Prozesse, Verhaltensweisen und Entscheidungen bei der  
Suche nach Erkenntnissen, ihre Deutung und Weitergabe*“.<sup>93</sup> Die Wissenschaftsfreiheit wird wie die  
Kunstfreiheit vorbehaltlos garantiert, was für die Begründung zulässiger Schranken besondere  
dogmatische Probleme aufwirft und insb entgegenstehende Grundrechte oder „nicht-  
allgemeine“ Gesetze erfordert.<sup>94</sup>

Zentral für die Frage ob, wie und wieweit in Grundrechte eingegriffen werden darf, sind stets der  
verfolgte Zweck und das gewählte Mittel. Ihnen gilt in der Folge die Aufmerksamkeit.

---

84 Die Frage, wie Grundrechtseingriffe respektive die dahinterliegenden konfligierenden Interessen rational abge-  
wogen werden können, erarbeitete Alexy aus der Rsp insb des BVerfG das sog „Abwägungsgesetz“ (vgl Alexy,  
Theorie der Grundrechte [1994] 143 ff; zusf in Stellungnahme zu *Habermas*; Kritik Alexy, Constitutional Rights,  
Balancing, and Rationality, Ratio Juris 2003, 131). Darauf aufbauend das fünf Schritte umfassende Methoden-  
werkzeug von Klatt/Meister, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Ein Strukturelement des globalen Konstitutiona-  
lismus, JuS 2014, 193.

85 Berka, Verfassungsrecht<sup>6</sup> Rz 1540.

86 Details bei Berka, Verfassungsrecht<sup>6</sup> Rz 1546 ff; zur urheberrechtlichen Dimension vgl Walter, Urheberrecht I Rz 69 ff  
und Kucsko-Stadlmayer in Kucsko/Handig, urheber.recht<sup>2</sup> Vor §§ 41 ff UrhG Rz 1 ff (Rz 5) mwN (Stand 1. 4. 2017,  
rdb.at).

87 Berka, Verfassungsrecht<sup>6</sup> Rz 1493.

88 RIS-Justiz RS0009009.

89 Vgl Walter, Urheberrecht I Rz 514 mwN.

90 Vgl Walter, Urheberrecht I Rz 27 ff mwN.

91 So zutreffend Walter, Urheberrecht I Rz 30.

92 Statt aller Mayer/Muzak, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht: B-VG; F-VG; Grundrechte; Verfassungsge-  
richtsbarkeit; Verwaltungsgerichtsbarkeit; Kurzkomentar (2015) 667 ff mwN.

93 OGH 6 Ob 182/15f („Die Malkunst“ von Jan Vermeer) = ZIIR 2016,105 (Thiele); Herv d d Verf.

94 Berka, Verfassungsrecht<sup>6</sup> Rz 1316 ff (1319, 1320).

## B. Zweck und Mittel der Veröffentlichungspflicht nach § 86 UG

Eingangs ist zunächst festzuhalten, dass die in den Materialien formulierten Zwecke der studienrechtlichen Bestimmungen, den Zugang zu Forschungsergebnissen zu fördern und Plagiate<sup>95</sup> zu unterbinden, jedenfalls im legitimen, öffentlichen Interesse liegen. Auch scheint das Mittel, die oben im Detail dargelegte einfachgesetzlich normierte Ablieferungs- und Veröffentlichungspflicht, zur Zweckerreichung grundsätzlich legitim. Zur Beantwortung der Frage, ob die Veröffentlichungspflicht das geeignete Mittel zur Erreichung dieses Zwecks ist, müssen auch die urheberrechtlichen Rahmenbedingungen, nämlich die Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch für Forschungszwecke und zum eigenen Gebrauch einbezogen werden. AbsolventInnen gesetzlich zu verpflichten, ihre Forschungsergebnisse in Form der Ablieferung der approbierten Dissertation bei ausgewählten Bibliotheken zu veröffentlichen, ist mE vor allem deshalb ein geeignetes Mittel, weil durch die genannten urheberrechtlichen freien Werknutzungen eine Weiterverbreitung der Werke an die interessierte Fachöffentlichkeit möglich und gewährleistet ist.

Es bleibt jedoch zu prüfen, ob die Veröffentlichungspflicht auch erforderlich ist, ob nämlich kein anderes, gleich geeignetes Mittel möglich wäre, das weniger intensiv in das Urheberrecht der VerfasserInnen wissenschaftlicher bzw künstlerischer Abschlussarbeiten eingreift. Dabei ist zu berücksichtigen, dass den UrheberInnen uneingeschränkt die Möglichkeit bleibt, die Nutzung des abgelieferten Werkes mit plausiblen Gründen (Glaubhaftmachung genügt) zu unterbinden und die Dissertation zumindest für einen bestimmten, fünf Jahre nicht übersteigenden Zeitraum sperren zu lassen. Damit ist insb die Möglichkeit der Verwertung des Werkes durch Publikation in einem Fachverlag gewahrt. Eine solche Publikation macht postwendend die weitere Nutzung iSd Sammlungsgebrauchs unzulässig. Unter Berücksichtigung dieser Sperrmöglichkeit scheint ein in gleichem Maße wirksames, weniger eingriffsintensives Mittel zur Erfüllung des intendierten Zwecks der Forschungsförderung schwer vorstellbar. Zwar bliebe noch die Möglichkeit, die Veröffentlichung jeweils im Einzelfall im Wege einer Betreuungsvereinbarung sicherzustellen, diese könnte sich aber als weitaus weniger effizient herausstellen. Hier könnten allenfalls vertiefende Studien entsprechender Veröffentlichungsmodelle in anderen Staaten die für eine abschließende Beurteilung nötige Klarheit schaffen.

Wägt man nun noch die Eingriffsintensität gegen den verfolgten Zweck ab, so scheint die Pflicht zur Ablieferung einzelner Werkstücke an Bibliotheken, welche die Werke in begrenztem Ausmaß für Forschungszwecke nutzbar machen dürfen sowie die Erlaubnis der Vervielfältigung zu nicht-kommerziellen Forschungszwecken, insb unter Berücksichtigung der Sperrmöglichkeit, die RechteinhaberInnen mE lediglich minder intensiv zu beeinträchtigen. Hingegen ist der Gewinn für die Forschung, über die Vermittlung von Bibliotheken auf alle approbierten Dissertationen zugreifen zu können und ggf Kopien für Forschungszwecke anfertigen zu dürfen, durchaus hoch zu gewichten. Auch die Abwägung im Zuge der Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinn fällt daher zugunsten der Veröffentlichungspflicht *de lege lata* aus.

---

95 Der Zweck der Plagiatsbekämpfung soll hier im Folgenden nicht näher ausgeführt werden. Schon die Eignung des Mittels (nämlich der Veröffentlichungspflicht) ist in diesem Zusammenhang keineswegs erwiesen, da es für die Überprüfung genügt, die Werke auf – nicht öffentlich zugängliche (!) – Plattformen, sog „Plagiatsserver“, hochzuladen. Ob die oft idZ erwähnte, aber nicht näher qualifizierte „Transparenz“ aus dem Blickwinkel der Plagiatsverhinderung sinnvoll und zweckmäßig ist, sei ebenfalls nur erwähnt, soll aber nicht vertiefend untersucht werden. *Pöschl* jedenfalls hält in ihrer Glosse (RdM 2013/48, 60 [65]) zurecht dagegen, dass angesichts der allgemeinen Publikationsflut Plagiate immer schwerer aufzudecken seien und spricht von einem „überreizten Forschungsklima“.

Zusammenfassend ist festzuhalten: § 86 UG in der geltenden Fassung verfolgt legitime, im öffentlichen Interesse gelegene Zwecke (insb Forschungsförderung). Das gewählte Mittel (die Ablieferung einzelner Werkstücke an die Bibliothek der Alma Mater bzw an die Nationalbibliothek) ist vor allem in Verbindung mit den seit der UrhG-Nov 1996 den Sammlungen gewährten, exakt definierten freien Werknutzungen durchaus geeignet, den verfolgten Zweck zu erfüllen. Auch ist mit Ausnahme einer die Veröffentlichung vertraglich regelnden Betreuungsvereinbarung, die aber insgesamt als jeweils zu verhandelnde Einzelvereinbarung weniger effizient erscheint, kein minder eingriffsintensives Mittel vorstellbar. Insgesamt kann – unter Berücksichtigung der vorgesehenen Sperrmöglichkeit – im konkreten Fall ein adäquates Verhältnis zwischen den beeinträchtigten Interessen der UrheberInnen einer Dissertation und den Interessen der Forschungsgemeinschaft an der Zugänglichkeit wissenschaftlicher Werke (nämlich der Dissertationen) festgestellt werden, sodass die Veröffentlichungspflicht als gerechtfertigt erscheint.

### **C. Zur Ermächtigung, mittels Satzungsrecht die elektronische Ablieferung/Veröffentlichung verpflichtend in einem öffentlich zugänglichen Repositorium vorzuschreiben**

Seit der Änderung des § 86 UG mittels BGBl I 2017/129 werden die Universitäten ermächtigt, in der Satzung festzulegen, dass die Veröffentlichung „*elektronisch in einem öffentlich zugänglichen Repositorium erfolgen muss*“.<sup>96</sup> Urheberrechtlich greift diese Pflicht über die Veröffentlichung hinaus in das Zurverfügungstellungsrecht nach § 18a UrhG ein. § 86 Abs 1 UG räumt diese Kompetenz für alle wissenschaftlichen<sup>97</sup> Arbeiten ein,<sup>98</sup> Abs 2 leg cit sieht Entsprechendes für die Ablieferung von Dissertationen bei der Österreichischen Nationalbibliothek vor.

Auch wenn der österr Gesetzgeber den Universitäten echte, über Art 18 B-VG hinausreichende Rechtssetzungsautonomie zugestehen wollte,<sup>99</sup> bleibt fraglich, ob diese Ermächtigungsnorm ausreichend bestimmt ist. Selbst wenn man dies bejahte, wäre zu prüfen, welche Anforderungen die Satzung einer Universität, die entsprechend der Ermächtigung tatsächlich eine OA-Pflicht vorsieht, erfüllen muss, um grundrechtlich zulässig zu sein. Ihr ist im Folgenden das Hauptaugenmerk gewidmet. Die Ausführungen zur Bestimmtheit gelten aber gleichermaßen für die Ermächtigungsnorm selbst.

Die Satzung der Universität ist nach Art 81a B-VG iVm § 19 Abs 1 UG *ex lege* als Verordnung qualifiziert. Die Kompetenz zur Regelung studienrechtlicher Belange in der Satzung gründet unmittelbar auf § 19 Abs 2 Z 4 UG, die zur Einführung einer OA-Pflicht in der Satzung auf § 86 UG. Dabei sind Universitäten zweifellos an die Vorgaben der Verfassung gebunden,<sup>100</sup> unterliegen aber ganz allgemein dem Legalitätsprinzip iSv Art 18 B-VG und so selbstverständlich auch dem Unionsrecht. Selbst wenn der Bundesgesetzgeber die Universitäten in § 86 UG ermächtigt, eigenständig eine

---

96 Die Satzung der Universität Graz, § 41 Satzungsteil Studienrechtliche Bestimmungen idF Mitteilungsblatt 34. Sondernummer Studienjahr 2017/2018, 23.a Stück vom 14. 3. 2018, sieht explizit vor, dass die/der StudiendirektorIn nach Anhörung der Leitung der Universitätsbibliothek sowie der Studierendenvertretung in einer Verordnung nähere Details der Einreichung, Archivierung und Bereitstellung wissenschaftlicher Arbeiten in elektronischer Form festzulegen hat.

97 Als „wissenschaftlich“ gelten Diplom- und Masterarbeiten, nicht aber Bachelorarbeiten; vgl *Perthold-Stoitzner* in *Perthold-Stoitzner* (Hrsg), UG<sup>3</sup> § 80 Rz 2 (Stand 1. 10. 2016, rdb.at).

98 Auch die künstlerischen Arbeiten sind erfasst; auf sie soll hier aber nicht näher in Detail eingegangen werden.

99 *Kucsko-Stadlmayer* in *Perthold-Stoitzner* (Hrsg), UG<sup>3</sup> Art 81c B-VG Rz 11 (Stand 1. 10. 2016, rdb.at).

100 So ausdrücklich *Perthold-Stoitzner* in *Perthold-Stoitzner* (Hrsg), UG<sup>3</sup> § 19 Rz 3 (Stand 1. 10. 2016, rdb.at).

OA-Pflicht für Abschlussarbeiten bzw Dissertationen vorzusehen, bleibt die Universität als Verordnungsgeber im Rahmen ihrer Rechtssetzungsautonomie verpflichtet, die grundrechtliche Zulässigkeit der konkreten Bestimmung zu gewährleisten.<sup>101</sup> Die Argumentationslast wird so zusätzlich auf die Universitäten überbürdet.

Schon der erste Anschein macht deutlich, dass eine „*Veröffentlichungspflicht in einem öffentlich zugänglichen Repositorium*“ zweifellos stärker in das grundrechtlich garantierte Urheberrecht der AutorInnen eingreift, als das bisherige Modell. Will man die (grund-)rechtliche Zulässigkeit einer entsprechenden Satzungsbestimmung untersuchen, ist zunächst das Vorhaben genau zu beschreiben.

### 1. Grundlegende Anforderungen an eine OA-Pflicht: Bestimmtheitsgebot

Recht, Gesetze wie Verordnungen, zu denen insb die Satzung einer Universität zählt,<sup>102</sup> muss Zweck und Mittel eines Grundrechtseingriffs ausreichend erklären. Wollte man eine OA-Pflicht an Universitäten tatsächlich umsetzen, wäre zunächst abzuklären, was unter „Open Access“ konkret verstanden wird und welches Modell verfolgt werden soll.

#### a. Open Access

Die technischen Möglichkeiten der Informations- und Kommunikationstechnologie, vor allem die Infrastruktur des Internet und der darauf aufsetzenden Dienste, wie insb das World Wide Web, ermöglichen die Veröffentlichung und weltweite Verbreitung von digitalem Content jeglicher Art zu vergleichsweise geringen Kosten auf unterschiedlichste Weise. „Open Access“ ist eine Bewegung, die sich der möglichst umfassenden Dissemination wissenschaftlicher Ergebnisse auf digitalem Weg widmet.<sup>103</sup> Unterschieden wird hier bekanntlich der sog „grüne Weg“ (Primärveröffentlichung traditionell in einem Fachverlag mit anschließender Zurverfügungstellung in einem offenen Repositorium) vom sog „goldenen Weg“ (bei dem bereits die Primärveröffentlichung frei zugänglich ist); bekannt sind auch Zwischenlösungen, sog „hybrider Weg“.<sup>104</sup>

In Österreich hat sich insb der FWF als Unterzeichner der sog „Berliner Deklaration“<sup>105</sup> aus 2003 dazu bekannt, „[...] den freien und nachhaltigen Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen und

---

101 Es soll daran erinnert werden, dass Verstöße gegen Unionsrecht, Sekundärrecht gleich wie GRC, der Republik Österreich zugerechnet werden und so Gegenstand der Staatshaftung sein können (dazu ausf K. Walter, Rechtsfortbildung durch den EuGH. Eine rechtsmethodische Untersuchung ausgehend von der deutschen und französischen Methodenlehre (2009) 107 ff (109) und 174 f mwN aus der Rsp des EuGH). Die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABI C 2007/303, 17 (32), verweisen auf die Rsp (insb EuGH 13. 4. 2000, C-292/97, *Kjell Karlsson ua* mwN), wonach die Mitgliedstaaten bei der Durchführung der unionsrechtlichen Regelungen auch die Erfordernisse des Grundrechtsschutzes beachten müssen und erklären dies wie folgt: „Diese in der Charta verankerte Regel gilt natürlich sowohl für die zentralen Behörden als auch für die regionalen oder lokalen Stellen sowie für die öffentlichen Einrichtungen, wenn sie das Unionsrecht anwenden.“ Kein Zweifel besteht schließlich, dass die Staatsgewalten inkl öffentlich-rechtlicher Körperschaften (wie eben die Universitäten) zu den Grundrechtsverpflichteten zählt (dazu statt aller *Berka*, Verfassungsrecht<sup>6</sup> Rz 1248 ff).

102 Vgl § 19 Abs 1 UG.

103 Vgl zu den Anfängen der Open-Access-Bewegung zB die Informationen auf der Plattform <https://open-access.net>; hier finden sich auch ausf Informationen über Gründe für und gegen das Modell (zuletzt abgefragt am 28. 5. 2018).

104 Zu den Details vgl <https://www.fwf.ac.at/de/forschungsfoerderung/open-access-policy/> (zuletzt abgefragt am 28. 5. 2018).

105 <https://openaccess.mpg.de/Berlin-Declaration> (zuletzt abgefragt am 28. 5. 2018).

*Forschungsdaten zu unterstützen*<sup>106</sup>. Dazu verpflichtet der FWF alle ProjektleiterInnen und ProjektmitarbeiterInnen vertraglich, ihre finanziell geförderten Forschungsergebnisse im Internet frei zugänglich zu machen. Unmittelbares Resultat daraus ist die Open Access Veröffentlichungspflicht für FWF-geförderte wissenschaftliche Publikationen und deren langfristige Archivierung in Repositorien. Einen weiteren Anhaltspunkt könnte das 2015 mit § 37a UrhG neu geschaffene Zweitverwertungsrecht der UrheberInnen wissenschaftlicher Arbeiten liefern. Die Materialien begründen die Norm damit, verhindern zu wollen, „*dass überwiegend mit öffentlichen Geldern geförderte Ergebnisse wissenschaftlicher Forschung ein zweites Mal durch entsprechende Vergütungen für die Wissenschaftsverlage durch die öffentliche Hand bezahlt werden müssen.*“ Erklärtes Ziel ist, den AutorInnen Rechtssicherheit zu gewähren, ihre Publikationen im Wege des Open Access einer breiteren Fachöffentlichkeit zugänglich machen zu können.<sup>107</sup> Im Fokus beider genannten Open Access Veröffentlichungsinitiativen steht damit jeweils die Finanzierung von Forschungsleistungen durch die öffentliche Hand. Das wäre bei einer satzungsmäßigen OA-Pflicht nach § 86 UG aber keineswegs Voraussetzung. Hier scheint die Pflicht vielmehr ohne externe Finanzierung der Tätigkeiten vorgeschrieben werden zu können und trifft somit insb auch gänzlich selbst- bzw privatfinanzierte Forschungsarbeiten.

#### **b. Kosten**

Jedenfalls wäre zu klären, wer die anfallenden Kosten der OA-Publikation zu tragen hat. Dies betrifft zum einen die Bereitstellung des Publikationsorgans (wie insb Repositorien), zum anderen aber auch die Aufbereitung des Textes. Denn eine herkömmliche Dissertation entspricht meist noch nicht den Anforderungen, die an eine publizierbare Fassung (Import in Satzprogramm inkl Lektorat, ggf Übersetzungen etc) gestellt werden. Dazu darf daran erinnert werden, dass sich der österr Gesetzgeber anlässlich der Einführung der Veröffentlichungspflicht im UniStG ausdrücklich gegen die Überwälzung der Publikationskosten auf die AbsolventInnen ausgesprochen hat.<sup>108</sup>

#### **c. Rechte/Lizenzen**

Anzugeben wäre auch, welche Rechte durch die Open Access Veröffentlichung den AutorInnen verbleiben, welche Lizenzmodelle also Verwendung finden sollen.<sup>109</sup> Gerade auch für die grundrechtliche Beurteilung ist ausschlaggebend, ob in die Rechte der AbsolventInnen im geringsten Maß eingegriffen wird. Hier bieten sich verschiedene Möglichkeiten an, die von einer Werknutzungsbeurteilung mit bloßer Verpflichtung zur Namensnennung bei im Übrigen unbeschränkter Verwertungserlaubnis,<sup>110</sup> über die Zustimmung zu eingeschränkter (insb nicht-kommerzieller) Nutzung, bis hin zu sehr engen, dem traditionellen (closed access) nahekommenden Modellen

---

106 <https://www.fwf.ac.at/de/forschungsfoerderung/open-access-policy/> (zuletzt abgefragt am 28. 5. 2018); Hervorhebung im Original.

107 ErläutRV 687 BlgNR 25. GP 4.

108 Vgl ErläutRV 588 BlgNR 20. GP 99.

109 Neben den bereits bekannten Lizenzen der Creative Commons (<https://www.creativecommons.at/>) werden weitere Modelle angeboten; dazu instruktiv die Plattform [open-access.net](https://open-access.net) (<https://open-access.net/AT-DE/informationen-zu-open-access/rechtsfragen/lizenzen/>), die im Rahmen eines DFG-Projekts kooperativ von der Freien Universität Berlin und den Universitäten Göttingen, Konstanz und Bielefeld aufgebaut wurde und Anfang Mai 2007 online ging (zuletzt abgefragt am 28. 5. 2018).

110 ZB mittels einer CC-BY Lizenz, Attribution 4.0 International (CC BY 4.0), <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/> (zuletzt abgefragt am 28. 5. 2018).

reichen.<sup>111</sup> Die Formulierung in § 86 UG, „in einem öffentlich zugänglichen Repositorium“, schweigt dazu. Eine völlig unbeschränkte Freigabe der Arbeit käme aber einer „Enteignung“ gleich, die jedenfalls überschießend wäre und gerade im wissenschaftlichen Bereich neben Vermögensverlusten enorme karrierehindernde Folgen haben könnte.

#### d. Sperre

Weiters wäre abzuklären, wie bei Dissertationen verfahren werden soll, die nach geltender Rechtslage mit einer Sperre versehen werden könnten (vgl § 86 Abs 4 UG). Dies betrifft insb Drittmittelprojekte, in denen von den finanzierenden Stellen oft eine befristete Unzugänglichkeit verlangt wird. Dass eine Veröffentlichung mit globaler Zugänglichkeit zur Dissertation von den Drittmittelgebern als unerwünscht abgelehnt werden könnte, liegt auf der Hand. Damit aber wäre der verfolgte Zweck, die Zugänglichkeit der Forschungsergebnisse sicherzustellen, in praxi häufig wieder vereitelt.

#### e. Zusammenfassung

Soll eine OA-Veröffentlichungspflicht für Dissertationen eingeführt werden, muss deren Ausgestaltung im Hinblick auf Inhalt, Kosten, verbleibende Rechte und Lizenzen sowie mögliche Ausnahmen ausreichend bestimmt sein. „Veröffentlichungspflicht in einem öffentlich zugänglichen Repositorium“ ist zweifellos zu unbestimmt.

## 2. Zur Verhältnismäßigkeit einer satzungsmäßig statuierten OA-Pflicht

Zunächst fällt auf, dass in den Materialien kein Hinweis darauf auffindbar ist, welchen Zweck der Gesetzgeber mit der Ermächtigung zur Verpflichtung zur Zurverfügungstellung von Dissertationen in öffentlich zugänglichen Repositorien verfolgt. Mit dem lapidaren Satz, die Bestimmung sei praktisch unverändert geblieben, wird vielmehr sachlich unzutreffend auf die ältere Fassung der Regelung verwiesen, die eine solche Möglichkeit aber gerade nicht vorsah. Mangels konkreterer Zweckbenennung könnte wieder die Förderung der Forschung als übergeordneter, vom Gesetzgeber verfolgter Zweck angenommen werden.<sup>112</sup> Dieser wäre mE wie oben als legitim zu qualifizieren.

Die Legitimität des Mittels, eine OA-Pflicht in der Satzung vorzusehen, ist zweifellos im Sinne der Satzungscompetenz der Universitäten ebenso zu bejahen, wie die prinzipielle Eignung des Mittels – nämlich Forschungsförderung durch unmittelbare, weltweite online-Zugänglichkeit approbierter Dissertationen über ein universitäres Repositorium.<sup>113</sup>

Die Erforderlichkeit des Mittels müsste jedoch differenziert geprüft werden. Wollte eine Universität nämlich von der Möglichkeit Gebrauch machen, in der Satzung eine über die gesetzlich normierte Veröffentlichungspflicht hinausgehende OA-Pflicht für Dissertationen festzulegen, wäre mE zunächst festzustellen, ob bzw warum die bisherige gesetzliche Lösung – insb in Anbetracht der eingeräumten freien Werknutzungen – nicht genügt, den

---

111 Der FWF sieht für Gold Open Access Publikationen vor, die *Creative Commons Attribution CC-BY* Lizenz (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>) oder gleichwertige offene Lizenzen zu verwenden (zuletzt abgefragt am 28. 5. 2018).

112 Der Zweck der Plagiatsbekämpfung soll auch hier nicht weiterverfolgt werden.

113 Zumindest wenn man nicht schon auf dieser grundlegenden Stufe in Anbetracht der Informationsflut, die inzwischen gerade auch in den Wissenschaften zur Realität wurde, Qualität vor Quantität stellt.

avisierten Zweck zu erreichen. „Bequemlichkeit“ des Zugangs kann jedenfalls kein Argument sein, das den weitgehenden Eingriff rechtfertigt.<sup>114</sup>

Denn der Eingriff in das Urheberrecht ist jetzt – in Anbetracht der weltweiten Zugänglichkeit (arg: „öffentlich zugängliches Repositorium“) – als enorm zu qualifizieren, was im Zuge der Verhältnismäßigkeitsprüfung iES ebenso schwergewichtige Zwecke erfordert. Während das traditionelle Modell „lediglich“ ins Veröffentlichungsrecht eingreift und die gewünschte Dissemination im Wesentlichen im Rahmen zweier freier Werknutzungen für Forschungszwecke und Sammlungen eingeschränkt zulässt, hätte eine OA-Publikation zur Folge, dass die Arbeit weltweit ohne erkennbare Restriktionen, ohne Anfrage, ohne Registrierung oÄ genutzt werden kann. Dazu kommt, dass eine nachfolgende Publikation in Fachverlagen problematisch sein wird, was bei unbedachter Einwilligung gerade junger ForscherInnen postwendend eine massive Beeinträchtigung der Karriere zur Folge haben könnte. Erfahrenere AbsolventInnen, denen die Konsequenzen einer Einwilligung klar sind, werden sich hingegen wahrscheinlich für die Sperre entscheiden, was gerade qualitativ hochwertige Arbeiten der Publikation entziehen dürfte und damit dem verfolgten Zweck der Forschungsförderung diametral zuwiderliefe. Spätestens hier wird man auch anmerken müssen, dass die Situation nicht mehr mit jener der frühen 1980er Jahre vergleichbar ist. Fachpublikationen sind heute nicht mehr rar, im Gegenteil führt die kostengünstige Technologie zu einer großen Zahl an Veröffentlichungen und in der Folge zu deutlichem Mehraufwand in Bezug auf die qualitative Analyse der Texte. Das spricht jedenfalls gegen die Notwendigkeit oder auch nur Zweckmäßigkeit, alle – und somit auch durchschnittliche und unterdurchschnittliche – Arbeiten veröffentlichen zu müssen. Vertiefende Untersuchung verlangt mE vor allem auch noch die Auswirkung einer OA-Veröffentlichungspflicht auf die Möglichkeit der Publikationen in einem renommierten Fachverlag des jeweiligen Wissenschaftszweigs. Jedenfalls solange Open-Access-Repositorien keine vergleichbare Reputation wie einschlägige Fachverlage haben, könnte die Veröffentlichungspflicht potentiell eine schwere, karrierehindernde Beeinträchtigung der Interessen der WissenschaftlerInnen als UrheberInnen zur Folge haben – oder aber, wie oben bereits aufgezeigt, in der Praxis vermehrt zur Sperre gerade hochwertiger Dissertationen führen.

#### **D. Die Betreuungsvereinbarung als rechtliche Alternative sowie rechtspolitische Anregungen zu einer „universitären Publikationskultur“**

Auch über erst zu schaffende Werke kann im Voraus gültig verfügt werden (§ 31 Abs 1 UrhG). Das eröffnet die Möglichkeit, mit DissertantInnen einschlägige Publikationsvereinbarungen schon vor Aufnahme der Arbeit im Zuge der Betreuungsvereinbarung zu treffen. Hier wären insb Details wie zB Lizenzmodell, Kostentragung für Lektorat und Satz etc, aber auch die seitens der Universität zu erbringenden Leistungen zu regeln.

In Kenntnis dieses rechtlichen Umfelds könnten (Standard-)Vereinbarungen situationsangemessen ausformuliert werden, die die Open Access Publikation hervorragender Arbeiten gewährleisten. Die Diskussion sollte aber auch dazu bewegen, die an manchen Universitäten geübte Praxis aufzugeben, im Zuge der Einreichung der Prüfungsarbeit die „Zustimmung“ zu einer OA-Veröffentlichung im universitätseigenen Repositorium einzuholen. Diese Praxis widerspricht mehrfach den rechtlichen Grundsätzen: Nicht nur verlangt § 86 UG unbestreitbar die Veröffentlichung der approbier-

---

114 Für eine abschließende Beurteilung wären vertiefende Analysen nötig.

ten (!) Arbeit (also nach Abschluss des Prüfungsaktes); auch ist die Situation unmittelbar vor Beurteilung der Arbeit schlecht geeignet, eine Willenserklärung „frei von Zwang“ abzugeben.<sup>115</sup>

Eine top down normierte OA-Veröffentlichungspflicht ist letztlich nicht nur juristisch kritisch, sie scheint auch im akademischen Umfeld ethisch unangemessen. Ziel sollte vielmehr sein, durch den Ausbau qualitativ hochwertiger Repositorien eine universitäre Publikationskultur zu entwickeln, die den Interessen der VerfasserInnen der Abschlussarbeiten ebenso Rechnung trägt wie den Interessen der Universität und der Forschungsgemeinschaft insgesamt. Damit könnte die Akademia sowohl die Dissemination wesentlicher Forschungsergebnisse autonom steuern, als auch die Karriere des Nachwuchses maßgeblich mitbestimmen.

## E. Addendum

### 1. Vom Zweitverwertungsrecht zu einer Pflicht zur Zweitverwertung?

Dass den urheberrechtlichen Interessen bei aller Anerkennung der Intention, Forschung durch bestmögliche Verbreitung der Ergebnisse aktiv zu fördern, ausreichend Rechnung zu tragen ist, macht ein aktueller Fall aus Deutschland deutlich. Dort wurde bereits 2014 das schon oben kurz erwähnte sog „Zweitverwertungsrecht“ eingeführt.<sup>116</sup> Inhaltlich beinahe gleichlautend mit der österr. Bestimmung,<sup>117</sup> normiert § 38 Abs 4 dUrhG das unverzichtbare Recht der UrheberInnen wissenschaftlicher Beiträge, die im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung publiziert wurden, den Text nach Ablauf von zwölf Monaten seit der Erstveröffentlichung in der akzeptierten Manuskriptversion öffentlich zugänglich zu machen. Nichtgewerbliche Zwecke und Quellennachweis sind verpflichtend vorgeschrieben. Dieses Recht besteht ausdrücklich auch dann, wenn dem Verleger oder Herausgeber ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt wurde.

Wie die Stuttgarter Nachrichten vom 26. 9. 2017 meldeten,<sup>118</sup> wandelte eine Satzungsänderung der Universität Konstanz, die auf Landesrecht gestützt wurde, dieses Recht in eine Pflicht der Universitätsangehörigen um, Zeitschriftenbeiträge zwölf Monate nach dem Erscheinen auf dem universitätseigenen Repository hochzuladen. Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg äußerte verfassungsrechtliche Bedenken gegen das auf studien- und dienstrechtliche Kompetenz gestützte Landesgesetz. Dieses habe aus dem neuen Recht der UrheberInnen eine Pflicht gemacht und damit die mit dem Urheberrecht verfolgte Intention des Bundesgesetzgebers verkehrt.

Auch wenn die Details des primär kompetenzrechtlich gelagerten Falles für das hier behandelte Thema nicht unmittelbar verwertbar sind, ist die grundlegende Bedeutung der urheberrechtlichen Aspekte im universitären Umfeld jedenfalls vergleichbar: Aus einem Recht der wissenschaftlichen UrheberInnen soll keine Pflicht werden. Zu berücksichtigen ist dabei noch, dass Universi-

115 Zur Anwendung des allgemeinen Zivilrechts bzw Schuldrechts auf Urheberrechtsverträge mangels eines eigenständigen umfassenden „Urhebervertragsrechts“ vgl *Bücheler* in *Kucsko/Handig* (Hrsg), *urheber.recht*<sup>2</sup> § 24 UrhG Rz 15 (Stand 1. 4. 2017, rdb.at).

116 BGBl I 2013, 3728; in Kraft seit 1. 1. 2014; dazu ausf *Bruch/Pflüger*, Das Zweitveröffentlichungsrecht des § 38 Absatz 4 UrhG – Möglichkeiten und Grenzen bei der Anwendung in der Praxis, ZUM 2014, 389.

117 ErläutRV 687 BlgNR 25. GP 4 betonen die Ähnlichkeit mit dem expliziten Hinweis: „[...] in enger Anlehnung an den Wortlaut des § 38 Abs. 4 dUrhG [...]“.

118 <https://www.stuttgarter-nachrichten.de/inhalt.streit-recht-zur-zweitveroeffentlichung-professoren-klagen-gegen-ihre-uni.34b84cee-2f26-4cec-9b08-24f8313ec935.html> (zuletzt abgefragt am 28. 5. 2018).

tätsangehörige Entgelt für ihre Forschungstätigkeiten erhalten, was bei DisstertantInnen keineswegs immer der Fall sein muss.

## 2. VwGH zur Wissenschaftsfreiheit von UniversitätsprofessorInnen

Auch soll nicht verschwiegen werden, dass der VwGH in Österreich eine Anordnung zur Veröffentlichung wissenschaftlicher Werke für Bedienstete der Universität ausdrücklich unter Verweis auf die Wissenschaftsfreiheit ganz grundlegend abgelehnt hat: „*Es bleibt einem Universitätsprofessor als Grundrechtsträger der Wissenschaftsfreiheit nach Art. 17 StGG vorbehalten zu entscheiden, ob er seine Forschungsarbeit der Öffentlichkeit zugänglich macht oder nicht [...]*“.<sup>119</sup>

Pöschl,<sup>120</sup> die darin eine in Zeiten der *publish or perish* verblüffende Feststellung verortet, wertet das Ergebnis als „*etwas sehr Entspanntes*“. Die dieser Entscheidung zugrundeliegende Wertung sollte bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit einer Veröffentlichungspflicht für (allenfalls nicht angestellte) DissertantInnen ebenfalls berücksichtigt werden.

## 3. Open-Access-Maßnahmen der Europäischen Kommission

Eingangs<sup>121</sup> wurde erwähnt, dass die Europäische Union mit dem Digitalen Binnenmarkt ein Anliegen verfolgt, das gerade auch wissenschaftliche Informationen miteinbezieht. Im April 2018 veröffentlichte die EK ein Maßnahmenpaket mit einem klaren Bekenntnis zu Open Science und Open Access.<sup>122</sup> Sosehr die European Open Sciences Cloud (EOSC) gefördert werden soll, indem Mitgliedstaaten aufgefordert werden, sicherzustellen, dass „research funding institutions“ und „academic institutions receiving public funding“ entsprechende Open Access Policies und Aktionspläne implementieren,<sup>123</sup> wird doch wiederholt betont, dass Urheberrecht und verwandte Schutzrechte zu respektieren sind.<sup>124</sup> Die Kommission lässt dabei keinen Zweifel an der Selbstbestimmtheit der WissenschaftlerInnen:

*„Open access is a means of dissemination for researchers who may decide to publish their work, in particular in the context of publicly-funded research. Licensing solutions should aim at facilitating the dissemination and re-use of scientific publications.“*<sup>125</sup>

WissenschaftlerInnen, die sich für Open Access entscheiden, sollen nach den Vorgaben der EK beraten, unterstützt, motiviert und belohnt werden.<sup>126</sup> Eine gesetzlich/satzungsmäßig vorgeschriebene OA-Veröffentlichungspflicht würde das Konzept konterkarieren.

119 VwGH 2011/12/0172 RdM 2013,48 (60) (Pöschl).

120 Pöschl, RdM 2013/48, 60 (65).

121 Vgl FN 2 und 3.

122 Commission Recommendation of 25. 4. 2018 on access to and preservation of scientific information, C (2018) 2375 final.

123 Vgl C (2018) 2375 final, 3 f.

124 Vgl C (2018) 2375 final, 4: „Member States should ensure, in compliance with the EU acquis on copyright and related rights, that as a result of these policies or action plans: - all scientific publications resulting from publicly-funded research are made available in open access as from 2020 at the latest; [...] taking into account technological developments, licensing terms used on the market do not unduly restrict text and data mining of publications resulting from publicly funded research, in accordance with and without prejudice to applicable copyright legislation.“

125 In C (2018) 2375 final, 2 FN 9 definiert wie folgt: „Open access refers to the possibility to access and re-use digital research outputs with as few restrictions as possible.“

126 Vgl C (2018) 2375 final, 8 f, Pkt 8 „Skills and competences“ sowie Pkt 9: „Incentives and rewards“.

## V. Fazit

Forschung braucht den öffentlichen Diskurs.

Nach § 86 UG sind daher die VerfasserInnen von Dissertationen verpflichtet, nach positiver Bewertung die Arbeit durch Übergabe jeweils eines vollständigen Exemplars an die Bibliothek der den akademischen Grad verleihenden Universität (Abs 1 leg cit) sowie an die Österreichische Nationalbibliothek (Abs 2 leg cit) zu veröffentlichen. Die AutorInnen sind aber auch berechtigt, den Ausschluss der Benützung der abgelieferten Exemplare für längstens fünf Jahre nach der Übergabe zu beantragen. Dem Antrag ist vom für die studienrechtlichen Angelegenheiten zuständigen Organ stattzugeben, wenn die Studierenden glaubhaft machen, dass wichtige rechtliche oder wirtschaftliche Interessen gefährdet sind (Abs 4 leg cit).

Urheberrechtlich ist es im Rahmen der freien Werknutzung zulässig, einzelne, auch digitale Kopien von Dissertationen für nicht-kommerzielle Forschungszwecke anzufertigen. Darüber hinaus sind Bibliotheken privilegiert, im Rahmen der freien Werknutzung nach § 47 Abs 7 Z 2 UrhG von veröffentlichten, aber nicht erschienenen oder vergriffenen Werken einzelne Vervielfältigungsstücke herzustellen, diese iSv § 16 Abs 2 leg cit auszustellen, nach § 16a zu verleihen und nach § 56b, also auf Lesearbeitsplätzen, benützen zu lassen, solange das Werk nicht erschienen bzw wenn es vergriffen ist.

Wissenschaftliche und künstlerische AutorInnen genießen den Schutz der Wissenschaftsfreiheit, der Kunstfreiheit und des Urheberrechts als Teil des geistigen Eigentums. Die im UG normierte Veröffentlichungspflicht der UrheberInnen und die im UrhG flankierend gewährten freien Werknutzungen zugunsten des eigenen Gebrauchs bestimmter privilegierter Sammlungen stellen zweifellos einen schwerwiegenden gesetzlichen Eingriff in die grundrechtlich garantierte Eigentumsfreiheit sowie die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit der AutorInnen dar. Dieser Eingriff kann beim derzeit geltenden Modell einer grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung insb aus Effizienzerwägungen standhalten.

Hingegen ist die ohne weitere Erklärung gesetzlich eingeräumte Satzungscompetenz der Universitäten, die Veröffentlichung wissenschaftlicher Abschlussarbeiten „*in einem öffentlich zugänglichen Repository*“ verpflichtend vorzusehen, rechtlich kritisch. Zunächst ist die Ermächtigungsnorm selbst äußerst vage, sodass fraglich ist, ob sie dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot genügt. Inhaltlich würde mit einer OA-Veröffentlichungspflicht tief in persönlichkeitsrechtliche und verwertungsrechtliche Interessen der wissenschaftlichen bzw künstlerischen UrheberInnen eingegriffen und karrierebestimmende, unwiderrufliche Maßnahmen gesetzt, die die VerfasserInnen der Werke einseitig belasten und nachhaltig beeinträchtigen können. Sollte eine Universität tatsächlich entsprechende Satzungsbestimmungen vorsehen wollen, wäre jedenfalls eine ausreichend deutliche Beschreibung des Modells unter ausreichender Berücksichtigung der Interessen der UrheberInnen erforderlich.

Europa braucht Daten.

Datengesteuerte Innovation gilt als wichtige Triebkraft für Wachstum und Beschäftigung in der Europäischen Union und damit für allgemeinen Wohlstand und sozialen Frieden. Der intensiv verfolgte Aufbau des gemeinsamen europäischen Datenraums wird dabei explizit an die Wahrung der Grundrechte und europäischen Werte gebunden. Die Europäische Kommission ver-

pflichtet die Mitgliedstaaten, nationalen Förderstellen und öffentlich finanzierten Forschungsinstitutionen, am Aufbau einer umfassenden European Open Science Cloud (EOSC) mitzuwirken. Ein tragender Pfeiler der EOSC ist die Open Access Publikation wissenschaftlicher Ergebnisse. Dabei bleibt aber das Urheberrecht der ForscherInnen unangetastet; sie sollen vielmehr durch „incentives“ und „rewards“ motiviert werden, sich aktiv einzubringen.

Der Aufbau renommierter universitärer Open Access Publikationsorgane bzw Repositorien und deren Vernetzung liegt in Anbetracht der vorhandenen technischen Infrastrukturen und des wissenschaftlichen wie wirtschaftlichen Potenzials eines gemeinsamen Datenraums nahe. ForscherInnen sollten von den Universitäten ermuntert werden, ihre Ergebnisse so offen wie möglich auf diesen Plattformen zu publizieren. Gleichmaßen sollte die Veröffentlichung erstklassiger Dissertationen in der EOSC im Zuge der Betreuungsvereinbarung sichergestellt werden. Beides wird die Entwicklung einer qualitativ hochwertigen akademischen Publikationskultur fördern, die auch die Karrierechancen der ForscherInnen angemessen berücksichtigt. Für eine top-down normierte OA-Veröffentlichungspflicht bleibt in diesem Konzept kein Raum.

## „Negativzinsen“

### Bestandsaufnahme und weitere offene Fragen

Christoph Kronthaler,<sup>\*</sup> Universität Salzburg

**Kurztext:** Die Frage, ob ein Kreditgeber bei Eintritt gewisser Voraussetzungen dazu verpflichtet sein könnte, dem Kreditnehmer „Negativzinsen“ zu zahlen, wurde in jüngster Zeit in der Literatur<sup>1</sup> kontrovers diskutiert und mittlerweile mehrfach durch den OGH<sup>2</sup> entschieden. Der folgende Beitrag bietet zunächst einen allgemeinen Überblick über die Thematik, geht auf einige in der jüngeren literarischen Diskussion eingeworfene Bedenken ein und versucht, offen gebliebene Fragen zu klären.

**Schlagworte:** Negativzinsen; Sollzinssatz; Mindestzinssatz; Höchstzinssatz; Kreditvertrag; Vertragsauslegung; normative Auslegung; Vertrauenstheorie; Symmetriegebot; Verbraucherschutzrecht; variable Zinsen; Zinsgleitklausel; Referenzzinssatz; Entgeltlichkeit.

#### I. Wie können „Negativzinsen“ überhaupt entstehen?

Vor einer kurzen Auseinandersetzung mit dem gegenwärtigen Stand der literarischen Diskussion über „Negativzinsen“ und der bereits erwähnten Judikatur des OGH, sollte zunächst die Frage geklärt werden, unter welchen genauen Voraussetzungen es bei Kreditverträgen überhaupt zu „Negativzinsen“ kommen könnte.

---

\* Mag. Christoph Kronthaler ist Universitätsassistent an der Universität Salzburg. Der vorliegende Beitrag beruht zu großen Teilen auf Vorträgen, die der Verfasser am 9. 11. 2017 bei der Salzburger Juristischen Gesellschaft und am 6. 3. 2018 bei der Oberösterreichischen Juristischen Gesellschaft gehalten hat.

- 1 Zöchling-Jud, Zum Einfluss von negativen Referenzwerten auf Kreditzinsen, ÖBA 2015, 318; Ch. Rabl, Auslegung einer Entgeltvereinbarung und kein Additionsautomat, VbR 2016, 63; G. Graf, Der OGH und die negativen Referenzwerte – Untergrenze ist auch ohne Obergrenze zulässig! ZFR 2017, 367 (Aufschlag bildet idR die Untergrenze für den Sollzinssatz); Kolba, Fremdwährungskredit – Judikaturüberblick und aktuelle Fragen, VbR 2015, 48 (50); Leupold, Negativzinsen beim Kreditvertrag, VbR 2015, 82; Haghofer, Wer trägt das Risiko über dem Referenzzinssatz liegender Refinanzierungskosten? VbR 2016, 62; Kriegner, Negativzinsen – pacta sunt servanda? ÖBA 2016, 507; Vonkilch, Negativzinsen beim Kreditvertrag? In FS Eccher (2017) 1237; ders, Keine „Negativzinsen (?), Zak 2017, 227; Ramharter, Negativzinsen beim Kreditvertrag – wider die Natur? VbR 2017, 144 und wohl auch L. Schmid, „Negativzinsen“: Eine kritische Würdigung der aktuellen Rechtsprechung, RdW 2017, 671 (Sollzinssatz kann negativ werden); Kronthaler, Negativzinsen – eine erste Einschätzung, Zak 2016, 128; ders, Negativzinsen, ÖJZ 2017, 101; ders, Die „Negativzinsen“ in der Judikatur des OGH, Zak 2017, 224; zust Aichberger-Beig in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 988 Rz 12/1; Schopper, Erste OGH-Entscheidung zu Negativzinsen beim Verbraucherkreditvertrag, VbR 2017, 77 (Sollzinssatz kann nicht in den Negativzinsbereich sinken, aber eine vollständige „Aufzehrung“ des Aufschlags ist möglich).
- 2 OGH 10 Ob 13/17k = VbR 2017, 105; OGH 1 Ob 4/17w = ÖBA 2017, 510; OGH 4 Ob 60/17b = ÖBA 2017, 422 (krit B. Koch); OGH 8 Ob 101/16k = ZFR 2017, 393; OGH 8 Ob 107/16t = ZFR 2017, 556 (Ruhm); OGH 9 Ob 35/17p = ZFR 2017, 550; OGH 6 Ob 51/17v = ÖBA 2017, 867; OGH 3 Ob 88/17p = ÖBA 2017, 861.

## A. Vereinbarung eines variabel verzinsten Kredits

Den Ausgangspunkt aller folgenden Überlegungen bildet im Wesentlichen der nachstehende einfache Sachverhalt: Eine Bank gewährt einen Kredit in Höhe von 200.000 €. Der Kreditnehmer und die Bank vereinbaren eine variable Verzinsung; zusätzlich zum Sollzins schuldet der Kreditnehmer eine im Verhältnis zur Kreditsumme prozentual festgelegte, einmalige Bearbeitungsgebühr<sup>3</sup> und ein laufendes (wertgesichertes) Kontoführungsentgelt.<sup>4</sup>

Als Alternative zur variablen Verzinsung bestünde für die Vertragsparteien natürlich auch die Möglichkeit, einen festen Zinssatz über die gesamte Laufzeit des Kreditvertrags hinweg zu vereinbaren („Fixzinskredit“),<sup>5</sup> dies wird in der Praxis allerdings häufig von beiden Seiten nicht gewünscht:<sup>6</sup> Der *Kreditnehmer* möchte durch die Vereinbarung variabler Zinsen einen anfänglich höheren Risikoaufschlag vermeiden<sup>7</sup> und hofft, insgesamt weniger Zinsen bezahlen zu müssen. Die kreditgewährende *Bank* kann zunächst das Unwägbarkeitsrisiko reduzieren, welches mit einer *langfristigen Zinskalkulation* notwendigerweise einhergeht.<sup>8</sup> Außerdem ermöglicht die Vereinbarung eines variablen Zinssatzes – zumindest in einem gewissen Ausmaß<sup>9</sup> – eine Absicherung gegen nachträgliche Kostensteigerungen im Hinblick auf die Refinanzierung.<sup>10</sup>

## B. Zinsgleitklausel

Wollen die Parteien, wie im obigen Ausgangsbeispiel, eine *variable Verzinsung*, wird in der Praxis häufig eine entsprechende Zinsgleitklausel in den Kreditvertrag aufgenommen.<sup>11</sup> Der Zinssatz wird in diesem Fall an einen *veränderlichen Indikator* gekoppelt (wie beispielsweise den „3-Monats-

3 Vgl. allgemein zur Kreditbearbeitungsgebühr *Bollenberger*, Zulässigkeit von einmaligen Bearbeitungsentgelten beim Kreditvertrag, ÖBA 2015, 396; *G. Graf*, Zur Zulässigkeit der Vereinbarung einer Bearbeitungsgebühr beim Kreditvertrag, ÖJZ 2015, 293; OGH 6 Ob 13/16d = JBl 2016, 533. Bei einer in der Bankenpraxis durchaus üblichen Bearbeitungsgebühr im Ausmaß von 2 % der Kreditvaluta schuldet der Kreditnehmer der Bank 4.000 € (*Bollenberger*, ÖBA 2015, 396, bezeichnet „ein bis drei Prozent des Kreditbetrags“ als üblich).

4 Das Kontoführungsentgelt wird im Normalfall an einen Index (zB VPI) gebunden, ist also ebenfalls variabel ausgestaltet und unterfällt daher § 6 Abs 1 Z 5 KSchG.

5 Vgl. *Krepold* in *Schimansky/Bunte/Lwowski* (Hrsg), Bankrechts-Handbuch<sup>5</sup> (2017) Rz 78/69. Beim „Fixzinskredit“ kann der Kreditgeber selbstverständlich keine laufende Anpassung des Zinssatzes vornehmen. In Ausnahmefällen könnte freilich ein Rückgriff auf die Geschäftsgrundlagenlehre zulässig sein (vgl. *Koziol* in *Avancini/Iro/Koziol* [Hrsg], Österreichisches Bankvertragsrecht II [1993] Rz 1/31; *Bollenberger* in *Apathy/Iro/Koziol* [Hrsg], Österreichisches Bankvertragsrecht IV<sup>2</sup> [2012] Rz 1/66).

6 Vgl. *Ch. Rabl*, Anmerkung zu OLG Wien 5 R 35/17d, ÖBA 2017, 354 (356).

7 *Ch. Rabl*, ÖBA 2017, 356; ferner *Ellenberger*, Zinsanpassungsklauseln im Kreditgeschäft, in FS Hopt II (2010) 1754; *Omlor* in *Staudinger* (Hrsg), BGB (2016) § 246 BGB Rz 50; BGH XI ZR 78/08 = BGHZ 180, 257 mit zahlreichen Nachweisen zur Vorjudikatur.

8 *Ellenberger* in FS Hopt II 1754; *Omlor* in *Staudinger*, BGB § 246 BGB Rz 50; BGH XI ZR 78/08 = BGHZ 180, 257 wiederum mit zahlreichen Nachweisen zur Vorjudikatur.

9 Ob der Unternehmer, also die kreditgewährende Bank, mit der Entgeltsänderungsklausel das Risiko nachträglicher Kostensteigerungen tatsächlich wirksam minimieren kann, hängt in erster Linie davon ab, inwieweit der veränderliche Bestandteil (Index, Referenzzinssatz etc) in der Entgeltsänderungsklausel die „internen Kostenfaktoren“ korrekt abzubilden vermag.

10 Vgl. *Ellenberger* in FS Hopt II 1754; *Krepold* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch<sup>5</sup> Rz 78/70; BGH XI ZR 78/08 = BGHZ 180, 257. Ferner *Told*, Zinsgleitklauseln und Referenzzinssatz vor und nach Vorhersehbarkeit des negativen Referenzniveaus, ÖBA 2017, 828 (830).

11 Vgl. etwa *Bollenberger* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht IV<sup>2</sup> Rz 1/68; *Aichberger-Beig* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,03</sup> § 988 Rz 12/1; *Omlor* in *Staudinger*, BGB § 246 BGB Rz 51. Zur Alternative einer „Zinsanpassungsklausel“ *Bollenberger* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht IV<sup>2</sup> Rz 1/69; *Kronthaler*, ÖJZ 2017, 101 f; aus deutscher Sicht *K. P. Berger* in *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* (Hrsg), Münchener Kommentar zum BGB III<sup>7</sup> (2016) § 488 BGB Rz 173.

EURIBOR“ oder den „6-Monats-CHF-LIBOR“).<sup>12</sup> Der vom Kreditnehmer zu bezahlende Sollzinssatz setzt sich idR aus einem unveränderlichen Aufschlag („Marge“), welchem einfach der veränderliche Indikator hinzugerechnet wird, zusammen (zB „1,500 % pa + 3-Monats-EURIBOR“).

Zusätzlich zur Vereinbarung der Höhe des Aufschlags („1,500 %“) und zur Wahl des Indikators („3-Monats-EURIBOR“) müssen in der Zinsgleitklausel die Zeiträume, für welche der Zinssatz jeweils gilt, sowie der für die Festsetzung des Indikatorwerts maßgebliche Zeitpunkt und Modus bestimmt werden.<sup>13</sup> Die Anpassung des Zinssatzes erfolgt dann von selbst. Dem Kreditgeber kommt keinerlei eigenständiger Ermessensspielraum bei der Zinsanpassung zu. Dementsprechend bedarf es während der gesamten Laufzeit des Kredits auch keiner auf Zinserhöhung oder -senkung gerichteten Willenserklärung.<sup>14</sup> Mitteilungen an den Kreditnehmer über Veränderungen der Zinshöhe – etwa auf Kontoauszügen – wirken bloß deklaratorisch.<sup>15</sup>

### C. Referenzzinssätze

Beim *veränderlichen Indikator* in der Zinsgleitklausel handelt es sich in aller Regel um einen bestimmten Referenzzinssatz.<sup>16</sup> Sowohl der „EURIBOR“<sup>17</sup> als auch der „LIBOR“<sup>18</sup> sind Referenzzinssätze für Termingelder<sup>19</sup> am Interbankenmarkt. Ihnen liegt – vereinfacht gesagt – der durchschnittliche Zinssatz zugrunde, zu dem eine bestimmte Bank bereit wäre, einer anderen Bank ein zeitlich befristetes Kapitalnutzungsrecht ohne Sicherheiten einzuräumen.<sup>20</sup> Am „EURIBOR“ beteiligen sich derzeit 20 ausgewählte europäische Banken;<sup>21</sup> an der Ermittlung des „LIBOR“ nehmen aktuell zwischen 11 und 17 internationale Banken mit Sitz in London teil.<sup>22</sup>

Aufgrund der globalen Wirtschafts- und Finanzkrise, die ab Herbst 2008 einsetzte, sind die Referenzzinssätze kontinuierlich gefallen und zum Teil in den Negativzinsbereich abgerutscht.<sup>23</sup> Wie mit dieser veränderten Situation umzugehen war, blieb zunächst unklar. Einige Kreditinstitute

12 Bollenberger in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht IV<sup>2</sup> Rz 1/68; Apathy in Schwimann/Kodek (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB Va<sup>4</sup> (2015) § 6 KSchG Rz 23; Kronthaler, ÖJZ 2017, 101; OGH 4 Ob 73/03v = JBl 2004, 50 (Rummel); vgl wiederum K. P. Berger in MüKoBGB III<sup>7</sup> § 488 BGB Rz 171; Krepold in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch<sup>5</sup> Rz 78/68.

13 Bollenberger in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht IV<sup>2</sup> Rz 1/68; vgl auch Schimansky, Zinsanpassungsklauseln in AGB, WM 2001, 1169 (1173).

14 Bollenberger in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht IV<sup>2</sup> Rz 1/68; Apathy in Schwimann/Kodek Va<sup>4</sup> § 6 KSchG Rz 23; Kronthaler, ÖJZ 2017, 101; vgl auch OGH 4 Ob 73/03v = JBl 2004, 50 (Rummel); OGH 1 Ob 4/17w = ÖBA 2017, 510. S zur automatischen „Flexibilisierung“ des Zinssatzes ferner K. P. Berger in MüKoBGB III<sup>7</sup> § 488 BGB Rz 171.

15 Bollenberger in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht IV<sup>2</sup> Rz 1/68; Apathy in Schwimann/Kodek Va<sup>4</sup> § 6 KSchG Rz 23; OGH 4 Ob 73/03v = JBl 2004, 50 (Rummel); vgl ferner Krepold in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch<sup>5</sup> Rz 78/68.

16 ZB 4 Ob 60/17b = ÖBA 2017, 422 (krit B. Koch); vgl auch RIS-Justiz RS0131462; vgl auch Habersack, Zinsänderungsklauseln im Lichte des ABGB und des VerbrKrG, WM 2001, 753 (754). § 6 Abs 1 Z 6 VKrG und § 7 Z 5a HIKrG idF BGBl I 2017/93 erwähnen neben den Referenzzinssätzen auch *Indizes*.

17 Abkürzung für „Euro InterBank Offered Rate“. Näheres unter <https://www.emmi-benchmarks.eu/> (zuletzt abgefragt am 28. 5. 2018).

18 Abkürzung für „London Interbank Offered Rate“. Detaillierte Informationen finden sich unter <https://www.theice.com/iba/libor> (zuletzt abgefragt am 28. 5. 2018).

19 Termingelder müssen ohne vorherige Kündigung zu einem im Vorhinein festgelegten Termin zurückbezahlt werden (Scheffold in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch<sup>5</sup> Rz 116/163).

20 Vgl Krepold in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch<sup>5</sup> Rz 78/26.

21 European Money Markets Institute (EMMI), Panel Banks, <https://www.emmi-benchmarks.eu/euribor-org/panel-banks.html> (zuletzt abgefragt am 15. 11. 2017).

22 Intercontinental Exchange (ICE), Panel Composition, <https://www.theice.com/iba/libor#panel-composition> (zuletzt abgefragt am 15. 11. 2017).

23 Vgl Zöchling-Jud, ÖBA 2015, 318 und ausführlich Told, ÖBA 2017, 828 f.

beharrten darauf, in jedem Fall die vereinbarte Marge zu erhalten. Andere waren bereit, den Zinssatz bis auf 0 % zu senken. Auch in der Lehre besteht diesbezüglich keine Einigkeit.

## II. Meinungsstand in Lehre und Judikatur

Im österreichischen Schrifttum<sup>24</sup> geht man überwiegend davon aus, dass den Kreditgeber eine „umgekehrte Zinszahlungspflicht“ gegenüber dem Kreditnehmer trifft, sobald der negative Referenzzinssatz den Aufschlag mehr als aufgezehrt hat (Beispiel: -0,900 % 6-Monats-CHF-LIBOR + 0,500 % Aufschlag = -0,400 % [Negativ-]Zinsen). Nach der Gegenauffassung<sup>25</sup> müsste der Kreditnehmer in jedem Fall den vereinbarten Aufschlag bezahlen (0,500 %). ME ist zwar eine vollständige „Aufzehrung“ des vereinbarten Aufschlags (0,500 %) und damit eine Nullverzinsung denkbar, nicht jedoch eine Zahlungsverpflichtung des Kreditgebers (0,000 %).<sup>26</sup>

Der OGH hat sich im Wesentlichen der letzteren Auffassung angeschlossen und sich zunächst einmal ausdrücklich gegen „Negativzinsen“ ausgesprochen.<sup>27</sup> Auch könne nicht im Wege ergänzender Vertragsauslegung eine Sollzinsuntergrenze in Höhe des vereinbarten Aufschlags eingezogen werden. Es mangle an einer planwidrigen Vertragslücke, weil sich sämtliche aufgeworfenen Auslegungsprobleme mittels einer einfachen Vertragsinterpretation lösen ließen.<sup>28</sup> Die von Teilen der Lehre<sup>29</sup> vorgeschlagene ergänzende Vertragsauslegung zum Erhalt des vereinbarten Aufschlags sei auch deshalb unzulässig, weil diese wegen Unvereinbarkeit mit § 6 Abs 1 Z 5 KSchG zu einem gesetzwidrigen Ergebnis führte.<sup>30</sup> Sieht die Zinsgleitklausel eine Untergrenze („Zinsfloor“) vor, bedürfe es zugleich der Vereinbarung einer Obergrenze („Zinscap“).<sup>31</sup>

## III. Exkurs: Rechtliche Rahmenbedingungen

Den gleich folgenden Überlegungen zur Vertragsauslegung sollen in einem kurzen Exkurs die *kreditrechtlichen Rahmenbedingungen* vorangestellt werden:

Der Kreditvertrag ist ein *entgeltlicher Darlehensvertrag über Geld* (§ 988 HS 1 ABGB). Der Kreditgeber muss dem Kreditnehmer die vereinbarte Summe an Geld also im Grundsatz zur freien Verfügung überlassen (vgl § 983 S 1 ABGB); der Kreditnehmer würde dann Eigentümer des Geldes (vgl

24 Kolba, VbR 2015, 50; Leupold, VbR 2015, 82; Haghofer, VbR 2016, 62; ders, Zur Wirksamkeit von Mindestverzinsungsklauseln, *ecolex* 2017, 291; Kriegner, ÖBA 2016, 507; Vonkilch in FS Eccher 1237; ders, Zak 2017, 227; idS wohl auch L. Schmid, RdW 2017, 671.

25 Zöchling-Jud, ÖBA 2015, 318; Ch. Rabl, VbR 2016, 63; G. Graf, ZFR 2017, 367.

26 S bereits Kronthaler, Zak 2016, 128; ders, ÖJZ 2017, 101; ders, Zak 2017, 224; zust Aichberger-Beig in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 988 Rz 12/1; Schopper, VbR 2017, 77.

27 OGH 10 Ob 13/17k = VbR 2017, 105; OGH 1 Ob 4/17w = ÖBA 2017, 510; OGH 8 Ob 101/16k = ZFR 2017, 393; OGH 8 Ob 107/16t = ZFR 2017, 556 (Ruhm); OGH 9 Ob 35/17p = ZFR 2017, 550; OGH 6 Ob 51/17v = ÖBA 2017, 867.

28 OGH 4 Ob 60/17b = ÖBA 2017, 422 (krit B. Koch); OGH 8 Ob 101/16k = ZFR 2017, 393; OGH 8 Ob 107/16t = ZFR 2017, 556 (Ruhm); OGH 9 Ob 35/17p = ZFR 2017, 550; OGH 3 Ob 88/17p = ÖBA 2017, 861.

29 Insb Zöchling-Jud, ÖBA 2015, 323 ff und Ch. Rabl, VbR 2016, 63; anders aber Kronthaler, ÖJZ 2017, 103 ff; G. Graf, ZFR 2017, 371 f (jeweils, wenngleich mit unterschiedlichem Ergebnis, für einfache Vertragsauslegung).

30 OGH 4 Ob 60/17b = ÖBA 2017, 422 (krit B. Koch); OGH 8 Ob 101/16k = ZFR 2017, 393; OGH 8 Ob 107/16t = ZFR 2017, 556 (Ruhm); OGH 4 Ob 107/17i = VbR 2017, 174; OGH 9 Ob 35/17p = ZFR 2017, 550; OGH 6 Ob 51/17v = ÖBA 2017, 867; OGH 3 Ob 88/17p = ÖBA 2017, 861.

31 OGH 4 Ob 60/17b = ÖBA 2017, 422 (krit B. Koch); OGH 8 Ob 101/16k = ZFR 2017, 393; OGH 8 Ob 107/16t = ZFR 2017, 556 (Ruhm); OGH 4 Ob 107/17i = VbR 2017, 174; OGH 6 Ob 51/17v = ÖBA 2017, 867.

§ 983 S 1 ABGB; § 1461 ABGB).<sup>32</sup> Die Verschaffung von Eigentum am Geld ist allerdings nicht zwingend; in der heutigen Rechtspraxis kommt es hauptsächlich zur unbaren Überweisung der Kreditvaluta auf ein (Kredit-)Konto des Kreditnehmers, welchem in diesem Fall ein Forderungsrecht gegen die kontoführende Bank zusteht.<sup>33</sup> Der Gesetzgeber des DaKRÄG<sup>34</sup> hat die Zulässigkeit dieser Gestaltungsmöglichkeit im zweiten Halbsatz des § 988 S 1 ABGB bewusst zum Ausdruck gebracht.<sup>35</sup>

Wie jeder andere Darlehensnehmer ist auch ein Kreditnehmer dazu verpflichtet, dem Darlehensgeber „spätestens nach Vertragsende ebenso viele Sachen derselben Gattung und Güte zurückzugeben“ (§ 983 S 2 iVm § 988 ABGB; vgl auch § 989 Abs 2 ABGB); wobei *in praxi* naturgemäß auch die Rückzahlung überwiegend unbar durch Leistung von Buchgeld erfolgt.

Die Gegenleistung des Kreditnehmers besteht *regelmäßig* in den von ihm zu zahlenden Zinsen (§ 988 Abs 2 ABGB).<sup>36</sup> Die Rückzahlung der Kreditvaluta steht hingegen nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis, weil es bei ihr augenscheinlich an der erforderlichen „Do-ut-des-Verknüpfung“ fehlt: Ein Kredit wird nicht der Rückzahlung wegen gewährt, sondern um damit etwas zu verdienen.<sup>37</sup>

Die in § 983 S 2 ABGB statuierte Verpflichtung des Darlehensnehmers, „ebenso viele Sachen derselben Gattung und Güte zurückzugeben“ ist nach zutreffender hL<sup>38</sup> für Darlehensverträge *typusbildend*. Dies gilt selbstverständlich auch für Kreditverträge gem § 988 ABGB. Müsste der Kreditnehmer nicht in jedem Fall das gesamte vom Kreditgeber Erhaltene zurückstellen, läge von Vornherein kein Kreditvertrag iSd § 988 ABGB vor, sondern irgendein anderer Vertrag. In Betracht käme vor allem eine Art *unregelmäßige Verwahrung*.<sup>39</sup>

#### IV. Negativzinsen als primäres Problem der Vertragsauslegung

Kreditgeber und Kreditnehmer sind sich über den genauen Bedeutungsgehalt der im Kreditvertrag festgelegten Zinsgleitklausel uneinig. Die Banken auf der Kreditgeberseite möchten ungeachtet der negativen Entwicklung der Referenzzinssätze idR Zinsen in Höhe des Aufschlags erhalten. Demgegenüber steht die Kreditnehmerseite auf dem Standpunkt, dass von den Banken unter gewissen Voraussetzungen sogar „Negativzinsen“ zu bezahlen seien.

32 Der Kreditgeber hat dem Kreditnehmer also auf derivativem Wege Eigentum am Geld zu verschaffen (*Stanzl in Klang* [Hrsg], Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch IV/1<sup>2</sup> [1968] 695; *Ertl in Fenyves/Kerschner/Vonkilch* [Hrsg], Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch<sup>3</sup> [2013] § 983 Rz 20). Beim Kredit (= Gelddarlehen) ist der Eigentumserwerb des Kreditnehmers, selbst wenn der Kreditgeber nicht Eigentümer oder Verfügungsbefugter war, schon durch § 371 ABGB weitgehend sichergestellt (*Stanzl in Klang* IV/1<sup>2</sup> 695; *Aichberger-Beig in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,03</sup> § 983 Rz 10).

33 Vgl *Pamp in Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch<sup>5</sup> Rz 76/142.

34 BGBl I 2010/28.

35 ErläutRV 650 BlgNR 24. GP 11.

36 Damit der Kreditgeber tatsächlich einen Anspruch auf Verzinsung hat, bedarf es selbstverständlich stets einer vertraglichen *Zinsabrede*.

37 ZB *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil<sup>11</sup> (2017) Rz 1086; *K. P. Berger* in *MüKoBGB III*<sup>7</sup> § 488 BGB Rz 42.

38 *Stanzl in Klang* IV/1<sup>2</sup> 699; *Ertl in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*<sup>3</sup> § 983 Rz 31; *Wendehorst in Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg), Verbraucherkreditrecht (2010) § 983 ABGB Rz 27; *Zöchling-Jud*, ÖBA 2015, 321; s zur deutschen Lehre etwa *K. P. Berger* in *MüKoBGB III*<sup>7</sup> § 488 BGB Rz 42.

39 Vgl *Ch. Rabl*, VbR 2016, 63. Die „unregelmäßige Verwahrung“ ist ein *gemischter Vertrag* mit Darlehens- und Verwahrungselementen (zB *Henssler in Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* [Hrsg], Münchener Kommentar zum BGB VI/2<sup>7</sup> [2017] § 700 BGB Rz 2).

Welcher (Vertrags-)Inhalt den strittigen Zinsgleitklauseln tatsächlich beizulegen ist, stellt damit die zentrale Fragestellung in der Diskussion über „Negativzinsen“ dar. Um sagen zu können, welcher der beiden Seiten Recht zu geben ist, bedarf es eines Rückgriffs auf die Mittel und Methoden der Vertragsinterpretation, wobei „Auslegung“ im Grunde nichts anderes bedeutet, als den Regelungsplan der Parteien zu erforschen (und nötigenfalls zu Ende zu denken<sup>40</sup>).

Die nachfolgenden Ausführungen bieten – für Österreich erstmalig – einen vollständigen Überblick über die bisher geführte Diskussion zur Auslegung von Zinsgleitklauseln in Kreditverträgen. Dabei soll zugleich die eigene Auffassung<sup>41</sup> fortentwickelt und die Judikatur gegen neue Kritik aus der Lehre verteidigt werden (vgl dazu die Pkt IV.A., IV.C., IV.D. und IV.E.).

### A. Abschluss eines „Kreditvertrags“

Ob schon der Tatsache, dass die Parteien einen „Kreditvertrag“ abgeschlossen haben, bei der Auslegung von Zinsgleitklauseln Bedeutung zukommt, wurde erst unlängst in Streit gezogen: *L. Schmid*<sup>42</sup> bemängelt an der Rsp des OGH etwa, dass man im Kontext mit Kreditverträgen aus der bloßen „Vertragsbezeichnung“ nichts ableiten dürfe. Die im Schuldrecht herrschende Vertragsfreiheit ermögliche es den Parteien, jeden beliebigen Vertragstyp zu wählen und daher prinzipiell auch einen atypischen Vertrag<sup>43</sup> zu schließen.<sup>44</sup> An die gesetzlichen Typenbeschreibungen hätten sich die Kontrahenten jedenfalls nicht zu halten.

Daran ist unbestreitbar richtig, dass es durch Vertragsauslegung stets die hinter dem Wortlaut stehende *Absicht der Parteien* zu ermitteln gilt (§ 914 ABGB) und es in manchen Einzelfällen gut denkbar ist, dass die gewählte Vertragsbezeichnung nicht mit dem tatsächlich Gewollten übereinstimmt.<sup>45</sup> Dies dürfte im Hinblick auf die von den Parteien gewählte Vertragsbezeichnung vor allem dann vorkommen, wenn sich für die damit befassten Kontrahenten (und Kautelarjuristen) einigermaßen subtile Abgrenzungsfragen zwischen den einzelnen in Betracht kommenden Vertragstypen stellen. Ein praktisches Beispiel hierfür bildet die Dichotomie von Miet- und Pachtvertrag bei der schuldrechtlichen Gebrauchsüberlassung: Aufgrund der im Einzelnen durchaus diffizilen Unterscheidung, etwa bei der Überlassung von Geschäftsräumlichkeiten in Einkaufszentren oder auf Flug- und Bahnhöfen, kommt der Bezeichnung oder rechtlichen Einordnung<sup>46</sup> eines Bestandvertrags als „Miete“ oder „Pacht“ nach mE zutreffender hA<sup>47</sup> keine allzu große Bedeutung für die Auslegung zu. Entscheidend muss vielmehr sein, welchen Zweck die Parteien mit der

40 Letzteres im Rahmen der sog „ergänzenden Vertragsauslegung“; vgl *Heiss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 914 Rz 81.

41 Insb *Kronthaler*, ÖJZ 2017, 101 ff.

42 RdW 2017, 671 f.

43 Wie etwa die bereits genannte „unregelmäßige Verwahrung“.

44 IdS bereits *Kriegner*, ÖBA 2016, 515.

45 Vgl nur *Bollenberger* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB<sup>5</sup> (2017) § 914 Rz 5.

46 Beispielsweise als Vertrag, für den das MRG gilt.

47 OGH 5 Ob 2383/96v = wobl 1999, 48; OGH 8 Ob 11/04g = immolex 2004, 248; OGH 8 Ob 108/04x = wobl 2005, 172 (*Hausmann*); OGH 7 Ob 267/05y = RdW 2006, 17 (krit *Iro*); OGH 7 Ob 260/07x = JBl 2008, 591; OGH 6 Ob 141/09t = wobl 2010, 65; RIS-Justiz RS0020514; *B. Jud.*, Bestandverträge in Einkaufszentren, wobl 2005, 121 (125 f); *Dirnbacher*, MRG 2013 (2013) 34; *Bernat*, Zum Geltungsbereich des Mietrechtsgesetzes, in *Korinek/Krejci* (Hrsg), Handbuch zum MRG (1985) 91 (97). *Pittl* (Miet- und Wohnungseigentumsrecht<sup>2</sup> [2011] 36) unterstellt der Bezeichnung des konkreten Bestandvertrags immerhin Indizwirkung; idS schon *Iro*, Die Rechtsnatur von Bestandverträgen in Einkaufszentren, RdW 2005, 666 (672). Ähnlich wohl auch OGH 3 Ob 253/05k = immolex 2007, 79 (*H. Böhm*).

Überlassung des Bestandgegenstands zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses verfolgt haben und welche Befugnisse dem Bestandnehmer konkret eingeräumt werden sollten.<sup>48</sup>

Der durch die Vertragsteile getroffenen „Typenwahl“ generell jede Relevanz bei der Auslegung abzusprechen, wäre aber in jedem Fall überschießend. Der Geschäftswille der Parteien wird in vielen, wenn nicht sogar den praktisch meisten Fällen sehr wohl durch den ausgewählten Vertragstypus (mit-)beeinflusst und vorgeprägt.<sup>49</sup> So wird man nicht ernsthaft bezweifeln können, dass sowohl die kreditgewährende Bank als auch der präsumtive Kreditnehmer eine recht konkrete Vorstellung darüber haben, welche rechtlichen Konsequenzen mit dem Abschluss eines Kreditvertrags verbunden sind.<sup>50</sup> Der Kreditgeber, idR also die Bank, ist zunächst dazu verpflichtet, dem Kreditnehmer eine bestimmte Summe an Geld zu überlassen. Der Kreditnehmer muss das erhaltene Geld laufend oder am Ende der Vertragslaufzeit zurückzahlen und als Gegenleistung für die vorübergehende Zurverfügungstellung von Kapital ein Entgelt leisten, welches idR in *Zinsen* (§ 988 S 3 ABGB) und *weiteren Vergütungen* besteht.<sup>51</sup>

Zwischen den Parteien besteht – zumindest im Regelfall<sup>52</sup> – Einigkeit über den zur Verwirklichung ihrer geschäftlichen Absichten (zB Immobilienkauf) geeigneten Vertragstypus (Kreditvertrag) sowie dessen Inhalt, der zeitweiligen Überlassung von Kapital im Gegenzug für die Leistung eines bestimmten Entgelts (in Form von Zinsen, Kontoführungs- und Bearbeitungsgebühren etc).<sup>53</sup> Insoweit liegt ein „natürlicher Konsens“ vor, eine *wirkliche Willensübereinstimmung*. Für „Negativzinsen“ bleibt kein Platz. Der vertragliche Regelungsplan der Parteien sieht – abgesehen von der Zuzählung der Kreditvaluta – keine weiteren Geldleistungen des Kreditgebers an den Kreditnehmer vor.<sup>54</sup>

Die auch in letzter Zeit immer wieder vorgebrachte Einwendung, dass die Parteien ein Abrutschen der Referenzzinssätze in den negativen Bereich *nicht vorhersehen* hätten können<sup>55</sup>, trifft die hier vertretene Auffassung nicht: Die Parteien haben sich bewusst und willentlich auf ein vertragliches Pflichtenprogramm geeinigt, in dem die Möglichkeit einer Zahlungspflicht des Kreditgebers gegenüber dem Kreditnehmer von vornherein nicht mitenthalten ist.

48 OGH 1 Ob 255/97z = immolex 1998, 108 (*Pfiel*); OGH 7 Ob 270/00g = immolex 2001, 76; OGH 8 Ob 11/04g = immolex 2004, 248; RIS-Justiz RS0020261; *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1091 Rz 1; *Würth* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I<sup>3</sup> (2000) § 1091 Rz 1; *Pesek* in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB V<sup>4</sup> (2014) § 1091 Rz 1; *Klang* in *Klang* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch V<sup>2</sup> (1954) 26 f.

49 Darauf weist schon *Zöchling-Jud*, ÖBA 2015, 321, ganz zutreffend hin. Richtigerweise dürfte – zumindest bei gewissen, in den betroffenen Verkehrskreisen allgemein bekannten Vertragstypen – eine widerlegliche Vermutung dafür streiten, dass die Parteien den im dispositiven Gesetzesrecht bekannten Vertrag und keinen atypischen Vertrag schließen wollten. Dies gilt insb dann, wenn sich im Vertragstext keine gegenteiligen Anhaltspunkte finden.

50 IdS nunmehr auch *Eliskases*, Anmerkung zu OGH 4 Ob 60/17b, JBl 2017, 739 (740).

51 Vgl *Ertl* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 984 Rz 5; *Perner* in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB IV<sup>4</sup> (2014) § 984 Rz 3.

52 Eine abweichende Vereinbarung, deren Regelungsplan „Negativzinsen“ mitumfasst, wäre naturgemäß zulässig (OGH 10 Ob 13/17k = VbR 2017, 105), aber in der Praxis höchst unwahrscheinlich.

53 Ebenso OGH 10 Ob 13/17k = VbR 2017, 105; OGH 1 Ob 4/17w = ÖBA 2017, 510; OGH 8 Ob 101/16k = ZFR 2017, 393.

54 So offenbar auch *Told*, ÖBA 2017, 835 ff.

55 *Vonkilch* in FS Eccher 1240; *Ramharter*, VbR 2017, 144. Vgl in diesem Zusammenhang auch die in OGH 10 Ob 13/17k = VbR 2017, 105; OGH 4 Ob 60/17b = ÖBA 2017, 422 (krit *B. Koch*) wiedergegebenen erstgerichtlichen Feststellungen.

Dieses Auslegungsergebnis, innerhalb dessen für „Negativzinsen“ kein Raum bleibt, kann mithilfe der in Österreich einhellig vertretenen Vertrauenstheorie<sup>56</sup> noch zusätzlich absichert werden: Stellt man sich die Frage, ob der Kreditnehmer – gemessen am Maßstab eines redlichen und verständigen Erklärungsempfängers<sup>57</sup> – damit rechnen durfte, irgendwann vom Kreditgeber „Zinszahlungen“ zu erhalten, gelangt man mE geradezu zwangsläufig zur Antwort, dass dies nicht der Fall ist.<sup>58</sup> Einem redlichen Kreditnehmer wird zudem bewusst sein, dass sich der Kreditgeber niemals dazu bereit erklären würde, ihm „Negativzinsen“ zu bezahlen.<sup>59</sup> Dafür spricht sicherlich auch, dass die Zinsgleitklausel von ihrem Wortlaut und Zweck her ausschließlich das vom Kreditnehmer zu leistende Entgelt regeln soll.<sup>60</sup>

Als Zwischenergebnis lässt sich damit festhalten, dass die Zahlung von „Negativzinsen“ an den Kreditnehmer nicht innerhalb des zwischen den Parteien konsentierten Pflichtenprogramms liegt.

Die grundlegende Erkenntnis, dass sich die Vertragsteile typischerweise darüber einig sein werden, einen dem gesetzlich ausgestalteten Vertragstypus entsprechenden Kreditvertrag abzuschließen, bei dem der Kreditgeber – abgesehen von der Überweisung der Kreditvaluta – keine weiteren Zahlungen an den Kreditnehmer leistet, weist für alle weiteren Überlegungen zur Vertragsauslegung den Weg. Jedes Auslegungsergebnis, welches wir im Folgenden auch immer erzielen werden, muss sich aus zwingenden rechtsmethodischen Gründen innerhalb des „Regelungsrahmens“ bewegen, den der „natürliche Konsens“ der Parteien vorgibt.<sup>61</sup>

## B. Auslegung der Zinsgleitklausel

Im allergrößten Teil der Kreditverträge, die vom OGH zu beurteilen waren, haben die Parteien eine Zinsgleitklausel vereinbart, die ohne irgendwelche zusätzlichen Einschränkungen auf den Referenzzinssatz verweist (zB „3-Monats-EURIBOR plus 2,000 % pa“).<sup>62</sup>

Die fehlende Beschränkung der Zinsgleitklausel nach unten und oben hin spricht mE eindeutig dafür, dass die Vertragsparteien den Sollzinssatz prinzipiell<sup>63</sup> unbeschränkt an die zukünftige Entwicklung des Referenzzinssatzes koppeln wollten. Die (Un-)Vorhersehbarkeit der späteren Negativentwicklung der Referenzzinssätze spielt hier wiederum keine entscheidende Rolle: Dies schon deshalb nicht, weil die (*langfristige*) *Entwicklung des Referenzzinssatzes* für die Parteien aus

56 Zur Vertrauenstheorie etwa *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht 1<sup>14</sup> (2014) Rz 343; *Heiss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 914 Rz 3.

57 Vgl etwa *Koziol – Welser/Kletečka*, BR 1<sup>14</sup> Rz 343; *Rummel* in *Rummel/Lukas* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch<sup>4</sup> (2014) § 863 Rz 14; *Wiebe* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 863 Rz 14; *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 869 Rz 3.

58 *Kronthaler*, Zak 2016, 129; *ders*, ÖJZ 2017, 104; idS nunmehr auch *Told*, ÖBA 2017, 834; OGH 10 Ob 13/17k = VbR 2017, 105; OGH 1 Ob 4/17w = ÖBA 2017, 510; OGH 8 Ob 101/16k = ZFR 2017, 393; OGH 8 Ob 107/16t = ZFR 2017, 556 (*Ruhm*); OGH 9 Ob 35/17p = ZFR 2017, 550; OGH 6 Ob 51/17v = ÖBA 2017, 867.

59 *Kronthaler*, Zak 2016, 129; *ders*, ÖJZ 2017, 104; idS nunmehr *Told*, ÖBA 2017, 834; OGH 10 Ob 13/17k = VbR 2017, 105; OGH 1 Ob 4/17w = ÖBA 2017, 510; OGH 8 Ob 101/16k = ZFR 2017, 393; 8 Ob 107/16t = ZFR 2017, 556 (*Ruhm*); OGH 9 Ob 35/17p = ZFR 2017, 550; OGH 6 Ob 51/17v = ÖBA 2017, 867.

60 Vgl *Zöchling-Jud*, ÖBA 2015, 322; OGH 1 Ob 4/17w = ÖBA 2017, 510 (jeweils auf den Wortlaut abstellend). Krit in diesem Punkt *Vonklich* in FS Eccher 1244.

61 Vgl allgemein *Heiss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 914 Rz 32 und insb 82; *Bollenberger* in *KBB*<sup>5</sup> § 914 Rz 5; besonders deutlich jüngst OGH 10 Ob 13/17k = VbR 2017, 105.

62 Vgl OGH 8 Ob 101/16k = ZFR 2017, 393.

63 Die Grenze bildet der in Ausnahmesituationen in Betracht kommende Wegfall der Geschäftsgrundlage; vgl dazu beim „Fixzinskredit“ oben FN 6.

*Sicht ex ante bekanntlich weitestgehend unvorhersehbar* ist und dies von den Vertragsteilen *bewusst in Kauf genommen* wurde.<sup>64</sup>

Müsste der Kreditnehmer, wie von manchen behauptet wird<sup>65</sup>, jedenfalls den Aufschlag („2,000 %“) als „Mindestsollzinssatz“ bezahlen, könnte es in manchen Konstellationen zu einer nahezu vollständigen Verlagerung des Zinsänderungsrisikos auf den Kreditnehmer kommen, wie das nachfolgende Beispiel verdeutlichen soll:

Ein variabel verzinsten Kreditvertrag über 200.000 € wurde im September 2012 abgeschlossen. Der vom Kreditnehmer zu bezahlende Sollzinssatz ergibt sich aus einem festen Aufschlag in Höhe von „2,000 %“ plus dem „3-Monats-EURIBOR“, welcher zu diesem Zeitpunkt bei ungefähr +0,250 % lag.<sup>66</sup> Der Anfangsollzinssatz hätte dementsprechend 2,250 % betragen. Läge die Untergrenze beim Aufschlag („2,000 %“), könnte der Sollzins um exakt -0,250 % nach unten absinken. Umgekehrt wäre nach oben hin ein unbegrenzter Zinsanstieg möglich.

Einem Kreditnehmer, der mit dem Kreditgeber eine *variable Verzinsung* vereinbart, im Wege der Vertragsauslegung zu unterstellen, er habe sich mit dem „Zinsänderungsrisiko“ belasten wollen, sich aber gleichzeitig keine relevante „Zinsänderungschance“ erhofft, wäre mE äußerst bedenklich. Ein neuerlicher Rückgriff auf die normative Auslegung bestätigt diesen Eindruck: Die entscheidende Frage ist nämlich, wie die Zinsgleitklausel von einem redlichen und verständigen Kreditnehmer unter den gegebenen Umständen verstanden werden durfte.

Der Kreditnehmer, der einer aus seiner Sicht risikobehafteten Zinsgleitklausel zustimmt und gerade keinen teureren, aber für ihn „sichereren“ Fixzinskredit wünscht,<sup>67</sup> geht für den Kreditgeber erkennbar von einer *ausgewogenen Verteilung von Chancen und Risiken* aus.<sup>68</sup> Ein redlicher Kreditgeber kann und darf nicht davon ausgehen, dass der Kreditnehmer nahezu das gesamte „Zinsänderungsrisiko“ auf sich nehmen wollte, ohne sich dafür einen entsprechenden „Zinsänderungsvorteil“ zu versprechen. Nach der Vertrauenstheorie ist der Kreditnehmer in seiner Erwartung einer gleichmäßigen Verteilung von Chancen und Risiken zu schützen.<sup>69</sup>

Ein mE durchaus gewichtiges, aber bislang kaum beachtetes Zusatzargument für das hier vertretene Auslegungsergebnis ist der „Vertragszweck“<sup>70</sup> von Zinsgleitklauseln: Sie dient der *Wahrung*

64 *Eliskases*, JBl 2017, 740; vgl auch *Ertl*, Memo: Inflation und Privatrecht, *ecolex* 2008, 313 (314); *ders* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*<sup>3</sup> § 985 Rz 72; *Aichberger-Beig* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 985 Rz 12.

65 *Zöchling-Jud*, ÖBA 2015, 325; *Ch. Rabl*, VbR 2016, 63; *G. Graf*, ZFR 2017, 371 f.

66 *Österreichischen Nationalbank*, <https://www.oenb.at/Statistik/Standardisierte-Tabellen/Internationale-Vergleiche/Zinssatze-und-Renditen/Drei-Monats-Zinss-tze.html> (zuletzt abgefragt am 28. 5. 2018).

67 Man könnte durchaus sagen, der höhere Risikoaufschlag beim „Fixzinskredit“ stelle eine Art „Versicherungsprämie“ gegen nachträgliche Zinssteigerungen dar.

68 S zu Recht bereits *Leupold*, VbR 2015, 83; ihr folgend *Kronthaler*, *Zak* 2016, 129; *ders*, ÖJZ 2017, 105; *ders*, *Zak* 2017, 225 f; *Aichberger-Beig* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 988 Rz 12/1; OGH 4 Ob 60/17b = ÖBA 2017, 422 (krit *B. Koch*); dem 4. Senat folgend OGH 8 Ob 101/16k = ZFR 2017, 393; OGH 8 Ob 107/16t = ZFR 2017, 556 (*Ruhm*); OGH 9 Ob 35/17p = ZFR 2017, 550; OGH 3 Ob 88/17p = ÖBA 2017, 861; ausdrücklich aA *G. Graf*, ZFR 2017, 372.

69 Die Behauptung, der OGH stütze seine Argumentation alleine (!) auf den Wortlaut der Zinsgleitklauseln, ist unrichtig (anders aber *S. Foglar-Deinhardstein*, Anmerkung zu OGH 8 Ob 101/16x, ÖBA 2018, 45 [46], der genau dies behauptet). Vielmehr berücksichtigt der OGH – mE mit Recht – auch verschiedene normative Gesichtspunkte im Rahmen der einfachen Vertragsauslegung.

70 Vgl zur Beachtlichkeit des „Vertragszwecks“ bei der Auslegung *Gschnitzer* in *Klang* IV/1<sup>2</sup> 405; *Heiss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 914 Rz 32; *Vonkilch* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch<sup>3</sup> (2011) § 914 Rz 175 ff; skeptisch aber *G. Graf*, *Vertrag und Vernunft* (1997) 251 ff.

der ursprünglichen vertraglichen Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung.<sup>71</sup> Der Kreditgeber soll nicht durch eine nachträgliche Verteuerung seiner Refinanzierungskosten benachteiligt werden; der Kreditnehmer soll aber umgekehrt auch von einer aus seiner Sicht günstigen Veränderung der Refinanzierungsmöglichkeiten des Kreditgebers profitieren. Die Zinsgleitklausel soll zugunsten beider Vertragsparteien wirken!

### C. Dysfunktionalität der in der Praxis verwendeten Zinsgleitklauseln?

Der jüngst gleich mehrfach erhobene Einwand, dass die derzeit gängigen Referenzzinssätze die tatsächlichen Refinanzierungskosten des Kreditgebers in Wahrheit nur ungenügend abbildeten,<sup>72</sup> verfängt jedenfalls im Rahmen der hier anzustellenden Überlegungen zur Vertragsauslegung nicht. Einigen sich Kreditgeber und Kreditnehmer über einen variablen Zinssatz, bringen beide damit übereinstimmend zum Ausdruck, dass die gewährte Leistung mit der dafür hingebenen Gegenleistung als „vergolten“ anzusehen ist (§ 917 ABGB).

Der vereinbarte Referenzzinssatz bildet die tatsächlichen Refinanzierungskosten des Kreditgebers zu keinem Zeitpunkt ganz korrekt ab<sup>73</sup>; weder beim Vertragsabschluss noch irgendwann während der Laufzeit des Kredits. Das Risiko, dass die Veränderung der eigenen Refinanzierungskosten nicht mit jener des Referenzzinssatzes korreliert, hat nach allgemeinen Grundsätzen<sup>74</sup> der Kreditgeber zu tragen. Die anfängliche, von den Vertragsparteien in beiderseitigem Einverständnis bestimmte „subjektive Äquivalenz“ kann deshalb während der Kreditlaufzeit nur dadurch aufrechterhalten werden, dass sich das vom Kreditnehmer laufend zu zahlende Entgelt entsprechend dem vereinbarten Indikatorwert anpasst. Es ist davon auszugehen, dass allfällige über dem Referenzzinssatz liegende Refinanzierungskosten bereits im Aufschlag eingepreist sind.<sup>75</sup>

### D. Entgeltlichkeit

*Told*<sup>76</sup> hat vor kurzem Bedenken dahingehend geäußert, dass sich eine auch bloß „zeitweise Nullverzinsung“ in Widerspruch „zur übereinstimmenden Vorstellung der Parteien beim Vertragsabschluss“ setzen könnte. Daher habe der Kreditnehmer „zu den vereinbarten Zeitpunkten einen (Mindest)Zins zu leisten“, wobei sich dieser wirtschaftlich „kaum von einer Nullverzinsung“ unterscheide. Sofern mit dem Kreditnehmer zusätzlich Vergütungen vereinbart worden wären, „die unabhängig von einem Nullzinssatz die Entgeltlichkeit des Vertrages begründen, wird auch eine zeitweise Nullverzinsung vom gemeinsamen Konsens getragen sein“.<sup>77</sup>

Abgesehen davon, dass in praxi neben dem Sollzinssatz wohl stets zusätzliche Leistungen vom Kreditnehmer geschuldet sind, beruhen die Ausführungen von *Told* auf einem unrichtigen Ver-

71 *Ellenberger* in FS Hopt II 1754, 1757; *Omlor* in *Staudinger*, BGB § 246 BGB Rz 62; *Krepold* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch<sup>5</sup> Rz 78/70; vgl auch *Iro*, Einseitige Kreditzinsenanpassung durch die Bank? RdW 1985, 266; *Eliskases*, JBl 2017, 740. S ferner *Coester* in *Staudinger* (Hrsg.), BGB (2013) § 307 BGB Rz 330a. OGH 10 Ob 80/15k = ZFR 2017, 78 (*Butschek*); OGH 8 Ob 31/12k = ÖBA 2012, 691 (*Butschek*).

72 *G. Graf*, ZFR 2017, 370; *Ch. Rabl*, ÖBA 2017, 355; *B. Koch*, Anmerkung zu OGH 4 Ob 60/17b, ÖBA 2017, 423 (425).

73 Vgl schon *Kronthaler*, ÖJZ 2017, 107. Dies zur Kritik von *B. Koch*, ÖBA 2017, 424.

74 ZB *Told*, ÖBA 2017, 840; näher zur Tragung des Beschaffungsrisikos durch den Leistungsschuldner unter Pkt V.D.

75 Darauf weist *Told*, ÖBA 2017, 829, zu Recht hin.

76 ÖBA 2017, 835 ff.

77 Im praktischen Ergebnis dürfte die Auffassung von *Told*, ÖBA 2017, 832 ff, jener des *Verfassers* entsprechen (Nullverzinsung, aber keine Negativzinsen möglich; vgl *Kronthaler*, ÖJZ 2017, 103 ff; *ders*, Zak 2017, 224 ff).

ständnis des Begriffs der Entgeltlichkeit: Bei der Prüfung der Entgeltlichkeit geht es alleine um die „subjektive Äquivalenz“ der gegenseitig auszutauschenden Leistungen aus Sicht der betroffenen Parteien; maßgeblich für die Beurteilung ist daher der *Zeitpunkt des Vertragsabschlusses*.<sup>78</sup> Es hat mithin keinen Einfluss auf die Entgeltlichkeit eines Kreditvertrags, wenn nicht in jeder Zinsperiode Leistungen an den Kreditgeber fließen.<sup>79</sup>

## E. Mangelnde Schutzbedürftigkeit des Kreditnehmers?

Nicht zu folgen ist der Auffassung, die Vereinbarung einer Zinsobergrenze wäre entbehrlich, weil das objektive Recht den Kreditnehmer durch § 934 ABGB und die Regelungen über den Wucher gegen nachträglich steigende Sollzinsen absichere.<sup>80</sup> Sowohl die *laesio enormis* (§ 934 ABGB) als auch der Wuchertatbestand (§ 879 Abs 2 Z 4 ABGB; WucherG) knüpfen an den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses an, weshalb diese Regelungen den Kreditnehmer nicht gegen einen belastenden Zinsanstieg im Nachhinein schützen können.<sup>81</sup>

Nicht zu teilen sind mE auch die Bedenken *Ch. Rabls*<sup>82</sup> im Hinblick auf die vorzeitige Kreditrückzahlungsmöglichkeit des Verbraucherkreditnehmers (vgl § 16 VKrG; § 20 HIKrG). *Ramharter*<sup>83</sup> hat mit Recht darauf hingewiesen, dass trotz der Möglichkeit zur jederzeitigen vorzeitigen Rückzahlung zumindest auf „*Portfoliobasis*“ eine Absicherung des Kreditgebers gegen einen späteren Zinsanstieg durch sog „Hedging“ möglich ist.<sup>84</sup> Außerdem ist ein anderer gewichtiger Aspekt in der bisherigen Diskussion in Österreich noch gar nicht angesprochen worden: Die hohen Transaktionskosten einer Umschuldung.<sup>85</sup> Das Recht des Verbraucherkreditnehmers, seinen Kredit jederzeit vorzeitig zu tilgen, stellt schon alleine aus diesem Grund keine adäquate Kompensation für das Risiko eines unbegrenzten späteren Zinsanstiegs dar.

## F. Zwischenergebnis (Regelungsplan der Parteien)

Zusammengefasst ergibt sich bereits im Rahmen der einfachen Vertragsauslegung ein klarer und vollständiger *Regelungsplan* der Vertragsparteien: Kreditgeber und Kreditnehmer sind sich darüber einig, einen Kreditvertrag iSd § 988 ABGB abzuschließen. Die Zahlung von „Negativzinsen“ war von beiden Vertragsparteien zu keinem Zeitpunkt gewollt. Abgesehen davon, soll sich der Sollzinssatz in gleicher Weise nach oben und unten hin verändern können.<sup>86</sup>

78 *Reischauer* in *Rummel* I<sup>3</sup> § 917 Rz 1; *Koziol – Welser/Kletečka*, BR I<sup>14</sup> Rz 365; *Kronthaler*, Zak 2016, 218; *ders*, ÖJZ 2017, 105 f.

79 So mit Recht schon *Leupold*, VbR 2015, 82.

80 So aber *Zöchling-Jud*, ÖBA 2015, 328; *dies*, Anmerkung zu OGH 3 Ob 47/16g, ÖBA 2017, 764 (766).

81 Vgl zum Wucher *Koziol – Welser/Kletečka*, BR I<sup>14</sup> Rz 556; *Krejci* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 879 Rz 356; zur *laesio enormis* *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> (2015) Rz 443; *Gruber* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 934 Rz 7; *Reischauer* in *Rummel* I<sup>3</sup> § 934 Rz 5.

82 BA 2017, 355 f; idS aber auch *G. Graf*, ZFR 2017, 370 f.

83 VbR 2017, 145.

84 Die Kosten für die Absicherungsgeschäfte („Hedging“) kann der Kreditgeber – etwa innerhalb des in der Marge enthaltenen Risikoaufschlags – auf den Kreditnehmer überwälzen (zutreffend *Ramharter*, VbR 2017, 145).

85 Vgl BGH XI ZR 78/08 = BGHZ 180, 257; *Habersack*, WM 2001, 757; *Schimansky*, WM 2001, 1172; *ders*, Zinsanpassung im Aktivgeschäft, WM 2003, 1449; *Fuchs* in *Ulmer/Brandner/Hensen* (Hrsg), AGB-Recht<sup>12</sup> (2016) Zinsanpassungsklauseln Rz 21.

86 *Kronthaler*, Zak 2017, 226.

Es bedarf daher auch *keines Rückgriffs auf die ergänzende Vertragsauslegung*: „Ein solcher kommt nur dann in Betracht, wenn nach Vertragsabschluss Probleme auftreten, die die Parteien nicht bedacht und daher nicht geregelt haben“.<sup>87</sup>

## V. Gesetzliche Vorgaben für Zinsgleitklauseln in Verbraucherkreditverträgen

### A. Rechtfertigung von Preisänderungsklauseln in Kreditverträgen durch praktisches Anpassungsbedürfnis

Aufgrund des zumeist mehrjährigen, nicht selten sogar jahrzehntelangen Rückzahlungszeitraumes besteht bei Kreditverträgen für den Kreditgeber ein enormes praktisches Bedürfnis, während der gesamten Vertragslaufzeit auf Entwicklungen reagieren zu können, die für die Höhe des vom Kreditnehmer zu bezahlenden Entgelts relevant sind.<sup>88</sup>

### B. Inhaltliche Schranken der Preisanpassung

Der Gesetzgeber erkennt die Möglichkeit einer einseitigen Entgeltanpassung durch den Unternehmer während laufendem Vertrag in § 6 Abs 1 Z 5 KSchG grundsätzlich an.<sup>89</sup>

Damit kommt der Gesetzgeber dem „Preisänderungsinteresse“ des Unternehmers entgegen, was vor allem bei langfristigen Vertragsbindungen durchaus nachvollziehbar ist. Für den Verbraucher, der zu einer Leistung an den Unternehmer verpflichtet ist, bedeutet ein einseitiges Preisänderungsrecht allerdings eine empfindliche Abschwächung der subjektiven „Richtigkeitsgewähr“<sup>90</sup> des Vertrags; darauf hat allen voran *Schauer*<sup>91</sup> mit Recht hingewiesen.<sup>92</sup> Eine Preisänderungsklausel legt den künftigen Vertragsinhalt nämlich nicht in bestimmter Weise fest, sondern umschreibt nur diejenigen Umstände, die eine Bestimmbarkeit der Leistung in Zukunft ermöglichen.

Dazu kommt, dass Klauseln, die eine Möglichkeit zur einseitigen Preisänderung durch den Unternehmer vorsehen, in den seltensten Fällen individuell ausgehandelt werden. Der Verbraucher befindet sich im Regelfall in einer Situation der „verdünnten Willensfreiheit“.<sup>93</sup>

Zum Schutz des Verbrauchers ist das nachträgliche „Preisänderungsrecht“ des Unternehmers deshalb an vier strenge inhaltliche Voraussetzungen gebunden:

Eine Preisänderungsklausel ist nur dann gültig, wenn „*der Vertrag bei Vorliegen der vereinbarten Voraussetzungen für eine Entgeltänderung auch eine Entgeltsenkung vorsieht*“ (= Symmetriegebot), „*die*

87 OGH 4 Ob 60/17b = ÖBA 2017, 422 (krit *B. Koch*) (Hervorhebung im Original); ferner *Bollenberger* in *KBB*<sup>5</sup> § 914 Rz 8; *Heiss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,02</sup> § 914 Rz 99. Vgl allgemein *Koziol – Welsler/Kletečka*, BR I<sup>14</sup> Rz 351.

88 So iZm längerfristigen Darlehen etwa *Kronthaler*, ÖJZ 2017, 101 unter Berufung auf *Freitag* in *Staudinger* (Hrsg), BGB (2015) § 488 BGB BGB Rz 190. Vgl allgemein *Langer* in *Kosesnik-Wehrle* (Hrsg), Kurzkomentar zum KSchG<sup>4</sup> (2015) § 6 KSchG Rz 25.

89 ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 23 f; vgl auch *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/4<sup>3</sup> (2002) § 6 KSchG Rz 72 ff; *Eccher* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch<sup>3</sup> (2006) § 6 Abs 1 Z 5 KSchG Rz 1; *Apathy* in *Schwimann/Kodek Va*<sup>4</sup> § 6 KSchG Rz 22.

90 *F. Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes (1967) 126 ff.

91 Die Anpassungsklauseln im Versicherungsvertragsrecht, VR 1999 H 1-2, 21; zust *Fenyves/Rubin*, Vereinbarung von Preisänderungen bei Dauerschuldverhältnissen und KSchG, ÖBA 2004, 347 (349).

92 So im gegenständlichen Zusammenhang auch *Told*, ÖBA 2017, 830.

93 Vgl *Iro*, Anmerkung zu den Entscheidungen des OGH 5 Ob 266/02g, 4 Ob 265/02b und 4 Ob 288/02k, ÖBA 2003, 376 (377); ferner allgemein *Schauer*, VR 1999 H 1-2, 21.

für die Entgeltänderung maßgebenden Umstände im Vertrag umschrieben und sachlich gerechtfertigt sind“ (= Transparenzgebot<sup>94</sup> und Erfordernis der sachlichen Rechtfertigung<sup>95</sup>) und „ihr Eintritt nicht vom Willen des Unternehmers abhängt“ (= Gebot der Willensunabhängigkeit).

Wird auch nur eines dieser vier Kriterien nicht eingehalten, ist die Preisänderungsklausel unwirksam (§ 879 Abs 1 KSchG); G. Graf<sup>96</sup> spricht insoweit treffend von einer „bedingte[n] Anordnung“ des Gesetzes.

### C. Historische Entwicklung

Das Symmetriegebot des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG beruht nicht, wie man vielleicht glauben könnte, auf einer Umsetzung der Klausel-RL<sup>97</sup>, sondern auf einer autonomen Entscheidung des österreichischen Gesetzgebers.<sup>98</sup> Den nationalen *Gesetzesmaterialien* kommt daher eine ganz erhebliche Bedeutung zu:

Bereits bei Einführung des KSchG mit BGBl 1979/140 hat der Gesetzgeber darauf hingewiesen, dass § 6 Abs 1 Z 5 „entgegen dem Grundsatz ‚pacta sunt servanda‘ einen nachträglichen einseitigen Eingriff des Unternehmers in das ursprüngliche Verhältnis von Leistung und Gegenleistung“ ermögliche. Der „zahlungspflichtige Verbraucher“ werde dadurch „einem besonderen Risiko ausgesetzt“.<sup>99</sup>

Mit einer Novelle des KSchG im Jahr 1997<sup>100</sup> sollten die Zulässigkeitsvoraussetzungen für Preisänderungsklauseln gleich „in zweierlei Hinsicht verbraucherfreundlicher gestaltet werden“:

Zunächst (und primär) sollte „das – in § 31c KSchG für den Pauschalreisevertrag bereits enthaltene – Erfordernis der Zweiseitigkeit von Preisgleitklauseln auf alle ‚Verbrauchergeschäfte‘ ausgedehnt werden“. „Eine solche Klausel soll nur dann wirksam sein, wenn der Unternehmer bei einer Änderung der vereinbarten Preisgleitfaktoren gegebenenfalls auch zu einer Preisminderung verpflichtet ist. Es ist nämlich nicht recht einzusehen, daß sich ein Unternehmer zwar gegen eine allfällige Verteuerung gewinnbestimmender Faktoren (etwa der Preise von Betriebsmitteln) absichern kann, im Fall der Verbesserung der Faktoren aber den dadurch bedingten Mehrgewinn lukrieren darf. Wenn es schon bestehende Unsicherheiten über preisbestimmende Umstände angezeigt erscheinen lassen, den vereinbarten Preis an die weitere Entwicklung bestimmter Umstände zu binden, dann soll dies im Sinn einer ausgewogenen Verteilung der Lasten und der Vorteile nicht ausschließlich nur zum Nachteil des Ver-

94 Die Verpflichtung des Unternehmers, die für die Entgeltsänderung maßgebenden Umstände im Vertrag zu umschreiben, beruht auf dem verbraucherschutzrechtlichen „Informationsmodell“ und verwirklicht ein besonderes Transparenzgebot (darauf weisen bereits *Fenyves/Rubin*, ÖBA 2004, 350, zutreffend hin; idS auch *Eccher in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 6 Abs 1 Z 5 KSchG Rz 4; vgl allgemein zum „Informationsmodell“ *Kletečka/Kronthaler*, Überlegungen zur Hinweispflicht bei „elektronisch geschlossenen Verträgen“ iSd § 8 FAGG, ÖJZ 2018, 5 f mwN).

95 Sachliche Rechtfertigung bedeutet aber nicht, dass der vom Unternehmer geforderte Preis angemessen sein muss (*Krejci in Rummel* II/4<sup>3</sup> § 6 KSchG Rz 85; *Eccher in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 6 Abs 1 Z 5 KSchG Rz 5).

96 Welche Preisänderungsklauseln sind in Verbraucherverträgen wirksam? wbl 2005, 203.

97 Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABI L 1993/95, 29.

98 *Schauer*, VR 1999 H 1-2, 23 Fn 25.

99 ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 23. In der Stammfassung sah § 6 Abs 1 Z 5 KSchG nur vor, dass die für die Erhöhung des Entgelts maßgebenden Umstände im Vertrag umschrieben sein müssen und ihr Eintritt nicht vom Willen des Unternehmers abhängig sein darf (ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 2; G. Graf, wbl 2005, 197 FN 1).

100 BGBl 1997/6.

*brauchers möglich sein.*<sup>101</sup> Zusätzlich wurde bestimmt, dass die für allfällige Preisänderungen maßgeblichen Faktoren sachlich gerechtfertigt sein müssen.<sup>102</sup>

#### D. Normzweck

Das Symmetriegebot in § 6 Abs 1 Z 5 KSchG bezweckt nach ganz hL<sup>103</sup> vordergründig die Aufrechterhaltung des anfänglichen Wertverhältnisses von vertraglicher Leistung und Gegenleistung. Der rechtsgeschäftlichen Einigung der Parteien über die gegenseitig auszutauschenden Leistungen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses kommt – wie erwähnt – eine gewisse „Richtigkeitsgewähr“ zu.<sup>104</sup> Die von den Vertragsteilen einvernehmlich festgelegte „subjektive Äquivalenz“ zwischen der Leistung des Unternehmers und der Gegenleistung des Verbrauchers soll bei jeder Preisanpassung möglichst beibehalten werden. Steigen die Kosten, die der Unternehmer zur Erbringung seiner Leistung aufzuwenden hat, gebührt ihm ein höheres Entgelt. Im umgekehrten Fall muss sich die Gegenleistung des Verbrauchers verringern. Im Ergebnis soll die „Gewinnmarge“ des Unternehmers über die gesamte Vertragslaufzeit hinweg gleich bleiben.<sup>105</sup>

*G. Graf*<sup>106</sup> hat allerdings zutreffend erkannt, dass § 6 Abs 1 Z 5 KSchG ökonomisch betrachtet im Grunde nichts anderes bewirkt, als die Möglichkeiten des Unternehmens zur Risikoüberwälzung auf den Verbraucher zu regeln. Nach allgemeinen Regeln<sup>107</sup> trägt der Leistungsschuldner, also der Unternehmer, das „Beschaffungsrisiko“. Ihn treffen all jene Kosten, die mit der Leistungsbeschaffung und -erbringung verbunden sind, und er trägt das Risiko, dass sich die Kosten zu seinen Lasten verändern.<sup>108</sup> § 6 Abs 1 Z 5 KSchG erlaubt dem Unternehmer aber unter gewissen Voraussetzungen, sein Beschaffungsrisiko auf den Verbraucher zu überwälzen („guter Tropfen“). Im Gegenzug muss sich ein Unternehmer, der von Vorteilen<sup>109</sup> einer zulässigen Preisänderungsklausel profitieren möchte, eben an die strengen verbraucherschutzrechtlichen Vorgaben halten („böser Tropfen“).

101 Hervorhebungen durch den Verfasser.

102 ErläutRV 311 BlgNR 20. GP 19.

103 *Koitz-Arko*, Zinsgleitklauseln bei Verbraucherkrediten, ÖBA 1998, 10 (11); *Krejci in Rummel II/4*<sup>3</sup> § 6 KSchG Rz 73; *Fenyves/Rubin*, ÖBA 2004, 350; *Fenyves/Rubin*, ÖBA 2004, 350; *Eccher in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 6 Abs 1 Z 5 KSchG Rz 1; *Apathy in Schwimann/Kodek Va*<sup>4</sup> § 6 KSchG Rz 22; *Kathrein/Schoditsch in KBB*<sup>5</sup> § 6 KSchG Rz 10; vgl auch *G. Graf*, wbl 2005, 200 („Gleichlauf von Kosten und Nutzen“). Vgl aus der Rsp bloß OGH 5 Ob 266/02g = SZ 2002/154; RIS-Justiz RS0117365.

104 Vgl *F. Bydlinski*, Privatautonomie 62 ff, 126 ff; ferner *P. Bydlinski*, Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil<sup>7</sup> (2016) Rz 6/2, der allerdings abschwächend von einer „Richtigkeitsvermutung“ spricht; s auch *G. Graf*, Vertrag und Vernunft 64 ff.

105 Vgl *Fenyves/Rubin*, ÖBA 2004, 351; *Vonkilch* in FS Eccher 1245.

106 Wbl 2005, 199.

107 *Krejci*, Konsumentenschutz und Bankgeschäfte, in *G. Mayer* (Hrsg), Konsumentenpolitisches Jahrbuch 1996 – 1997 (1998) 139 (149); vgl auch *Ch. Rabl*, Die Gefahrtragung beim Kauf (2002) 349 f; ferner *F. Bydlinski* in *Klang* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch IV/2<sup>2</sup> (1978) 124 f; *Pisko/Gschnitzer* in *Klang* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch VI<sup>2</sup> (1951) 541 ff; *Mayrhofer*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Das Recht der Schuldverhältnisse, Allgemeine Lehren II/1<sup>3</sup> (1986) 397; *Holly in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1447 Rz 27/3; *Aicher in Rummel/Lukas* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch<sup>4</sup> (2017) § 1053 Rz 15; s ferner *Habersack*, WM 2001, 754.

108 So etwa *G. Graf*, wbl 2005, 199. Umgekehrt profitiert der Leistungsschuldner von einem Absinken der Kosten, die er für die Beschaffung und Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistung aufbringen muss. Hinter der gesetzlichen Risikoordnung stehen – wie *G. Graf* (wbl 2005, 200) überzeugend nachgewiesen hat – ökonomisch sinnvolle Erwägungen. Der Leistungsschuldner wird dadurch veranlasst, vor Übernahme der Vertragsverbindlichkeit genau zu kalkulieren, welche Kosten mit der Erbringung der versprochenen Leistung verbunden sind. Vgl im gegenständlichen Zusammenhang auch *Vonkilch* in FS Eccher 1246.

109 Damit ist vor allem die Möglichkeit zur Absicherung gegen nachträgliche Preissteigerungen sowie die Vermeidung einer langfristigen Preiskalkulation gemeint; vgl oben unter Pkt I.A.

Es darf zudem nicht übersehen werden, dass § 6 Abs 1 Z 5 KSchG dem Verbraucher auch die Möglichkeit verschaffen möchte, die vom Unternehmer vorgenommene Entgeltsänderung auf ihre Richtigkeit und Angemessenheit hin zu überprüfen (Kontrollfunktion).<sup>110</sup>

### E. Bedeutung von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG für Zinsgleitklauseln

§ 6 Abs 1 Z 5 KSchG gilt, was an dieser Stelle kurz festzuhalten ist, nach zutreffender hA<sup>111</sup> sowohl für Zinsanpassungs- als auch für Zinsgleitklauseln. Zinsgleitklauseln haben bei Kreditverträgen die *Funktion*, den *Sollzins an die Refinanzierungskosten zu koppeln*.<sup>112</sup> Eine Anknüpfung an die individuellen Refinanzierungskosten der kreditgebenden Bank ist jedoch unmöglich, weil der einzelne Kredit keiner konkreten Refinanzierungsform zuordenbar ist.<sup>113</sup> Außerdem wäre eine solche Vorgangsweise, jedenfalls bei Verbraucherkrediten, eindeutig rechtswidrig. § 6 Abs 1 Z 5 KSchG sieht vor, dass die für die Entgeltänderung maßgebenden Umstände im Vertrag umschrieben und sachlich gerechtfertigt sein müssen. Nun hat schon *G. Graf*<sup>114</sup> zutreffend aufgezeigt, dass die Überwälzung betriebsinterner Kostenfaktoren<sup>115</sup>, wie etwa Veränderungen der Bonität der kreditgebenden Bank, grundsätzlich nicht zulässig ist.<sup>116</sup> Vor allem aber wäre es dem Kreditnehmer niemals möglich, die bankinternen Kosten zu überprüfen. Nicht zuletzt sind die konkreten Refinanzierungskosten – zumindest zum Teil – vom „*Willen des Unternehmers*“ abhängig, weil die kreditgebende Bank über den jeweiligen Refinanzierungsansatz entscheidet.<sup>117</sup>

### F. Verlangt § 6 Abs 1 Z 5 KSchG „Negativzinsen“ bei variablen Krediten?

Sämtliche bisherigen Überlegungen zur richtigen Auslegung von Zinsgleitklauseln in Kreditverträgen wären Makulatur, wenn das zwingende Verbraucherschutzrecht, namentlich § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, „Negativzinsen“ verlangen würde.<sup>118</sup> Es bedarf im Grunde keiner weiteren Erörterung, dass man im Wege der Vertragsinterpretation zu keinem gesetzwidrigen Ergebnis gelangen darf.<sup>119</sup>

110 *Koitz-Arko*, ÖBA 1998, 11; *G. Graf*, wbl 2005, 202, 204; *Langer* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG<sup>4</sup> § 6 KSchG Rz 26; *Eccher* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 6 Abs 1 Z 5 KSchG Rz 4; *Apathy* in *Schwimann/Kodek Va*<sup>4</sup> § 6 KSchG Rz 25.

111 *Koitz-Arko*, ÖBA 1998, 12; *Krejci* in *Rummel II/4*<sup>3</sup> § 6 KSchG Rz 86; *G. Graf*, Rechtswidrige Zinsanpassungsklauseln und Verjährungsrecht, *ecolex* 2003, 648 (648 f); *ders*, Bankvertragsrecht<sup>4</sup> (2017) 76; *M. Leitner*, Preis- und Zinsgleitklauseln, *ecolex* 2003, 660 (660 f); *Eccher* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 6 Abs 1 Z 5 KSchG Rz 1; *Dehn* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht IV<sup>2</sup> Rz 2/107; *Apathy* in *Schwimann/Kodek Va*<sup>4</sup> § 6 KSchG Rz 23; *Langer* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG<sup>4</sup> § 6 KSchG Rz 26; *Bollenberger*, Vertragsabschluss unter beiderseitig verdünnter Willensfreiheit, ÖBA 2016, 26 (28); OGH 5 Ob 266/02g = *ecolex* 2003, 237 (*M. Leitner*); OGH 10 Ob 13/17k = VbR 2017, 105; OGH 8 Ob 101/16k = ZFR 2017, 393; OGH 30.05.2017, 8 Ob 107/16t.

112 So ausdrücklich *Habersack*, WM 2001, 755 („*bislang übliche Funktion*“); vgl auch *Iro*, RdW 1985, 266; *M. Leitner*, *ecolex* 2003, 660; *B. Koch*, Basel II und Kreditvertragsrecht, ÖBA 2007, 614 (616); *Gumpoltsberger*, Einseitige Anpassung des Zinsaufschlags und Indikators bei Fremdwährungskrediten, *ecolex* 2012, 862 (862 f); *Zöchling-Jud*, ÖBA 2015, 324; aus deutscher Perspektive *Freitag* in *Staudinger*, BGB § 488 BGB Rz 197; *Fuchs* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht<sup>12</sup> Zinsanpassungsklauseln Rz 1.

113 *Schimansky*, WM 2001, 1173; *Fuchs* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht<sup>12</sup> Zinsanpassungsklauseln Rz 27.

114 Wbl 2005, 201.

115 Das sind solche, die sich der Kontrolle des Unternehmers entziehen (vgl nur *Krejci* in *Rummel II/4*<sup>3</sup> § 6 KSchG Rz 88; *G. Graf*, wbl 2005, 200 f; *Eccher* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 6 Abs 1 Z 5 KSchG Rz 5).

116 Ebenso wohl *Langer* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG<sup>4</sup> § 6 KSchG Rz 31.

117 Vgl *Rummel* in *Dullinger/Kaindl* (Hrsg), Bank- und Kapitalmarktrecht 2008 (2009) 84.

118 So etwa *Kolba*, VbR 2015, 50; *Leupold*, VbR 2015, 86; *Haghofer*, VbR 2016, 62; *Vonkilch* in FS *Eccher* 1250 ff; *Ramharter*, VbR 2017, 145.

119 *Busche* in *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* (Hrsg), Münchener Kommentar zum BGB I<sup>7</sup> (2015) § 157 BGB Rz 57; *Kriegner*, ÖBA 2016, 510; *Kronthaler*, ÖJZ 2017, 107; *ders*, Zak 2017, 226; *Vonkilch* in FS *Eccher* 1250; *Heiss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 914 Rz 78/0/1; aus der Judikatur etwa OGH 4 Ob 60/17b = ÖBA 2017, 422 (krit *B. Koch*) unter Berufung auf *Kriegner*, ÖBA 2016, 507.

Erste Zweifel daran, dass § 6 Abs 1 Z 5 KSchG beim Verbraucherkredit uU auch eine „umgekehrte Zinszahlungspflicht“ des Kreditgebers begründen könnte, ergeben sich bereits aus dem *Wortlaut* der Bestimmung: Dieser bezieht sich ausschließlich auf das vom Verbraucher zu leistende Entgelt.<sup>120</sup> Aber auch zur Erreichung des Normzwecks bedarf es keiner „Negativverzinsung“ des Kredits. Es kommt ja entscheidend darauf an, dass das ursprüngliche Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung während der gesamten Vertragslaufzeit möglichst aufrechterhalten wird. Fällt die Gegenleistung zur Gänze weg, weil der Verbraucherkreditnehmer überhaupt keine Zinsen mehr an den Kreditgeber zu bezahlen hat, bedarf es keiner Anpassungssymmetrie mehr, welche ja ausschließlich dazu dient, die Beibehaltung der anfänglichen Wertrelation von Leistung und Gegenleistung sicherzustellen.<sup>121</sup>

## VI. Ungeklärte Folgefragen

### A. Keine Untergrenze ohne Obergrenze?

In der Literatur<sup>122</sup> wird die Auffassung vertreten, dass § 6 Abs 1 Z 5 KSchG selbst dann, wenn eine Untergrenze für den Sollzinssatz („Zinsfloor“) festgelegt wurde, keine Obergrenze („Zinscap“) verlange.

Dem ist allerdings entschieden entgegenzutreten: Jede Untergrenze in Form eines Mindestsollzinssatzes, wo auch immer diese genau festgesetzt wird, limitiert die zukünftigen „Zinsänderungschancen“ des Kreditnehmers nach unten hin, obwohl dieser gleichzeitig einem unbegrenzten „Zinsänderungsrisiko“ nach oben hin ausgesetzt ist. Die von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG geforderte Aufrechterhaltung der ursprünglichen subjektiven Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung wäre somit nicht gewährleistet.<sup>123</sup> Sobald sich der Kreditgeber am Interbankenmarkt oder auf sonstige Weise (zB durch Einlagen- oder Anleiherrefinanzierung) günstiger refinanzieren kann als zum Mindestsollzinssatz, den der Kreditnehmer ja in jedem Fall zu bezahlen hätte, käme es zu einer einseitigen Erhöhung der Gewinnmarge des Kreditgebers. Dies möchte § 6 Abs 1 Z 5 KSchG aber gerade verhindern.<sup>124</sup> Es entspricht überdies der stRsp,<sup>125</sup> dass bei Zinsgleitklauseln „eine Entgeltensenkung im gleichen Ausmaß und in der gleichen zeitlichen Umsetzung wie eine Entgeltsteigerung zu erfolgen“ hat. Zur Festsetzung von Unter- und Obergrenze noch genauer unter Pkt VI.C.

<sup>120</sup> Kronthaler, Zak 2016, 129; ders, ÖJZ 2017, 107; ders, Zak 2017, 226; diesem folgend Aichberger-Beig in Kle-tečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 988 Rz 12/1; insoweit zustimmend auch G. Graf, Rechtliche Konsequenzen der verpflichtenden Verzinsung von Spareinlagen für den Streit über die Negativzinsen, ÖBA 2016, 722 (723 FN 7); Told, ÖBA 2017, 839; OGH; OGH 8 Ob 107/16t = ZFR 2017, 556 (Ruhm); OGH 9 Ob 35/17p = ZFR 2017, 550.

<sup>121</sup> So auch Told, ÖBA 2017, 838 f. IdS wohl bereits Ch. Rabl, VbR 2016, 63.

<sup>122</sup> Zöchling-Jud, ÖBA 2015, 328; Ch. Rabl, VbR 2016, 63; G. Graf, ZFR 2017, 368 ff; Eliskases, JBl 2017, 741; S. Foglar-Deinhardstein, ÖBA 2018, 47; aA Kolba, VbR 2015, 50; Leupold, VbR 2015, 84; Haghofer, VbR 2016, 62; Kriegner, ÖBA 2016, 514; Kronthaler, ÖJZ 2017, 106 f; Told, ÖBA 2017, 844.

<sup>123</sup> Daher richtig OGH 4 Ob 60/17b = ÖBA 2017, 422 (krit B. Koch); OGH 8 Ob 101/16k = ZFR 2017, 393; OGH 8 Ob 107/16t = ZFR 2017, 556 (Ruhm); OGH 4 Ob 107/17i = VbR 2017, 174; OGH 6 Ob 51/17v = ÖBA 2017, 867.

<sup>124</sup> ErläutRV 311 BlgNR 20. GP 19; vgl auch Kronthaler, ÖJZ 2017, 106; zust Told, ÖBA 2017, 844 ff.

<sup>125</sup> OGH 5 Ob 266/02g = SZ 2002/154; OGH 10 Ob 13/17k = VbR 2017, 105; OGH 4 Ob 60/17b = ÖBA 2017, 422 (krit B. Koch); OGH 8 Ob 101/16k = ZFR 2017, 393; OGH 8 Ob 107/16t = ZFR 2017, 556 (Ruhm); RIS-Justiz RS0117365. IdS bereits Koitz-Arko, ÖBA 1998, 11.

## B. Aufspaltung des Sollzinssatzes

### 1. Der Vorschlag von G. Graf

G. Graf<sup>126</sup> hat jüngst den Versuch unternommen, die *Zulässigkeit eines Mindestsollzinssatzes* damit zu begründen, dass die Aufspaltung des Sollzinssatzes in einen fixen und einen variablen Bestandteil zulässig sei. Hinsichtlich des *variablen Teils* seien die Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG zu erfüllen. Was den *fixen Teil* anbelange, komme § 6 Abs 1 Z 5 KSchG hingegen erst gar nicht zur Anwendung.<sup>127</sup>

Gegen die Zulässigkeit, den Sollzinssatz einfach in einen fixen und einen variablen Bestandteil aufzuspalten, könnte aber sprechen, dass § 6 Abs 1 Z 5 KSchG pauschal auf das „*bei der Vertragsschließung bestimmte Entgelt*“ abstellt. Beim Kredit beinhaltet das *Gesamtentgelt*, das der Kreditnehmer schuldet, neben den laufenden *Zinsen* vielfach noch *zusätzliche Vergütungen* (zB eine einmalige Kreditbearbeitungsgebühr sowie ein laufendes Kontoführungsentgelt).<sup>128</sup>

Nun ergibt sich aus § 6 Abs 1 Z 5 KSchG fraglos nicht, dass das gesamte vom Kreditnehmer geschuldete (Gesamt-)Entgelt zwingend zweiseitig ausgestaltet sein muss, wenn nur (aber immerhin) der Zinssatz variabel ausgestaltet sein soll. Die inhaltlichen Anforderungen des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG beziehen sich richtigerweise bloß auf *variable Entgeltsbestandteile*. Bestehen nebeneinander fixe und variable Entgeltbestandteile, müssen grundsätzlich nur die variablen den Vorgaben des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG entsprechen.

Genau an dieser Stelle knüpft G. Graf<sup>129</sup> an, wenn er ausführt, dass der Kreditnehmer etwa die fix vereinbarten Kreditbearbeitungsgebühren in jedem Fall als *Mindestentgelt* zu zahlen hätte, egal wie sich der vereinbarte Referenzzinssatz und der an diesen gekoppelte Sollzinssatz entwickelt. Dem ist dem Grundsatz nach auch zuzustimmen.<sup>130</sup>

Trotzdem bestehen mE erhebliche Bedenken dagegen, eine Aufspaltung des Zinssatzes in einen fixen und einen variablen Teil als zulässig anzusehen. Bei den Sollzinsen handelt es sich mE um einen eigenständigen, von den übrigen Vergütungen des Kreditnehmers *abgrenzbaren Entgeltsbestandteil*.<sup>131</sup>

### 2. Abgrenzung von Zinsen und anderen Vergütungen

Was unter „Zinsen“ zu verstehen ist, wird im Gesetz nicht näher definiert, sondern als bekannt vorausgesetzt.<sup>132</sup> Gemeinhin versteht man unter dem Begriff der „Zinsen“, eine feste oder verän-

126 ZFR 2017, 368 ff; zust S. Foglar-Deinhardstein, ÖBA 2018, 47. IdS bereits Zöchling-Jud, ÖBA 2016, 766.

127 Zur Absicherung seiner These verweist G. Graf (ZFR 2017, 368) auf einen Timesharing-Vertrag. Bei einem solchen könnte ein fixes Entgelt in Höhe von 1.000 Euro mit einem variablen in Höhe von 2.000 Euro problemlos kombiniert werden. In dieser Konstellation seien „keine Gesichtspunkte erkennbar“, die gegen die Zulässigkeit einer derartigen Vereinbarung sprechen könnten. Vgl auch Ch. Rabl, ÖBA 2017, 356. ME bestehen auch bei einem Timesharing-Vertrag Bedenken gegen ein Mindestentgelt. Der Unterschied zur Zinsgleitklausel liegt bloß im unterschiedlichen Anpassungsverhältnis (dies ausführend etwa G. Graf, ZFR 2017, 369 f).

128 Ertl in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 984 Rz 5; Perner in Schwimann/Kodek IV<sup>4</sup> § 984 Rz 3; Kronthaler, ÖJZ 2017, 101.

129 ZFR 2017, 368 ff.

130 Inwieweit den Bedenken gegen eine prozentual bemessene Kreditbearbeitungsgebühr Berechtigung zukommt, ist nicht Gegenstand der Untersuchung.

131 Insb von der Kreditbearbeitungsgebühr und vom Kontoführungsentgelt, welches idR indexgebunden und damit ebenfalls variabel ausgestaltet ist.

132 Ertl in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 1000 Rz 2; Zöchling-Jud, ÖBA 2015, 322.

derliche, laufzeitabhängige, gewinn- und umsatzunabhängige Vergütung für die Möglichkeit der Kapitalnutzung.<sup>133</sup> Der vom Kreditnehmer zu bezahlende Zins hat im Wesentlichen die Funktion einer Kapitalnutzungsvergütung.<sup>134</sup>

Dieses *funktionale Verständnis* des Zinsbegriffs<sup>135</sup> ermöglicht eine Abgrenzung zu anderen vom Kreditnehmer zu leistenden Vergütungen, die in erster Linie dazu dienen, dem Kreditgeber einen Ausgleich für Kosten zu verschaffen, die ihm zB bei der Kapitalbeschaffung und -überlassung entstanden sind.<sup>136</sup> Im Unterschied zu den Zinsen geht es dem Kreditgeber bei den übrigen Vergütungen nicht um eine Gegenleistung für die zeitweilige Zurverfügungstellung von Kapital, sondern – vereinfacht ausgedrückt – um „Aufwandersatz“.

### 3. Beispiel

Ausgangspunkt ist wieder ein Kreditvertrag, der im September 2012 mit folgender Zinsgleitklausel abgeschlossen wurde: „1,875 % pa (fix) + 3-Monats-EURIBOR + 0,125 % pa (variabel)“.

Der vom Kreditnehmer geschuldete Anfangssollzinssatz läge abermals bei ca 2,250 %.<sup>137</sup> Aufgrund der Aufspaltung des Sollzinssatzes in einen fixen und einen variablen Bestandteil besteht bei 1,875 % eine Untergrenze („Zinsfloor“). Der Zinssatz könnte sich nach oben hin unbegrenzt entwickeln, während nach unten hin ein Absinken im Ausmaß von lediglich -0,375 % möglich wäre.

In diesem Fall droht – gleich wie bei der ausdrücklichen Vereinbarung einer Zinsuntergrenze – eine einseitige Erhöhung der Gewinnmarge des Kreditgebers, sobald sich dieser günstiger als zum Mindestsollzinssatz („1,875 % pa“) refinanzieren kann. Die Aufspaltung des Sollzinssatzes in einen fixen und einen variablen Teil steht daher schon auf den ersten Blick mit dem Normzweck von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG in Widerspruch.

### 4. Eigene Lösung

Stellt man trotzdem die Frage, ob die Trennung des Sollzinssatzes in zwei Bestandteile zulässig sein kann, muss zunächst einmal untersucht werden, welcher (wirtschaftliche) Zweck sich hinter der Aufspaltung verbirgt.

Dies lässt sich bei näherer Betrachtung auch relativ leicht beantworten: Der Kreditgeber ist aus den bekannten Gründen (s dazu bereits oben unter Pkt I.A.) an einer *variablen Verzinsung* des Kredits interessiert. Durch die Aufspaltung des Sollzinssatzes soll – auch ohne ausdrückliche Vereinbarung – ein „Floor“ eingezeichnet werden („1,875 % pa“); einer Zinsobergrenze („Cap“) bedürfte es aber dennoch nicht, weil das Symmetriegebot nur für den variablen Teil der Zinsgleitklausel („3-Monats-EURIBOR + 0,125 % pa“) gelten würde. Rechnerisch besteht trotz der Aufspaltung des Sollzinssatzes überhaupt kein Unterschied zur im Ausgangsbeispiel gebildeten Zinsgleitklausel („2,000 % + 3-Monats-EURIBOR pa“).

133 Vgl K. P. Berger in MüKoBGB III<sup>7</sup> § 488 BGB Rz 154; Freitag in Staudinger, BGB § 488 BGB Rz 181; Krepold in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch<sup>5</sup> Rz 78/1.

134 K. P. Berger in MüKoBGB III<sup>7</sup> § 488 BGB Rz 156. Vgl auch österreichischer Sicht Welser/Zöchling-Jud, BR II<sup>14</sup> Rz 169; Mayrhofer, SchR AT 62.

135 Überzeugend K. P. Berger in MüKoBGB III<sup>7</sup> § 488 BGB Rz 157.

136 K. P. Berger in MüKoBGB III<sup>7</sup> § 488 BGB Rz 159.

137 Der 3-Monats-EURIBOR lag im September 2012 bei ungefähr +0,250 %.

Geht man allerdings vom hier vertretenen funktionalen Verständnis des Zinsbegriffs aus, gelangt man geradezu zwangsläufig zu einem gegenteiligen Ergebnis. Der vom Kreditnehmer zu bezahlende Sollzinssatz offenbart sich dann als ein einheitlicher Entgeltsbestandteil; die Zinsen sind als Kapitalnutzungsvergütung anzusehen. Die vom Kreditnehmer im Regelfall zusätzlich geschuldete Kreditbearbeitungsgebühr und das laufend zu entrichtende Kontoführungsentgelt sind funktional gesondert zu betrachten. Ein weites Verständnis des Entgeltsbegriffs in § 6 Abs 1 Z 5 KSchG ist durch den Normzweck gerechtfertigt (extensive Auslegung<sup>138</sup>).

Beurteilt man auch einen in zwei Teile aufgespaltenen Sollzinssatz als funktional abgrenzbaren Entgeltsbestandteil, verstößt die Zinsgleitklausel im Beispiel (s oben Pkt VI.B.3.) wegen Nichteinhaltung der gesetzlich geforderten Anpassungssymmetrie gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG. Der Kreditvertrag bleibt aufrecht (Restgültigkeit des Vertrags); die im konkreten Anlassfall vereinbarte Zinsgleitklausel ist durch eine hypothetische zu ersetzen.<sup>139</sup>

## 5. Gesetzesumgehung?

Wollte man der hier vorgeschlagenen, am Normzweck orientierten extensiven Auslegung nicht folgen, wäre ungeachtet dessen noch zu prüfen, ob durch die Aufspaltung des Sollzinssatzes in einen fixen und einen variablen Bestandteil die Anwendung von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG nicht einfach umgangen werden soll.

Die Umgehung einer gesetzlichen Vorschrift kann nach § 879 Abs 1 ABGB zur Nichtigkeit einer Vertragsbestimmung führen, wenn der Normzweck (der sonst umgangenen Bestimmung) dies erfordert.<sup>140</sup> Es kommt mithin entscheidend darauf an, ob die Teleologie von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG einer Aufspaltung des Sollzinssatzes in einen fixen und einen variablen Teil entgegensteht.

Da die Aufspaltung des Sollzinssatzes, wie gesagt, zum *exakt selben wirtschaftlichen Ergebnis* führt wie die ausdrückliche *Vereinbarung einer Zinsuntergrenze*,<sup>141</sup> läge mE auch eine Gesetzesumgehung vor.<sup>142</sup> Es wäre überhaupt nicht einsichtig, eine Zinsgleitklausel mit ausdrücklich festgelegter Untergrenze („Der vom Kreditnehmer zu bezahlende Mindestsollzinssatz beträgt 1,875 % pa.“) und eine solche mit aufgespaltenem Sollzins („1,875 % pa [fix] + 3-Monats-EURIBOR + 0,125 % pa [variabel]“) unterschiedlich zu behandeln.

138 Wenn der durch das in Frage stehende Rechtsgeschäft angestrebte Erfolg mit dem Normzweck einer bestimmten Gesetzesbestimmung unvereinbar zu sein scheint, dann gilt es nach zutreffender Auffassung zunächst einmal zu versuchen, die rechtsgeschäftliche Vereinbarung durch extensive Auslegung zu erfassen (Sack/Seibl in Staudinger (Hrsg), BGB [2017] § 134 BGB Rz 146).

139 Zu den Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG etwa *Eccher in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 6 Abs 1 Z 5 KSchG Rz 7; ferner *Kathrein/Schoditsch* in KBB<sup>5</sup> § 6 KSchG Rz 11.

140 *Kozioł – Welsler/Kletečka*, BR I<sup>14</sup> Rz 559; *P. Bydlinski*, AT<sup>7</sup> Rz 7/41; *G. Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 879 Rz 56; *Heiss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 916 Rz 4; zum deutschen Recht *Sack/Seibl* in *Staudinger*, BGB § 134 BGB Rz 144 ff; *Armbrüster* in *MüKoBGB* I<sup>7</sup> § 134 BGB Rz 11; *Wolff/Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts<sup>11</sup> (2016) Rz 45/26.

141 Der OGH sieht die ausdrückliche Vereinbarung einer Untergrenze („Zinsfloor“) ohne gleichzeitige Festlegung einer Obergrenze („Zinscap“) zu Recht als mit § 6 Abs 1 Z 5 KSchG unvereinbar an; vgl OGH 4 Ob 60/17b = ÖBA 2017, 422 (krit *B. Koch*); OGH 8 Ob 101/16k = ZFR 2017, 393; OGH 8 Ob 107/16t = ZFR 2017, 556 (*Ruhm*); OGH 4 Ob 107/17i = VbR 2017, 174; OGH 6 Ob 51/17v = ÖBA 2017, 867.

142 Eine *Umgehungsabsicht* ist nach der hL und Rsp nicht zu fordern, vielmehr genügt eine objektive Normzweckverletzung (*Kozioł – Welsler/Kletečka*, BR I<sup>14</sup> Rz 560; *Heiss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 916 Rz 4; RIS-Justiz RS0016780; RIS-Justiz RS0016792; zB OGH 3 Ob 614/89 = SZ 63/50; anders aber OGH 12. 3. 1992 8 Ob 526/92 [unveröffentlicht]).

§ 6 Abs 1 Z 5 KSchG möchte verhindern, dass nahezu das gesamte *Zinsänderungsrisiko* auf den Verbraucherkreditnehmer *überwälzt* wird. Es ist also ein bestimmter wirtschaftlicher Erfolg, der verpönt ist und verhindert werden soll. Teleologisch betrachtet ist es nun aber vollkommen gleichgültig, ob ausdrücklich ein Mindestsollzinssatz vereinbart wird oder der vom Kreditnehmer zu zahlende Zinssatz bloß in zwei Teile aufgespalten wird. Das Resultat ist immer dasselbe: Der Kreditnehmer soll einen Mindestzins bezahlen.

Damit steht mE außer Frage, dass die Aufspaltung des Sollzinssatzes wegen Gesetzesumgehung gegen § 879 Abs 1 ABGB verstößt, weil ansonsten der Normzweck von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG vereitelt würde. Die Rechtsfolge entspricht jener, die bei einer extensiven Auslegung von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG eintritt: Teilnichtigkeit und Ersetzung der nichtigen durch eine hypothetische Zinsgleitklausel.

### C. Festsetzung der Obergrenze

Bislang finden sich in der Literatur zwei Vorschläge zur Festsetzung der Zinsobergrenze beim Verbraucherkredit. *Leupold*<sup>143</sup> erachtet eine „*streng symmetrisch ausgestaltete zweiseitige Begrenzung des Zinses*“<sup>144</sup> für notwendig. Demgegenüber wollen *Ch. Rabl*<sup>145</sup>, *Haghofer*<sup>146</sup> und *G. Graf*<sup>147</sup> auf die „Barwertmethode“ zurückgreifen.

#### 1. Arithmetisch bestimmte Obergrenze

Wollte man die Unter- und Obergrenze des Sollzinssatzes, wie *Leupold*<sup>148</sup> vorschlägt, „*streng symmetrisch*“ bestimmen, bliebe die Eintrittswahrscheinlichkeit künftiger Zinsänderungen zur Gänze unberücksichtigt.<sup>149</sup> Eine rein arithmetisch bestimmte Obergrenze könnte uU in Konflikt mit dem Gebot der sachlichen Rechtfertigung in § 6 Abs 1 Z 5 KSchG geraten. Daran wäre vor allem dann zu denken, wenn sinkende Referenzzinsen nach aller Erfahrung außerordentlich wahrscheinlich erscheinen. In diesem Fall könnte ein findiger Kreditgeber die Untergrenze gezielt „besonders hoch“ ansetzen. Das Symmetriegebot des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG verlangte im Gegenzug zwar einen „besonders niedrigen“ Höchstzinssatz, damit könnte ein Kreditgeber, der etwa aufgrund eines globalen Wirtschaftsabschwungs mit einer anhaltenden Niedrigzinsphase rechnet, aber wohl sehr gut leben.

#### 2. „Barwertmethode“

Die „Barwertmethode“ berücksichtigte dagegen die unterschiedlichen Eintrittswahrscheinlichkeiten von Veränderungen des Referenzzinssatzes aufgrund der herrschenden Marktgegebenheiten; ihr zugrunde liegt die Erwägung, dass hinter der Vereinbarung einer Unter- und Obergrenze letztlich ein Leistungsaustausch steht: Der Kreditnehmer erhält für die Untergrenze eine „Prämie“ und muss für die Obergrenze eine „Gebühr“ bezahlen.<sup>150</sup>

---

143 VbR 2015, 84.

144 Hervorhebung durch den Verfasser.

145 ÖBA 2017, 354 ff.

146 Zur Wirksamkeit von Mindestverzinsungsklauseln, *ecolex* 2017, 291 (293).

147 ZFR 2017, 373 f.

148 VbR 2015, 84.

149 Darauf weist insb *G. Graf*, ZFR 2017, 373, mit Recht hin.

150 Vgl *Ch. Rabl*, ÖBA 2017, 354.

Die Höhe der „Prämie“ für die Untergrenze und der „Gebühr“ für die Obergrenze hängt von der Eintrittswahrscheinlichkeit einer Zinsänderung nach unten oder oben hin ab. Bei rein arithmetischer Festsetzung der Unter- und Obergrenze könnten die „Prämie“ und die „Gebühr“ einen ganz unterschiedlichen (Markt-)Wert haben. Die Zweiseitigkeit der Zinsgleitklausel wäre dann eine rein formale. Materiell könnte je nach Marktlage entweder der Kreditgeber oder der Kreditnehmer begünstigt sein.

Insoweit kommt dem Vorschlag, die Unter- und Obergrenze des Sollzinssatzes nach der „Barwertmethode“ zu bestimmen, durchaus Berechtigung zu. Es erscheint prima vista überzeugender, auf die objektive Äquivalenz von „Prämie“ und „Gebühr“ für „Zinsfloor“ und „-cap“ abzustellen. Die von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG geforderte Symmetrie bezieht sich dann auf den jeweiligen „Barwert“ der Unter- und Obergrenze und nicht auf die prozentual bemessene Unter- und Obergrenze selbst.

Als problematisch könnte sich erweisen, dass die für die Bestimmung des „Barwerts“ erforderliche „Wahrscheinlichkeitseinschätzung“ künftiger Zinsänderungen dem Unternehmer obliegt, in den hier behandelten Fällen also dem Kreditgeber. Soweit diesem ein *Ermessensspielraum* bei der Festlegung der Unter- und Obergrenze zukommt, droht mE ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG. Die Begrenzung des Zinssatzes nach unten oder oben hin nimmt nämlich mittelbar Einfluss auf die zukünftigen Möglichkeiten einer Entgeltsänderung. G. Graf<sup>151</sup> hat bereits vor längerer Zeit ganz zutreffend aufgezeigt, dass ein Ermessensspielraum des Unternehmers bei der nachträglichen Änderung des vom Verbraucher zu leistenden Entgelts *mit dem Symmetriegebot nicht vereinbar* ist.

Wollte man dieser Auffassung nicht folgen, fragt es sich, welche Konsequenzen mit einer mangelhaften Anwendung der „Barwertmethode“ zulasten des Verbraucher kreditnehmers verbunden wären. In einem Zivilprozess über die Gesetzeskonformität der Zinsgleitklausel mit vertraglich festgelegter Unter- und Obergrenze wäre wohl die *Aufnahme eines Sachverständigenbeweises* unvermeidbar. Der vom Gericht bestellte Sachverständige hätte zu ermitteln, ob der „Barwert“ der „Prämie“ für die Untergrenze und der „Gebühr“ für die Obergrenze tatsächlich objektiv äquivalent ist. Ist dies nicht der Fall, führte dies zur Nichtigkeit der Zinsgleitklausel wegen eines Verstoßes gegen das Symmetriegebot des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG. Die ursprüngliche Zinsgleitklausel müsste durch eine hypothetische ersetzt werden. Die Unter- und Obergrenze bestimmte sich dann wohl anhand der vom beigezogenen gerichtlichen Sachverständigen bestimmten objektiv äquivalenten „Barwerte“.

## D. Verstoß gegen (gesetzliche) Informationspflichten?

### 1. Verbraucherkredite

Hielte man es entgegen der zutreffenden Judikatur<sup>152</sup> für zulässig, einen Mindestsollzinssatz ohne Zinsobergrenze vereinbaren zu können, drängt sich die Frage auf, ob der Kreditgeber in diesem Fall nicht gegen seine vorvertraglichen Informationspflichten gegenüber Verbraucherkreditnehmern verstoßen hätte (vgl § 6 Abs 5 VKrG und § 8 Abs 6 HIKrG), wenn er diesen einen variabel

151 Wbl 2005, 203 f unter Berufung auf *Schimansky*, WM 2003, 1451.

152 OGH 4 Ob 60/17b = ÖBA 2017, 422 (krit B. Koch); OGH 8 Ob 101/16k = ZFR 2017, 393; OGH 8 Ob 107/16t = ZFR 2017, 556 (*Ruhm*); OGH 4 Ob 107/17i = VbR 2017, 174; OGH 6 Ob 51/17v = ÖBA 2017, 867.

verzinsten Kredit empfiehlt, der möglicherweise fast das gesamte „Zinsänderungsrisiko“ überwälzt.

#### a. Gesetzliche Grundlagen

„Der Kreditgeber hat dem Verbraucher angemessene Erklärungen zu geben [...], damit der Verbraucher in die Lage versetzt wird, zu beurteilen, ob der Vertrag seinen Bedürfnissen und seiner wirtschaftlichen Lage entspricht“ (§ 6 Abs 5 VKrG).

„Der Kreditgeber hat dem Verbraucher angemessene Erläuterungen zu den angebotenen Kreditverträgen und etwaigen Nebenleistungen zu geben, damit der Verbraucher in die Lage versetzt wird, zu beurteilen, ob die vorgeschlagenen Kreditverträge und die Nebenleistungen seinen Bedürfnissen und seiner finanziellen Situation gerecht werden“ (§ 8 Abs 6 HIKrG).

Anzumerken ist freilich, dass das HIKrG erst mit 21. 3. 2016 in Kraft getreten ist (vgl § 31 Abs 1 HIKrG) und damit nur für neuere Fälle Relevanz besitzt. Das VKrG gilt dagegen bereits seit 11. 6. 2010 (vgl § 29 Abs 1 VKrG); der Verletzung von § 6 Abs 5 VKrG könnte durchaus eine größere praktische Bedeutung zukommen.

#### b. Meinungsstand in der Lehre

Sowohl § 6 Abs 5 VKrG als auch § 8 Abs 6 HIKrG möchten den Verbraucherkreditnehmer in die Lage versetzen, in eigener Verantwortung den für ihn nach seinen Bedürfnissen und seiner finanziellen Situation passenden Kredit auszuwählen. Die Erläuterungspflicht durch den Kreditgeber soll sicherstellen, dass der Verbraucherkreditnehmer eine informierte Entscheidung treffen kann.<sup>153</sup>

Die Erläuterungspflicht ist nach hM rein *produktbezogen* zu verstehen; der Kreditgeber braucht die persönlichen Verhältnisse des Verbraucherkreditnehmers nicht zu erforschen.<sup>154</sup> Da der Kreditgeber gesetzlich dazu verpflichtet ist,<sup>155</sup> dem Kreditnehmer „angemessene Erläuterungen“ zu geben, besteht also eine echte *Rechtspflicht* zur Erläuterung.<sup>156</sup> Bei der Erläuterungspflicht nach § 6 Abs 5 VKrG sowie § 8 Abs 6 HIKrG handelt es sich mE im weiteren Sinne um eine *Erfolgsverbindlichkeit*.<sup>157</sup>

153 Zöchling-Jud in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht § 6 VKrG Rz 17; Rott, Die neue Verbraucherkredit-Richtlinie 2008/48/EG und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht, WM 2008, 1104 (1109); Herresthal, Die Verpflichtung zur Bewertung der Kreditwürdigkeit und zur angemessenen Erläuterung nach der neuen Verbraucherkreditrichtlinie EG 2008/48/EG, WM 2009, 1174 (1179); Schürnbrand in Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg), Münchener Kommentar zum BGB IIIa<sup>7</sup> (2017) § 491a BGB Rz 65; Artz in Bülow/Artz (Hrsg), Verbraucherkreditrecht<sup>9</sup> (2016) § 491a Rz 29; Knops in BeckOGK BGB § 491a BGB Rz 77, 80.

154 Heinrich in Schwimann/Kodek Va<sup>4</sup> § 6 VKrG Rz 37; Herresthal, WM 2009, 1179 f; Schürnbrand in MüKoBGB IIIa<sup>7</sup> § 491a BGB Rz 65 f; Artz in Bülow/Artz, Verbraucherkreditrecht<sup>9</sup> § 491a BGB Rz 29, 30; aA offenbar Rott in Tamm/Tonner (Hrsg), Verbraucherrecht<sup>2</sup> (2016) Rz 16/63 und wohl auch Knops in Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg), BeckOGK BGB § 491a BGB Rz 74.

155 Arg „hat [...] zu geben“ in § 6 Abs 5 VKrG und § 8 Abs 6 HIKrG.

156 Knops in BeckOGK BGB § 491a BGB Rz 74.

157 Vgl allgemein Dullinger, Schuldrecht, Allgemeiner Teil<sup>6</sup> (2017) Rz 2/8. Dies ist deshalb von Bedeutung, weil damit – selbst nach der Auffassung von Reischauer (in Rummel [Hrsg], Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/2a<sup>3</sup> [2007] § 1298 Rz 1) – § 1298 ABGB in jedem Fall relevant für die Beweislastverteilung zwischen Kreditgeber und -nehmer ist; ebenso zB OGH 3 Ob 225/11a = JBl 2012, 522. S dazu unten unter Pkt VI.D.1.d.

In der Lehre herrscht Uneinigkeit darüber, wie weit die Erläuterungspflicht des Kreditgebers im Einzelnen reicht. *Dehn*<sup>158</sup> und *Heinrich*<sup>159</sup> gehen etwa davon aus, dass dem Verbraucherkreditnehmer – gemessen an seinen Zielvorstellungen – gewisse Handlungsalternativen vor Augen geführt werden müssen.<sup>160</sup> *Pesek*<sup>161</sup> vertritt hingegen die Meinung, dass ein Hinweis auf alternative Produkte nicht geboten sei. Dem ist jedenfalls insoweit zuzustimmen, als der Kreditgeber in keinem Fall auf günstigere Konkurrenzprodukte aufmerksam machen muss.<sup>162</sup>

Folgt man der überwiegenden Auffassung,<sup>163</sup> müsste der Kreditgeber die Hauptmerkmale der jeweiligen kreditvertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten und -varianten dem Kreditnehmer erläutern. Zu den Hauptmerkmalen zählen nicht nur die Hauptleistungspflichten, sondern auch die sonstigen Besonderheiten des Kreditvertrags; dies gilt insb für die Auswirkungen eines variablen Sollzinssatzes.<sup>164</sup> Dem Kreditnehmer müssen die konkreten Vor- und Nachteile der in Betracht kommenden Handlungsalternativen vor Augen geführt werden.<sup>165</sup> *Knops*<sup>166</sup> geht in diesem Punkt sogar noch weiter und verlangt, dass der Kreditgeber „das beste und günstigste hauseigene Produkt anbieten muss“. Dem ist mE nicht zu folgen: Die Erläuterungspflicht soll den Verbraucherkreditnehmer in die Lage versetzen, eigenständig beurteilen zu können, welcher der vom Kreditgeber angebotenen Kreditverträge am besten seinen Bedürfnissen entspricht. Der Kreditgeber hat den Kreditnehmer vollständig und richtig über die zur Auswahl stehenden Kreditverträge zu informieren und auf die jeweiligen Auswirkungen und Risiken hinzuweisen.<sup>167</sup> Es obliegt dann alleine dem Kreditnehmer, sich für ein bestimmtes Angebot zu entscheiden. Eine Pflicht, den Verbraucherkreditnehmer auf ein – aus Sicht des Kreditgebers – vermeintlich besser geeignetes Alternativprodukt hinzuweisen, besteht nicht.

Die Erläuterungspflicht besteht auch ohne ein entsprechendes Informationsersuchen des Kreditnehmers<sup>168</sup> und hat in jedem Fall rechtzeitig vor dem Vertragsabschluss zu erfolgen.<sup>169</sup> Nur soweit der Verbraucherkreditnehmer erkennbar nicht informationsbedürftig ist, entfällt die Erläuterungspflicht.<sup>170</sup> Der Kreditgeber darf hierbei vom Kenntnis- und Verständnishorizont eines durch-

158 In *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht IV<sup>2</sup> Rz 2/41.

159 In *Schwimmann/Kodek Va*<sup>4</sup> § 6 VKrG Rz 37.

160 Ebenso wohl *Stabentheiner*, Das Verbraucherkreditgesetz, ÖJZ 2010, 531 (538); aus deutscher Sicht *Rott*, WM 2008, 1109; *Herresthal*, WM 2009, 1180; *Schürnbrand* in MüKoBGB IIIa<sup>7</sup> § 491a BGB Rz 67; *Artz* in *Bülow/Artz*, Verbraucherkreditrecht<sup>9</sup> § 491a BGB Rz 32; *Knops* in BeckOGK BGB § 491a BGB Rz 89 f.

161 Der Verbraucherkreditvertrag (2012) 74 ff.

162 Vgl *Pesek*, Verbraucherkreditvertrag 76 f; idS auch *Rott*, WM 2008, 1109; *ders* in *Tamm/Tonner*, Verbraucherrecht<sup>2</sup> Rz 16/63; *Knops* in BeckOGK BGB § 491a BGB Rz 90.

163 *Dehn* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht IV<sup>2</sup> Rz 2/41; *Heinrich* in *Schwimmann/Kodek Va*<sup>4</sup> § 6 VKrG Rz 37; *Stabentheiner*, ÖJZ 2010, 538; *Artz* in *Bülow/Artz*, Verbraucherkreditrecht<sup>9</sup> § 491a BGB Rz 32.

164 *Heinrich* in *Schwimmann/Kodek Va*<sup>4</sup> § 6 VKrG Rz 37; *Schürnbrand* in MüKoBGB IIIa<sup>7</sup> § 491a BGB Rz 67; *Artz* in *Bülow/Artz*, Verbraucherkreditrecht<sup>9</sup> § 491a BGB Rz 32; *Rott* in *Tamm/Tonner*, Verbraucherrecht<sup>2</sup> Rz 16/64.

165 *Herresthal*, WM 2009, 1180; *Schürnbrand* in MüKoBGB IIIa<sup>7</sup> § 491a BGB Rz 67.

166 In BeckOGK BGB § 491a BGB Rz 90. Anders auch *Derleder*, Die vollharmonisierende Europäisierung des Rechts der Zahlungsdienste und des Verbraucherkredits, NJW 2009, 3195 (3199): „keine Gewähr des optimalen Kredits“.

167 Vgl *Nobbe*, Neuregelungen im Verbraucherkreditrecht, WM 2001, 625 (629).

168 *Dehn* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht IV<sup>2</sup> Rz 2/40; *Zöchling-Jud* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Verbraucherkreditrecht § 6 VKrG Rz 18; *Stabentheiner*, ÖJZ 2010, 538; vgl zum Meinungsstand in Deutschland *Schürnbrand* in MüKoBGB IIIa<sup>7</sup> § 491a BGB Rz 69 mwN.

169 *Dehn* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht IV<sup>2</sup> Rz 2/42; *Stabentheiner*, ÖJZ 2010, 538; s ferner *Schürnbrand* in MüKoBGB IIIa<sup>7</sup> § 491a BGB Rz 69.

170 *Münscher* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch<sup>5</sup> Rz 81/129; wohl aA *Knops* in BeckOGK BGB § 491a BGB Rz 73.

schnittlichen Verbrauchercreditnehmers ausgehen.<sup>171</sup> Die Erläuterungen müssen aus Sicht eines Durchschnittsverbrauchercreditnehmers vollständig und zugleich verständlich sein.<sup>172</sup>

### c. Verstoß gegen gesetzliche Informationspflichten?

Nach der überwiegenden Ansicht<sup>173</sup> ist der Kreditgeber, wie gesagt, dazu verpflichtet, dem Verbrauchercreditnehmer gewisse Handlungsalternativen vor Augen zu führen.

Wäre es zulässig, einen Mindestsollzinssatz ohne entsprechende Begrenzung nach oben hin („Zinscap“) zu vereinbaren, dann müsste der Kreditgeber darüber aufklären, dass den Kreditnehmer einerseits ein unbegrenztes „Zinsanstiegsrisiko“ träfe, ohne dass er andererseits eine ähnliche „Zinsänderungschance“ nach unten hin hätte. Darüber hinaus müsste der Kreditgeber auf die Alternative eines „Fixzinskredits“ hinweisen. Ein solcher käme den Kreditnehmer zwar anfänglich teurer, würde ihn jedoch gegen das Risiko eines späteren Zinsanstiegs absichern.

Dass sich unter diesen Umständen, also bei korrekter Erfüllung der gesetzlichen Erläuterungspflicht, eine große Zahl eher risikoscheuer Verbrauchercreditnehmer für einen „Fixzinskredit“ entschieden hätte, ist mE nicht gerade unwahrscheinlich.

### d. Rechtsfolgen und Beweislast

Eine Verletzung der Erläuterungspflicht gegenüber dem Verbrauchercreditnehmer kann – bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen – *Schadenersatzansprüche* begründen und zur *Vertragsanfechtung wegen Irrtums* berechtigen.<sup>174</sup>

Der Verbrauchercreditnehmer könnte in diesem Fall sowohl im Wege des Irrtumsrechts als auch qua Schadenersatzrechtlicher Naturalrestitution<sup>175</sup> die Anpassung des Kreditvertrags verlangen. Es kann nämlich davon ausgegangen werden, dass die kreditgewährende Bank statt des variabel verzinsten Kredits auch (wenngleich zu anderen Konditionen) einen „Fixzinskredit“ abgeschlossen hätte.<sup>176</sup> Da aber Schadenersatzansprüche erst drei Jahre nach Kenntnis von Schaden und Schädiger verjähren (§ 1489 ABGB) und nicht schon drei Jahre ab Vertragsabschluss (§ 1487 ABGB), dürfte die Vertragsanpassung qua Naturalrestitution in der Praxis eine bedeutendere Rolle spielen.

Der EuGH geht unter Berufung auf den unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz („effet utile“) davon aus, dass der Kreditgeber ua die Beweislast für die ordnungsgemäße Erfüllung der vorvertraglichen Informationspflichten einschließlich der Erläuterungspflicht (Art 5 Abs 6 Verbraucher-

171 *Zöchling-Jud* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Verbrauchercreditrecht § 6 VKrG Rz 19; *Heinrich* in *Schwimmann/Kodek Va*<sup>4</sup> § 6 VKrG Rz 39; *Herrenthal*, WM 2009, 1180; *Schürnbrand* in *MüKoBGB IIIa*<sup>7</sup> § 491a BGB Rz 71. *Rott* (in *Tamm/Tonner*, Verbraucherrecht<sup>2</sup> Rz 16/64) tritt dafür ein, dabei das „eher niedrige allg. Niveau der Finanzbildung“ zu berücksichtigen.

172 Vgl. *Schürnbrand* in *MüKoBGB IIIa*<sup>7</sup> § 491a BGB Rz 71; *Artz* in *Bülow/Artz*, Verbrauchercreditrecht<sup>9</sup> § 491a BGB Rz 29a.

173 S FN 163.

174 *Dehn* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht IV<sup>2</sup> Rz 2/45 ff; *Stabentheiner*, ÖJZ 2010, 538.

175 *Koziol – Welser/Kletečka*, BR I<sup>14</sup> Rz 538; *Pletzer*, Aufklärungspflichtverletzung und Vertragsaufhebung, JBI 2002, 545 (558).

176 Zu dieser Voraussetzung *Koziol – Welser/Kletečka*, BR I<sup>14</sup> Rz 504; vgl zur Möglichkeit einer Vertragsanpassung auch *Pesek* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch<sup>3</sup> (2016) § 6 VKrG Rz 100 mwN.

kredit-RL<sup>177</sup>) tragen müsse. Der Verbraucherkreditnehmer verfüge „nicht über die Mittel, die es ihm ermöglichen, zu beweisen, dass ihm der Kreditgeber [...] nicht die in Art. 5 der Richtlinie vorgesehenen Informationen gegeben [...] hat“.<sup>178</sup> Dies entspricht im Ergebnis der Anordnung in Art 6 Abs 9 der Verbraucherrechte-RL:<sup>179</sup> „Die Beweislast für die Erfüllung der [...] Informationspflichten obliegt dem Unternehmer“. Art 6 Abs 9 Verbraucherrechte-RL wurde nicht gesondert ins österreichische Recht umgesetzt, weil sich die Beweislast des Unternehmers nach Ansicht des Gesetzgebers bereits aus allgemeinen Grundsätzen ergebe. Es sei „nicht zu bezweifeln, dass der Unternehmer die Beweislast für die Erfüllung der ihm obliegenden Informationspflichten trägt und nicht etwa der Verbraucher eine allfällige Nichterfüllung zu beweisen hat“.<sup>180</sup>

In dieser Allgemeinheit kann der Ansicht des österreichischen Gesetzgebers sicherlich nicht beigepflichtet werden. Es wird für das österreichische Recht überwiegend vertreten, dass der Geschädigte stets die „Pflichtverletzung“<sup>181</sup> des Schädigers zu behaupten und zu beweisen hat.<sup>182</sup> Kann der Geschädigte die Nichterfüllung einer (vertragsmäßigen oder gesetzlichen) Verbindlichkeit beweisen, trifft den Schädiger die Beweislast für fehlendes Verschulden und – nach einem beachtlichen Teil der Lehre – auch für die Einhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt.<sup>183</sup> Der Kreditnehmer müsste also die Nicht- oder Schlechterfüllung der gesetzlichen Erläuterungspflicht durch den Kreditgeber beweisen. Gelingt ihm dies, stünde damit praktisch fest, dass der Kreditgeber sich rechtswidrig verhalten hat. § 1298 ABGB hätte dann nur mehr Bedeutung für das Verschulden. Allerdings lässt sich bei der Nichteinhaltung gesetzlicher Aufklärungspflichten die objektive Sorgfaltswidrigkeit kaum einmal von der subjektiven Vorwerfbarkeit trennen.<sup>184</sup>

Da der EuGH, wie ausgeführt, dem Kreditgeber die Behauptungs- und Beweislast für die ordnungsgemäße Erfüllung der vorvertraglichen Informationspflichten einschließlich der Erläute-

177 Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 4. 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABl L 2008/133, 66.

178 EuGH 18. 12. 2014, C-449/13, *CA Consumer Finance SA* Rz 27. Zu Recht krit *Herresthal*, Zur Beweislast für die Erfüllung der vorvertraglichen Informations- und Prüfungspflichten des Kreditgebers („CA Consumer Finance“), *EWiR* 2015, 97 (97 f).

179 Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 25. 10. 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl L 2011/304, 64.

180 ErläutRV 89 BlgNR 25. GP 28.

181 Der Verbraucherkreditnehmer müsste mithin behaupten und unter Beweis stellen, dass der Kreditgeber seiner gesetzlichen Erläuterungspflicht nicht nachgekommen ist. Ganz ähnlich muss der geschädigte Anleger nach stRsp die unterbliebene Aufklärung durch den Berater beweisen (OGH 1 Ob 115/11k = ÖBA 2012, 183; 2 Ob 99/16x = ZFR 2017, 341 [*Kepplinger*]; OGH 1 Ob 113/17z = VbR 2017, 202 [*Reichholf*]).

182 *F. Bydlinski*, Zur Haftung der Dienstleistungsberufe in Österreich und nach dem EG-Richtlinienvorschlag, *JB1* 1992, 341 (348) (zum Nachweis der Nichterfüllung als Auslöser für die Beweislastumkehr; vermutlich mit Blick auf eine „Sach- oder Werkleistung“, also typische Erfolgsverbindlichkeiten [zB *Dullinger*, *SchR AT*<sup>6</sup> Rz 2/7]); *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht<sup>13</sup> (1997) Rz 16/14 („Der Geschädigte hat aber jene Tatsachen zu beweisen, die Grundlage des Rechtswidrigkeitsurteils sind.“); *Graf in Gruber/N. Raschauer* (Hrsg), *WAG* (2010) § 38 Rz 130; *Reischauer in Rummel II/2a*<sup>3</sup> § 1298 Rz 1 f (die Nichterfüllung einer Erfolgsverbindlichkeit müsse als Haftungsansatzpunkt vom Geschädigten bewiesen werden); diesem folgend *Kodek in Kletečka/Schauer*, *ABGB-ON*<sup>1.02</sup> § 1298 Rz 17 (die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit, also ein Teilaspekt der Rechtswidrigkeit müsse stets vom Geschädigten bewiesen werden); vgl auch *Dullinger*, Zur Beweislast für Verletzung/Erfüllung der ärztlichen Aufklärungspflicht, *JB1* 1998, 2 (7 f) (zur Beweislast für eine Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht).

183 Dafür, dass aus § 1298 ABGB eine Beweislastumkehr auch für die Rechtswidrigkeit abzuleiten ist *Koziol*, Haftpflichtrecht<sup>13</sup> Rz 16/28; *Reischauer in Rummel II/2a*<sup>3</sup> § 1298 Rz 2; *Karner in KBB*<sup>5</sup> § 1298 Rz 2; *Kodek in Kletečka/Schauer*, *ABGB-ON*<sup>1.02</sup> § 1298 Rz 17; dagegen *Welser*, Schadenersatz statt Gewährleistung (1994) 63 ff; *Welser/Zöchling-Jud*, *BR II*<sup>14</sup> Rz 1423. Vgl aus der Judikatur etwa OGH 1 Ob 555/81 = *SZ* 54/81; OGH 1 Ob 113/17z = VbR 2017, 202 (*Reichholf*); *RIS-Justiz RS0026290*.

184 Vgl in anderem Zusammenhang *Graf in Gruber/N. Raschauer*, *WAG* § 38 Rz 131.

rungspflicht auferlegt, entspricht die in Österreich derzeit geltende Rechtslage mit großer Wahrscheinlichkeit nicht den Vorgaben der Verbraucherkredit-RL (und ebenso wenig den Vorgaben der Verbraucherrechte-RL). Selbst mit einer extensiven Interpretation von § 1298 ABGB lässt sich mE kein richtlinienkonformer Rechtszustand herbeiführen, weil der Geschädigte stets zumindest zu beweisen hätte, dass der Schädiger seine vertraglichen oder gesetzlichen Pflichten objektiv nicht erfüllt hat. Durch die Nichtumsetzung von Art 6 Abs 9 Verbraucherrechte-RL ins österreichische Recht scheidet – anders als etwa in Deutschland (vgl § 312k Abs 2 BGB) – ein Analogieschluss zur Lückenfüllung aus.<sup>185</sup>

## 2. Finanzierungsberatung

Über die Pflicht zur Erläuterung hinaus treffen den Kreditgeber Informationspflichten, wenn er mit dem Kreditnehmer einen *Beratungsvertrag* schließt. Bei der Annahme eines konkludent geschlossenen Beratungsvertrags<sup>186</sup> ist aber Vorsicht geboten (vgl § 863 ABGB).<sup>187</sup>

Eine Finanzierungsberatung läuft darauf hinaus, dass der Kreditgeber eine bestimmte Kreditvariante (zB variabel oder fix verzinsten Kredit) zu empfehlen hat.<sup>188</sup> Ob er zu einem Kredit mit variablem Sollzins raten dürfte, der uU nahezu das gesamte „Zinsänderungsrisiko“ auf den Kreditnehmer verlagert, erscheint allerdings mehr als fraglich.

Ob es sich beim Kreditnehmer um einen Verbraucher oder Unternehmer handelt, ist im Wesentlichen gleichgültig. Die Reichweite der Beratungspflicht kann bei einem erfahrenen Unternehmer allenfalls etwas geringer sein.

## VII. Kredite an Unternehmer und an die „öffentliche Hand“

### A. Analoge Anwendung von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG?

§ 6 Abs 1 Z 5 KSchG gilt naturgemäß nur für Verbraucherkredite (§ 2 Abs 3 VKrG sowie § 2 Abs 3 HIKrG) und ist daher bei einer Kreditvergabe an einen Unternehmer iSd § 1 Abs 1 Z 1 KSchG oder die „öffentliche Hand“ (vgl § 1 Abs 2 S 2 KSchG)<sup>189</sup> nicht analog anzuwenden.<sup>190</sup>

Allerdings dient § 6 Abs 1 Z 5 KSchG im Rahmen der Prüfung einer möglichen Sittenwidrigkeit (§ 879 Abs 1 ABGB) oder „gröblichen Benachteiligung“ (§ 879 Abs 3 ABGB)<sup>191</sup> einer Zinsgleitklausel

185 Die vorstehenden Überlegungen stellen selbstverständlich keine abgeschlossene Untersuchung dieser Problematik dar. Eine solche würde allerdings den Rahmen dieses Beitrags bei Weitem sprengen und kann daher allenfalls zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen.

186 Vgl OGH 4 Ob 604/70 = SZ 43/209; OGH 7 Ob 306/99x = ÖBA 2001, 86; OGH 1 Ob 206/11t = ÖBA 2012, 392 (*Heinrich*); OGH 10 Ob 62/15p = JBl 2017, 182 (*Kepplinger*); RIS-Justiz RS0014562.

187 Zu Recht krit *Welser*, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten (1983) 64 ff; *Koziol* in *Avancini/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht I (1987) Rz 3/6; *Kletečka*, Anmerkung zu OGH 3 Ob 13/04i, ÖBA 2005, 57 (57 f); *Dullinger*, Zur Eigenverantwortung von Gehilfen für fehlerhafte Beratung am Beispiel des Vertriebs von Finanzprodukten, in FS Reischauer (2010) 101 (108 ff).

188 Vgl *Welser*, Haftung 2.

189 *Mayrhofer/Nemeth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 1 KSchG Rz 71 f; *Apathy* in *Schwimann/Kodek Va*<sup>4</sup> § 1 KSchG Rz 13.

190 OGH 10 Ob 145/05d = RdW 2006, 764; OGH 8 Ob 31/12k = ÖBA 2012, 691 (*Butschek*); vgl auch *Apathy*, Auswirkungen der Judikatur zu Verbraucherverträgen auf Bankgeschäfte mit Unternehmern, ÖBA 2004, 737 (739); *ders* in *Schwimann/Kodek Va*<sup>4</sup> § 6 KSchG Rz 24; *Aicher* in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 1056 Rz 15; *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 879 Rz 366; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 1056 Rz 4; *Zöchling-Jud*, ÖBA 2016, 765; *Told*, ÖBA 2017, 844; *Melber*, Negativzinsen beim Unternehmergeschäft, ÖBA 2017, 814 (817).

191 Die Berufung auf § 879 Abs 3 ABGB bietet für den Kreditnehmer den Vorteil, dass die Ungleichgewichtslage wegen der Verwendung von AGB vermutet wird. Im Vergleich zur Sittenwidrigkeitsprüfung nach § 879 Abs 1 tritt

unzweifelhaft als *Konkretisierungsmaßstab*.<sup>192</sup> Dies gilt insb dann, wenn eine erhebliche Ungleichgewichtslage zwischen den Vertragspartnern besteht.<sup>193</sup>

§ 879 Abs 3 ABGB gelangt auf eine Zinsgleitklausel zur Anwendung, weil sie „*nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt*“, sondern bloß die nachträgliche Veränderung der ursprünglich festgelegten Hauptleistung des Kreditnehmers ermöglichen soll.<sup>194</sup>

## B. Vertragsauslegung

Die zur *Vertragsauslegung* angestellten Überlegungen (vgl oben unter Pkt IV.) gelten mE in selber Weise für Kredite an Unternehmer oder die „öffentliche Hand“: Der von den Vertragsteilen konsenterte vertragliche Regelungsplan sieht die Möglichkeit einer Zahlungsverpflichtung des Kreditgebers an den Kreditnehmer in Form von „Negativzinsen“ nicht vor. Eine ergänzende Vertragsauslegung, nach welcher der Kreditnehmer zumindest Zinsen in Höhe des Aufschlags zu bezahlen hat, scheidet ebenso aus, weil es an einer zu schließenden Vertragslücke mangelt und sich eine Vertragsergänzung, worauf oben bereits hingewiesen wurde, nicht in Widerspruch zum übereinstimmenden Parteiwillen setzen darf.<sup>195</sup>

Zu erinnern ist ferner an den *Vertragszweck* einer jeden Zinsanpassungsklausel: Durch eine solche soll das ursprünglich vereinbarte vertragliche Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung möglichst aufrechterhalten werden.<sup>196</sup>

## C. Zinsanpassung und gesetzlicher Kontrollmaßstab

Außerhalb des Anwendungsbereichs des Verbraucherschutzrechts<sup>197</sup> ist § 1056 ABGB (analog) *sedes materiae* für ein einseitiges Zinsänderungsrecht der Bank.<sup>198</sup>

§ 1056 ABGB gestattet nach der mE zutreffenden hL<sup>199</sup> für den Fall, dass einer der Vertragspartner (preis)gestaltungsberechtigt ist, im Zweifel nur eine Preisbestimmung nach billigem Er-

also insoweit eine Beweislastumkehr ein (*Koziol – Welser/Kletečka*, BR I<sup>14</sup> Rz 436; *Kletečka* in *Aicher/Holoubek* [Hrsg], Der Schutz von Verbraucherinteressen [2000] 133 [135 ff]). Nicht zu folgen ist mE der Auffassung, wonach der Maßstab der gröblichen Benachteiligung strenger ist als jener der Sittenwidrigkeit (so aber *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 879 Rz 291).

192 *Welser*, Die Beschränkung der Vertragsfreiheit beim Konsumentengeschäft, JBl 1980, 1 (2 f); *Krejci* in *Rummel II/4*<sup>3</sup> § 1 KSchG Rz 5; *Apathy* in *Schwimmann/Kodek Va*<sup>4</sup> § 1 KSchG Rz 6; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 1056 Rz 4.

193 *Iro*, Anmerkung zu OGH 10 Ob 125/05p, ÖBA 2006, 922; *Told*, ÖBA 2017, 844; ebenso *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 1056 Rz 4; vgl RIS-Justiz RS0016850.

194 *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 879 Rz 288; vgl auch *Rummel* in *Dullinger/Kaindl*, Bank- und Kapitalmarktrecht 2008, 81. Aus deutscher Sicht ebenso etwa *Freitag* in *Staudinger*, BGB § 488 BGB Rz 191; *Fuchs* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht<sup>12</sup> Zinsanpassungsklauseln Rz 10. OGH 4 Ob 112/04f = SZ 2004/125; OGH 10 Ob 125/05p = ÖBA 2006, 916 (*Iro*); OGH 10 Ob 145/05d = RdW 2006, 764.

195 *Kronthaler*, ÖJZ 2017, 108.

196 ZB OGH 10 Ob 125/05p = ÖBA 2006, 916 (*Iro*); OGH 10 Ob 145/05d = RdW 2006, 764. Aus deutscher Perspektive etwa *Zscheschack* in *BeckOGK BGB* § 307 BGB (Preisankpassungsklausel) Rz 1; *Fuchs* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht<sup>12</sup> Zinsanpassungsklauseln Rz 18.

197 Dazu ausführlich *Kronthaler*, Anwendungsprobleme des Verbraucherschutzrechts, RdW 2017, 614.

198 OGH 10 Ob 125/05p = ÖBA 2006, 916 (*Iro*); OGH 10 Ob 145/05d = RdW 2006, 764; *Rummel* in *Dullinger/Kaindl*, Bank- und Kapitalmarktrecht 2008, 79; *Melber*, ÖBA 2017, 818. Allgemein zur Zulässigkeit der Preisfestsetzung durch einen Vertragspartner RIS-Justiz RS0019994.

199 *Mayer-Maly* in *Klang IV/2*<sup>2</sup> 259; *Mayrhofer*, SchR AT 27; *Apathy*, ÖBA 2004, 739; *Rummel* in *Dullinger/Kaindl*, Bank- und Kapitalmarktrecht 2008, 82; *Aicher* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 1056 Rz 9; *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 879 Rz 366; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 1056 Rz 13. IZm Zinsanpassungsklauseln *Koziol* in *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II Rz 1/31; *Zöchling-Jud*, ÖBA 2016, 765; *Melber*, ÖBA 2017, 818.

messen.<sup>200</sup> Das ABGB selbst normiert an sich keine Grenzen. Die Möglichkeit zur uneingeschränkten, mithin willkürlichen Preisfestsetzung stünde allerdings in einem kaum überwindlichen Spannungsverhältnis zum Gedanken der Aufrechterhaltung der vertraglichen *Austauschgerechtigkeit*.<sup>201</sup>

Die Preisbestimmung durch den dazu befugten Kontrahenten hat sich an der Verkehrssitte<sup>202</sup> sowie am Geschäftszweck zu orientieren und Rücksicht auf die Interessen beider Vertragsteile zu nehmen.<sup>203</sup> Der Gestaltungsspielraum des anpassungsberechtigten Vertragspartners findet also dort seine Zulässigkeitsgrenze, wo entweder die Verkehrssitte verletzt oder der Vertragszweck untergraben würde.<sup>204</sup> Es ist daher mit *Aicher*<sup>205</sup> nicht wirklich einsichtig, weshalb die Rsp<sup>206</sup> nach wie vor meint, dass die einseitige Preisanpassung durch einen Vertragspartner der Inhaltskontrolle nach § 1056 ABGB nur dahingehend unterliege, ob „*der Gestaltungsbeauftragte die ihm schon durch den Vertrag gesetzten Grenzen überschritten hat oder [...] das Ergebnis [seiner Ermessensausübung] offenbar unbillig ist*“.<sup>207</sup>

Die Lehre<sup>208</sup> zieht die Grenze dagegen zutreffend bei der sachgemäßen Ermessensausübung des anpassungsberechtigten Teils. Im Hinblick auf die spätere einseitige Anpassung der Sollzinsen beim Kreditvertrag bedeutet dies, dass sich der Kreditgeber bei der Ausübung seines Preisgestaltungsrechts vor allem am Vertragszweck, also der Aufrechterhaltung des ursprünglichen Äquivalenzverhältnisses, zu orientieren hat. Eine nachträgliche Erhöhung des Sollzinssatzes, die nicht durch eine Veränderung der „betriebsexternen Kosten“ des Kreditgebers (etwa für die Refinanzierung am Interbankenmarkt oder durch eine Veränderung des Kreditrisikos) gerechtfertigt ist, wäre mE als unsachgemäß zu beurteilen, weil es in diesem Fall an der Verknüpfung mit der eigenen Leistung mangelt. Eine rein „interne“, mithin aus der eigenen „Sphäre“ stammende Umstellung der Refinanzierungsstruktur der kreditgewährenden Bank rechtfertigt in keinem Fall eine nachträgliche Zinserhöhung.<sup>209</sup>

#### D. Zweiseitigkeitserfordernis und Willensunabhängigkeit

Für Preisänderungsklauseln gilt auch im Bereich der *unternehmensbezogenen Rechtsgeschäfte*, dass diese zweiseitig ausgestaltet sein müssen. Für die nachträgliche Anpassung der Sollzinsen durch den Kreditgeber bedeutet dies konkret, dass nicht nur die Möglichkeit zur Erhöhung des Zinssatzes vorgesehen sein darf, sondern umgekehrt auch eine Pflicht zur Zinssenkung, wenn

200 Zum Teil vertritt die Rsp auch, dass „freies Ermessen“ nur hinsichtlich vertraglicher Nebenpunkte vereinbart werden könne, während das Gestaltungsermessen bei Hauptpunkten stets das billige Ermessen sei; vgl etwa OGH 7 Ob 8/17b = JBl 2017, 751.

201 Darauf weist schon *Aicher* (in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 1056 Rz 9) hin. Vgl auch *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 1056 Rz 15.

202 Vgl zum Begriff der Verkehrssitte etwa *Heiss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 914 Rz 46.

203 *Aicher* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 1056 Rz 9.

204 *Aicher* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 1056 Rz 9.

205 In *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 1056 Rz 9; wohl ebenso *Binder/Spitzer* in *Schwimann/Kodek* IV<sup>4</sup> § 1056 Rz 19.

206 OGH 8 Ob 31/12k = ÖBA 2012, 691 (*Butschek*); OGH 10 Ob 80/15k = ZFR 2017, 78 (*Butschek*); OGH 8 Ob 86/16d; vgl auch RIS-Justiz RS0020010; s zu Zinsanpassungsklauseln ferner RIS-Justiz RS0127771.

207 Hervorhebung und Anmerkung durch den Verfasser. Anders aber offenbar *Melber*, ÖBA 2017, 818.

208 *Fenyves/Rubin*, ÖBA 2004, 349; *Iro*, Anmerkung zu OGH 10 Ob 125/05p, ÖBA 2006, 922; *Aicher* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 1056 Rz 9; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 1056 Rz 16; *Binder/Spitzer* in *Schwimann/Kodek* IV<sup>4</sup> § 1056 Rz 19.

209 *Rummel* in *Dullinger/Kaindl*, Bank- und Kapitalmarktrecht 2008, 84; idS auch OGH 6 Ob 68/14i = ÖBA 2015, 71; möglicherweise aA *Melber*, ÖBA 2017, 818.

sich zB die Refinanzierungskosten verbessern.<sup>210</sup> Außerdem müssen die Anpassungsfaktoren nach der zustimmungswürdigen Entscheidung des OGH 6 Ob 68/14i „*vom Willen der Bank unabhängig sein, sodass etwa Umstellungen in der eigenen Sphäre der Bank keine Zinserhöhungen rechtfertigen*“.<sup>211</sup> ME ist darüber hinaus zu fordern, dass dem Kreditnehmer eine Kontrollmöglichkeit hinsichtlich der Anpassungsvoraussetzungen zukommt. Er soll nachprüfen können, ob der Kreditgeber sein Preisänderungsrecht vertragsgemäß ausgeübt hat. Mit einer analogen Anwendung von § 6 Abs 3 KSchG auch auf unternehmensbezogene Rechtsgeschäfte ließe sich dies ohne Zweifel rechtsdogmatisch begründen.<sup>212</sup>

### E. Unter- ohne Obergrenze?

In einer rezenten, einen *Finanzierungsleasingvertrag*<sup>213</sup> betreffenden Entscheidung<sup>214</sup> hat der OGH eine *Mindestverzinsungsklausel* wegen einer gröblichen Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB für nichtig erklärt. Ob der OGH zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre, hätten die Vertragsparteien auch eine Höchstverzinsungsklausel vereinbart gehabt, ist offen geblieben.

Nicht zu bezweifeln ist mE, dass die Vereinbarung einer Zinsuntergrenze in Konflikt mit dem auch im Verhältnis zwischen Unternehmern geltenden Zweiseitigkeitsgebot geraten kann.<sup>215</sup> Ein Mindestsollzinssatz schränkt die in Zukunft möglichen Zinsschwankungen nach unten hin ein und tangiert daher mittelbar auch das Gebot der zweiseitigen Ausgestaltung von Zinsänderungsklauseln.

Eine Begrenzung des Sollzinssatzes nach unten hin („Zinsfloor“) ist mE jedenfalls dann zulässig, wenn gleichzeitig – nach *billigem Ermessen* – eine entsprechende Obergrenze („Zinscap“) festgesetzt wird. Anders als beim Verbraucherkredit ist ein Ermessensspielraum des Kreditgebers als unproblematisch anzusehen, weil nicht § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, sondern § 1056 ABGB (analog) gilt, also eine Bestimmung, die eine Ermessensausübung des preisfestsetzungsberechtigten Teils notwendig voraussetzt.

Ein geradezu willkürlich hoch angesetzter Höchstzinssatz (in Anbetracht der aktuellen Marktlage zB bei 30 % pa) stellte hingegen keine sachliche Rechtfertigung dar, weshalb in diesem Fall eine gröbliche Benachteiligung (§ 879 Abs 3 ABGB) des Kreditnehmers in Betracht kommt. Dies gilt insb dann, wenn die Mindestverzinsungsklausel das „Zinsänderungsrisiko“ im Wesentlichen auf

210 OGH 1 Ob 568/87 = wbl 1987, 244; OGH 10 Ob 125/05p = ÖBA 2006, 916 (*Iro*); OGH 1 Ob 72/08g = ÖBA 2008, 872 (*Koziol*); OGH 6 Ob 68/14i = ÖBA 2015, 71. Vgl auch *Koziol* in *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II Rz 1/31; *Krejci* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 879 Rz 390. Zur Rechtslage in Deutschland *Wurmnest* in *Säcker/Rixecker/Oetker/Limperf* (Hrsg), Münchener Kommentar zum BGB II<sup>7</sup> (2016) § 307 BGB Rz 204.

211 In dieser Entscheidung hält der OGH „*die Anknüpfung an die Bonität des Kreditnehmers*“ für legitim. Dies gilt mE aber aufgrund des Kriteriums der Willensunabhängigkeit nur dann, wenn es sich um ein externes Rating handelt (ebenso *Fuchs* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht<sup>12</sup> Zinsanpassungsklauseln Rz 30). Hervorhebung durch den Verfasser.

212 Für eine analoge Anwendung des Transparenzgebots auf zwischen Unternehmern vereinbarte AGB *Schilcher*, Das Transparenzgebot im Vertragsrecht, in *Aicher/Holoubek*, Schutz von Verbraucherinteressen 99 (124 ff); *M. Leitner*, Das Transparenzgebot (2005) 129 ff; *Parapatits*, Das Transparenzgebot im Unternehmergeschäft, in *Knyrim/Leitner/Perner/Riss* (Hrsg), Aktuelles AGB-Recht (2008) 35 (49 ff); *Koziol – Welsch/Kletečka*, BR I<sup>14</sup> Rz 438 mwN; aA *Schurr* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 6 Abs 3 Rz 8; OGH 2 Ob 65/13t = RdW 2013, 471.

213 Dessen rechtliche Einordnung ist strittig; zB *Schopper/Skarics* in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht VII<sup>2</sup> (2015) Rz 1/113 ff mwN.

214 OGH 3 Ob 47/16g = ÖBA 2016, 762 (*Zöchling-Jud*).

215 Wohl aA *Zöchling-Jud*, ÖBA 2016, 765.

den Kreditnehmer überwälzt (vgl etwa das Beispiel oben unter Pkt IV.B.). Zusätzlich müsste eine solche Klausel als sittenwidrig (§ 879 Abs 1 ABGB) angesehen werden.<sup>216</sup>

Das Fehlen eines „Zinscaps“ in der Zinsgleitklausel mit Untergrenze könnte aber ohne Zweifel auf andere Weise sachlich gerechtfertigt werden; etwa dadurch, dass der vom Kreditnehmer zu bezahlende Aufschlag ohne „Zinscap“ merklich niedriger ausfällt als mit einem solchen. Der Kreditnehmer kann diesfalls frei darüber entscheiden, ob er im Gegenzug für die Übernahme des „Zinsanstiegsrisikos“ einen zumindest anfänglich günstigeren Kredit möchte oder ob er doch lieber einen höheren Risikoaufschlag bezahlt.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Kredite an Unternehmer oder die „öffentliche Hand“ mit einer Unter-, aber ohne eine Obergrenze durchaus denkbar sind.<sup>217</sup> Der unternehmerische oder als solcher zu behandelnde (§ 1 Abs 2 S 2 KSchG) Kreditnehmer darf aber nicht in unsachlicher Weise benachteiligt werden.

Mangelt es an einer sachlichen Rechtfertigung, dann wäre die Zinsgleitklausel wegen Sittenwidrigkeit und gröblicher Benachteiligung des Kreditnehmers als nichtig anzusehen. Im Unterschied zu Verbraucherkreditverträgen handelt es sich aber um keine absolute, von Amts wegen aufzugreifende Nichtigkeit,<sup>218</sup> sondern bloß um eine *relative Nichtigkeit*.<sup>219</sup>

Trotz Nichtigkeit der Zinsgleitklausel bleibt der Restkreditvertrag wirksam. Nach der älteren hA<sup>220</sup> käme es zu einer geltungserhaltenden Reduktion der Zinsgleitklausel; diese bliebe demnach mit ihrem gerade noch zulässigen Inhalt bestehen. An einer so verstandenen geltungserhaltenden Reduktion wird aber, insb aus Präventionsgründen, mit Recht Kritik geübt.<sup>221</sup> Es wäre dem verhandlungsmächtigeren Vertragsteil ohne nennenswertes Risiko möglich, ein sittenwidriges oder gröblich benachteiligendes Rechtsgeschäft durchzusetzen, weil er sich äußerstenfalls mit einer bis zur Grenze des Erlaubten gemäßigten Ersatzregelung zufrieden geben müsste. Dies wird in der neueren Lehre<sup>222</sup> aber teilweise dadurch entschärft, dass die fragliche Klausel auf ein jedenfalls unbedenkliches Ausmaß reduziert wird. Soweit die Sittenwidrigkeit oder gröbliche Benachteiligung einer bestimmten Klauselgestaltung allerdings evident ist, erscheint eine Geltungserhaltung dennoch besonders problematisch. Unter diesen Umständen greift der gegen die geltungs-

216 Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Maßstab der gröblichen Benachteiligung kein strengerer als jener bei der Sittenwidrigkeit. Ein Unterschied besteht jedoch – wie *Kletečka* (in *Aicher/Holoubek*, Schutz von Verbraucherinteressen 135 ff) überzeugend nachgewiesen hat – auf Ebene der Beweislast.

217 IdS bereits *Kronthaler*, ÖJZ 2017, 108; aA wohl *Told*, ÖBA 2017, 845.

218 ZB *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 879 Rz 297; *P. Bydliński*, AT<sup>7</sup> Rz 7/44.

219 *Told*, ÖBA 2017, 845; OGH 3 Ob 47/16g = ÖBA 2016, 762 (*Zöchling-Jud*); vgl auch RIS-Justiz RS0016450.

220 Stellvertretend *Gschntzer* in *Klang IV/1*<sup>2</sup> 169 mwN; vgl auch *Bollenberger* in *KBB*<sup>5</sup> § 879 Rz 30.

221 Vgl *Iro*, Teilwirksamkeit gröblich benachteiligender AGB-Klauseln „soweit gesetzlich zulässig“? RdW 1987, 7; *Fitz*, Zur „geltungserhaltenden Reduktion“ überschießender AGB-Klauseln, in FS Schnorr (1988) 645 ff; *Kletečka* in *Aicher/Holoubek*, Schutz von Verbraucherinteressen 145 ff; *Kozioł – Welsler/Kletečka*, BR I<sup>14</sup> Rz 569; so auch die hL in Deutschland vgl *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Das Rechtsgeschäft<sup>4</sup> (1992) 389; *Wolff/Neuner*, AT<sup>11</sup> Rz 46/64 f; *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs<sup>4</sup> (2016) Rz 1201; *Roloff* in *Erman* (Hrsg), BGB I<sup>15</sup> (2017) § 306 BGB Rz 8; im Wesentlichen auch *Armbrüster* in *MüKoBGB* I<sup>7</sup> § 138 BGB Rz 158 ff, der aber in manchen Fällen eine geltungserhaltende Reduktion für zulässig hält; aM etwa *Sack/Fischinger* in *Staudinger*, BGB § 138 BGB Rz 154 ff, die sich für eine teleologische Reduktion von § 138 BGB aussprechen. Es kommt nach ihnen also darauf an, ob Zweck der verletzten „Sittennorm“ die Nichtigkeit erfordert; für eine prinzipielle Zulässigkeit auch *Faust* in *Dauner-Lieb/Heidel/Ring* (Hrsg), NomosKommentar zum BGB I<sup>3</sup> (2016) § 139 BGB Rz 31 ff.

222 *Welsler*, JBl 1980, 10; *F. Bydliński*, Allgemeine Versorgungsbedingungen und Energielieferungsverträge in Österreich, in FS Neumayer (1985) 115 (126 ff); *Kozioł*, Sonderprivatrecht für Konsumentenkredite? AcP 188 (1988), 183 (221 f); *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 879 Rz 299. Vgl auch *Canaris*, Gesamtwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen, in FS Steindorff (1990) 519 (549 ff); ferner *Sack/Fischinger* in *Staudinger*, BGB § 138 BGB Rz 204.

erhaltende Reduktion vorgebrachte Präventionsgedanke in vollem Umfang;<sup>223</sup> die betroffene Vertragsklausel wäre als nichtig anzusehen und die dadurch entstandene Lücke durch dispositives Gesetzesrecht oder allenfalls mittels ergänzender Vertragsauslegung zu schließen.<sup>224</sup> Anders verhält sich dies bei einem Klauselaufsteller, der die von ihm vorgesehene Regelung redlicherweise für inhaltlich zulässig halten durfte. Für diesen Fall hat *Canaris*<sup>225</sup> zutreffend gezeigt, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip eine Einschränkung der an sich berechtigten Präventionserwägungen verlangt.<sup>226</sup> Die vom Sittenwidrigkeitsurteil betroffene oder als gröblich benachteiligend erkannte Klausel ist zwar an sich unwirksam, kann allerdings auf einen angemessenen Umfang reduziert werden; mangels vollständigem Wegfall der Klausel entsteht zu keinem Zeitpunkt eine Vertragslücke.<sup>227</sup>

## VIII. Zusammenfassung der wesentlichsten Ergebnisse

1. Die Vertragspartner sind sich in aller Regel darüber einig, einen „Kreditvertrag“ zu schließen, der dem gesetzlichen Typus (§ 988 ABGB) entspricht. Es liegt ein „natürlicher Konsens“ darüber vor, dass eine bestimmte Summe an Geld gegen Entgelt (in Form von Zinsen und weiteren Vergütungen) für einen gewissen Zeitraum überlassen werden soll. Innerhalb des von den Parteien vorgesehenen Regelungsplans findet sich somit kein Platz für „Negativzinsen“.
2. Das Fehlen einer Unter- und Obergrenze in einer Zinsgleitklausel spricht mE eindeutig dafür, dass die Vertragspartner den Sollzinssatz prinzipiell uneingeschränkt von der zukünftigen Entwicklung des Referenzzinssatzes abhängig machen wollten. Da die (langfristige) Entwicklung des Referenzzinssatzes für die Parteien weitestgehend unvorhersehbar ist, nehmen sie zukünftige Zinsschwankungen bewusst in Kauf.
3. Müsste der Kreditnehmer in jedem Fall zumindest den Aufschlag als Mindestsollzinssatz bezahlen, könnte es uU zu einer nahezu vollständigen Verlagerung des „Zinsänderungsrisikos“ auf den Kreditnehmer kommen. Ein redlicher Kreditgeber dürfte aber gewiss nicht einfach davon ausgehen, dass sein Gegenüber ohne Weiteres dazu bereit wäre. Vielmehr wird ihm typischerweise klar sein, dass der Kreditnehmer mit einer ausgewogenen Verteilung von Chancen und Risiken rechnet (normative Auslegung).
4. Die Überlegungen zur Vertragsauslegung gelten unverändert auch bei einer Kreditvergabe an Unternehmer oder die „öffentliche Hand“.
5. Bei Verbraucherkrediten gilt es zusätzlich § 6 Abs 1 Z 5 KSchG zu beachten. Da sich § 6 Abs 1 Z 5 KSchG vom Wortlaut her ausschließlich auf das vom Verbraucher(-kreditnehmer) zu leistende Entgelt bezieht, erscheint es von vornherein fraglich, ob sich aus dieser Bestimmung eine Pflicht des Kreditgebers zur Zahlung von „Negativzinsen“ ableiten lässt. Dagegen spricht vor allem, dass § 6 Abs 1 Z 5 KSchG primär darauf abzielt, das ursprüngliche Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung zu wahren. Fällt entweder die Leistung oder – wie in den hier interessieren-

223 *Koziol – Welser/Kletečka*, BR I<sup>14</sup> Rz 569; *Riedler in Schwimann/Kodek IV*<sup>4</sup> § 879 Rz 55; *Basedow in MüKoBGB II*<sup>7</sup> § 306 BGB Rz 13.

224 *ZB Bollenberger* in *KBB*<sup>5</sup> § 879 Rz 30.

225 In FS Steindorff 557 ff.

226 Ebenso *Koziol – Welser/Kletečka*, BR I<sup>14</sup> Rz 569; *Riedler in Schwimann/Kodek IV*<sup>4</sup> § 879 Rz 55; *Basedow in MüKoBGB II*<sup>7</sup> § 306 BGB Rz 13; *Schlosser in Staudinger*, BGB § 306 BGB Rz 24; ähnlich *Faust in NK-BGB I*<sup>3</sup> § 139 Rz 34. AA *Fitz* in FS Schnorr 651.

227 Vgl *Basedow in MüKoBGB II*<sup>7</sup> § 306 Rz 13.

den Fällen – die Gegenleistung zur Gänze weg, bedarf es aus naheliegenden Gründen keiner Anpassungssymmetrie mehr.

**6.** Möchte der Kreditgeber beim Verbraucherkredit eine Untergrenze („Zinsfloor“) festsetzen, bedarf es beim Verbraucherkredit zwingend einer Obergrenze („Zinscap“). Ein Mindestzinssatz limitiert die zukünftigen „Zinsänderungschancen“ des Kreditnehmers, während er nach oben hin weiter einem unbegrenzten „Zinsänderungsrisiko“ ausgesetzt wäre. Unter diesen Voraussetzungen ist die von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG geforderte Aufrechterhaltung der ursprünglichen vertraglichen Äquivalenz nicht gewährleistet.

**7.** Eine Aufspaltung des Sollzinssatzes in einen fixen und einen variablen Teil, die alleine dazu dient, über diesen Umweg einen von der Rsp abgelehnten Mindestsollzinssatz zu begründen, ist gem § 6 Abs 1 Z 5 KSchG unzulässig. Dies ergibt sich mE aus einer extensiven, von einem funktionalen Verständnis des Zinsbegriffs ausgehenden Gesetzesinterpretation. Wollte man dieser Auffassung nicht folgen, stellt sich die Frage, ob die Aufspaltung des Sollzinssatzes in zwei Teile nicht eine Gesetzesumgehung (§ 879 Abs 1 ABGB) bewirkt.

**8.** Außerhalb des Anwendungsbereichs des Verbraucherschutzrechts ist § 1056 ABGB der relevante Maßstab für Zinsänderungsklauseln. Nach der Judikatur müssen Zinsänderungsklauseln auch im Bereich unternehmensbezogener Rechtsgeschäfte zweiseitig ausgestaltet und vom Willen des Kreditgebers unabhängig sein. Dies bedeutet aber nicht, dass eine Mindestverzinsungsklausel stets unzulässig sein muss. Tatsächlich ist für eine solche eine sachliche Rechtfertigung erforderlich. Diese kann etwa in der Gewährung eines – nach billigem Ermessen festgesetzten – „Zinscaps“ oder eines geringeren Aufschlags auf den Referenzzinssatz bestehen.

## Technokratie und Posttechnokratie

Christian Hiebaum,\* Universität Graz

**Kurztext:** *Technokratie ist heute nahezu allgemein übel beleumundet. Ein Gutteil politischer Fundamentalkritik (insbesondere an der Europäischen Union) ist Kritik an technokratischem Entscheiden. Gleichwohl macht man sich mit dem Vorschlag, die Regierung hauptsächlich oder gar ausschließlich mit „Expertinnen und Experten“ zu besetzen, im Wahlvolk eher beliebt als unbeliebt. Und prominente Ökonomen beklagen den Mangel an Sachverstand, wie er sich in Austeritätspolitiken manifestiere, die nicht zuletzt von genau denjenigen Instanzen verordnet werden, die unter Technokratie-Verdacht stehen. Manche bezweifeln auch explizit, dass wir an zu viel Technokratie laborieren würden. Um den Widerspruch zwischen Technokratie-Kritik und Technokratie-Leugnung (bzw dem Wunsch nach mehr Expertise in der Politik) aufzulösen, schlage ich den Begriff der Posttechnokratie vor. Einiges an heutiger Technokratie-Kritik, so meine These, bezieht sich eigentlich auf die Posttechnokratie. Im Folgenden wird zwischen Technokratie und Posttechnokratie unterschieden, indem ihr jeweiliges Verhältnis zu Bürokratie, Hierarchie, Partizipation und ideologischer Vielfalt näher betrachtet wird.*

**Schlagworte:** *Technokratie; Posttechnokratie; Bürokratie; Hierarchie; Heterarchie; Governance; Partizipation; Demokratie; ideologische Vielfalt; Neoliberalismus.*

### I.

Technokratie ist heute nahezu allgemein übel beleumundet. Das war nicht immer so. Mit dem technologischen Fortschritt und der Etablierung und Ausdifferenzierung der modernen Sozialwissenschaften war für einige Zeit durchaus die Hoffnung verbunden, Herrschaft weiter versachlichen zu können bzw sie eines Tages überhaupt den Gesellschaftsingenieuren überlassen zu können. So formierte sich in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts in den USA, inspiriert durch die Schriften *Veblens*, insbesondere durch das Werk *The Engineers and the Price System*,<sup>1</sup> eine deklariert technokratische Bewegung, die keineswegs bloß als eine Gruppe Verschrobener wahrgenommen wurde.<sup>2</sup> Doch dieser Optimismus hielt nur wenige Jahrzehnte. Mittlerweile gilt die Technokratie eher als Degenerationsform von Epistokratie. Zumindest scheint letzterer Begriff etwas weniger negativ besetzt – wohl, weil ihn kaum jemand kennt oder weil „Epistokratie“ weniger an

---

\* Ao. Univ.-Prof. Dr. Christian *Hiebaum* ist Dozent am Institut für Rechtswissenschaftliche Grundlagen und Leiter des Fachbereichs Rechtssoziologie, Rechtspolitik, Verhandlungs- und Mediationsforschung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz.

1 *Veblen*, *The Engineers and the Price System* (1921).

2 Siehe *Willeke*, *Die Technokratiebewegung in Nordamerika und Deutschland zwischen den Weltkriegen: Eine vergleichende Analyse* (1995); *Akin*, *Technocracy and the American Dream: The Technocrat Movement, 1900-1941* (1977); *Elsner, Jr.*, *The Technocrats: Prophets of Automation* (1967).

technisches Wissen als an Weisheit und Tiefsinnigkeit denken lässt. Mit „Expertokratie“ dagegen dürfte es sich ähnlich verhalten wie mit „Technokratie“. Gleichwohl macht man sich mit dem Vorschlag, die Regierung hauptsächlich oder gar ausschließlich mit „Expertinnen und Experten“ zu besetzen, im Wahlvolk eher beliebt als unbeliebt – sodass er fast schon als populistisch gelten kann. Und regelmäßig wird die Forderung laut, die Regierung möge arbeiten und nicht streiten, oder sogar: weniger reden. Als wäre es nur eine Frage des Sachverstandes und des guten Willens, soziale Probleme zu erkennen und zu lösen. Auch in der politischen Theorie werden wieder vermehrt Zweifel an den Rationalitätspotenzialen zumindest real existierender demokratischer Systeme geäußert.<sup>3</sup>

Während man also regelmäßig Stimmen für mehr Expertise in der Politik, ja, sogar für eine gewisse „Entpolitisierung“ der Politik vernimmt,<sup>4</sup> gibt es heute kaum jemanden, der explizit der „Technokratie“ das Wort redet. Ob zu Recht oder zu Unrecht, man assoziiert damit hauptsächlich übertriebenen, ja naiven Steuerungsoptimismus, Planwirtschaft und eine Herrschaft, die zwar rechtsförmig und rechtlich gebunden sein mag, aber mit individueller und kollektiver Freiheit unvereinbar ist.<sup>5</sup> Und während viele meinen, die gegenwärtigen politischen Systeme in Europa, allen voran jenes der Europäischen Union, seien mehr technokratisch als demokratisch geprägt, und das für einen Mangel halten, beklagen die wenigsten, dass wissenschaftliche Expertisen allzu großen Einfluss auf den Inhalt von Entscheidungen und Rechtstexten hätten. Es verhält sich eher umgekehrt: Kritisiert wird der Einfluss von Partikularinteressen und Pseudo-Studien, die wie wissenschaftliche Arbeiten aussehen, im Grunde aber nur Dienstleistungen für mächtige Lobbys sind. Dementsprechend ist viel von „fake news“, „alternative facts“ und bloßem „bullshit“<sup>6</sup> die Rede.

So unterscheidet etwa *Wren-Lewis* im Zusammenhang mit der Austeritätspolitik in der EU im Allgemeinen und im Vereinigten Königreich im Besonderen zwischen „textbook macro“ (Lehrbuch-Makroökonomik) und „media macro“ (das, was im öffentlichen Diskurs als makroökonomische Einsicht oder zumindest wissenschaftlich fundierte und also akzeptable Auffassung gilt).<sup>7</sup> Bedauerlicherweise hätten auch auf Seriosität und Neutralität verpflichtete Medien wie die BBC Anteil an der Desinformation der Öffentlichkeit, weil sie in ihrer Berichterstattung regelmäßig die Tatsache unterschlagen würden, dass in der Fachwelt ein überwältigender Konsens gegen die Austeritätspolitik bestehe. Ähnlich konstatiert *Rodrik* eine auffällige Diskrepanz zwischen den öffentlichen, bisweilen markt- und freihandelsfetischistisch anmutenden Verlautbarungen mancher seiner Ökonomen-Kollegen und dem, was man in der Disziplin weiß über die keineswegs anspruchslösen Voraussetzungen für das Funktionieren und über die Grenzen der Leistungsfähigkeit von Märkten.<sup>8</sup>

3 Siehe etwa *Brennan*, *Against Democracy* (2016); *Achen/Bartels*, *Democracy for Realists: Why Elections Do Not Produce Responsive Governments* (2016).

4 Siehe *Blinder*, *Is Government Too Political?* *Foreign Affairs* (1997) 115; *Pettit*, *Depoliticizing Democracy*, *Associations* (2003) 23.

5 *Habermas* (Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats [1992]) würde ergänzen, dass es ohne Demokratie auch keine Rechtsstaatlichkeit *im vollen Sinne* geben könne.

6 Im Sinne von Geschwafel, in dem sich eine völlige Indifferenz gegenüber Wahrheit ausdrückt. Siehe *Frankfurt*, *On Bullshit* (2005).

7 *Wren-Lewis*, *What Brexit and austerity tell us about economics, policy and the media*, SPERI Paper No. 36 (2016), <http://speri.dept.shef.ac.uk/wp-content/uploads/2016/12/SPERI-Paper-36-What-Brexit-and-austerity-tell-us-about-economics-policy-and-the-media.pdf> (zuletzt abgefragt am 13. 6. 2018); *Wren-Lewis*, *Mediamacro myths: summing up* (2015), <http://mainlymacro.blogspot.co.at/2015/04/mediamacro-myths-summing-up.html> (zuletzt abgefragt am 13. 6. 2018).

8 *Rodrik*, *Economics Rules: The Rights and Wrongs of a Dismal Science* (2015) 93–96.

*Krugman* schreibt in der *New York Times* sogar, dass er Technokraten eigentlich liebe, nur könne er in der europäischen, aber auch in der US-amerikanischen Wirtschaftspolitik kaum welche ausmachen. Mit Technokratie habe die Politik seit Ausbruch der Finanzkrise von 2008 wenig bis nichts zu tun.<sup>9</sup> Insbesondere hätten echte Technokraten Griechenland keine so unsinnigen „Strukturreformen“ aufgezwungen wie die berühmt-berüchtigte „Troika“ (bestehend aus EZB, IWF und EU-Kommission und politisch begleitet von den Finanzministern der Euro-Gruppe). *DeLong* spitzt diesen Befund noch zu. Es finde überhaupt kein interessanter „policy“-Diskurs mehr statt, Ideen würden gar keine Rolle spielen. Die herrschenden Ideen seien im Grunde keine Ideen, sondern nur Phrasen:

*„If the ruling ideas were those of Bagehot, Kindleberger, Keynes, Friedman – even a Hayek – we could do something, although in the last case it would take a lot of intellectual ingenuity to make a silk purse out of that particular sow’s ear. But the ruling ideas are barely ideas – they are, rather slogans. The bipartisan technocratic policy center of politicians who listen to arguments about what policies might actually work is gone – or at least paralyzed. And too many key levers of power are held by a right – in Germany, in Britain, and in the US – that appears profoundly uninterested in argument about [sic] policy effectiveness, if not uninterested in policy effectiveness itself.“<sup>10</sup>*

Das mag stark übertrieben anmuten, entspricht aber dem, was der frühere griechische Finanzminister *Varoufakis* über sein erstes Zusammentreffen mit den anderen Finanzministern in der Euro-Gruppe im Frühjahr 2015 schreibt:

*„You put forward an argument that you’ve really worked on – to make sure it’s logically coherent – and you’re just faced with blank stares. It is as if you haven’t spoken. What you say is independent of what they say. You might as well have sung the Swedish national anthem – you’d have got the same reply. And that’s startling, for somebody who’s used to academic debate. [...] The other side always engages. Well there was no engagement at all. It was not even annoyance, it was as if one had not spoken.“<sup>11</sup>*

Was immer Technokratie genau sein soll, so stellt man sie sich nicht vor. *Habermas* dagegen betitelte noch 2013 eine Sammlung von kritischen Analysen zur Verfasstheit Europas mit „*Im Sog der Technokratie*“.<sup>12</sup> Und er ist mit der Charakterisierung des europäischen politischen Systems als technokratisch keineswegs allein.<sup>13</sup> Das ist bemerkenswert, zumal sich die ideologischen und/oder kulturellen Differenzen zwischen den erwähnten Autoren in recht engen Grenzen halten. Wie lässt sich dieser Widerspruch zwischen Technokratie-Kritik und Technokratie-Leugnung (bzw dem Wunsch nach mehr Expertise in der Politik) auflösen? Ich denke, der Begriff der Posttechno-

9 *Krugman*, Boring Cruel Romantics, *New York Times* 21. 11. 2011, <http://www.nytimes.com/2011/11/21/opinion/boring-cruel-euro-romantics.html> (zuletzt abgefragt am 13. 6. 2018).

10 *DeLong*, Whose are the ruling macroeconomic ideas? (2016), <http://equitablegrowth.org/whose-are-the-ruling-macroeconomic-ideas/> (zuletzt abgefragt am 13. 6. 2018).

11 *New Statesman* July 13, 2015, <http://www.newstatesman.com/world-affairs/2015/07/yanis-varoufakis-full-transcript-our-battle-save-greece>, July 14, 2015 (zuletzt abgefragt am 13. 6. 2018).

12 *Habermas*, *Im Sog der Technokratie* (2013).

13 Siehe neben vielen anderen auch *Brunckhorst*, *Das doppelte Gesicht Europas. Zwischen Kapitalismus und Demokratie* (2014); *Offe*, *Europe Entrapped* (2015); *Berman*, *Against the Technocrats, Dissent* (2018), <https://www.dissentmagazine.org/article/against-technocrats-liberal-democracy-history> (zuletzt abgefragt am 13. 6. 2018). Für *Streeck* (What About Capitalism? Jürgen Habermas’s Project of a European Democracy [2017] 246) bleibt *Habermas* sogar noch viel zu technokratiefreundlich.

kratie könnte helfen. Ein Gutteil der heutigen Technokratie-Kritik, so meine These, bezieht sich eigentlich auf Posttechnokratie.<sup>14</sup>

Ich möchte im Folgenden Posttechnokratie anhand einiger Begriffe und gut etablierter Rhetoriken von genuiner Technokratie unterscheiden. Man könnte sie als aufgeweichte oder verwässerte Form der Technokratie ansehen, als Technokratie mit liberalem oder quasi-demokratischem Antlitz. Posttechnokratie verhält sich zu eigentlicher Technokratie in etwa so wie Postdemokratie, mit der sie ohnehin eng verwandt ist, zu Demokratie.<sup>15</sup> Wie die Postdemokratie die Demokratie nicht einfach abgelöst hat, so ersetzt auch die Posttechnokratie nicht einfach die Technokratie. Zum einen hatten wir bis zuletzt nichts, was sich ohne signifikante Qualifikationen als Technokratie beschreiben ließe, mithin keine umfassende Technokratie, sondern nur mehr oder weniger zahlreiche technokratische Institutionen; zum anderen existieren viele dieser technokratischen Institutionen nach wie vor, zB von der demokratischen Politik unabhängige Zentralbanken.<sup>16</sup> Vorausgeschickt werden kann auch, dass der Unterschied zwischen Technokratie und Posttechnokratie nicht darin besteht, dass wahrhaft technokratische Entscheidungen nicht falsch oder unvernünftig sein können. Was man eher sagen könnte, ist, dass Posttechnokratie geradezu systematisch falsche bzw nur allzu zufällig richtige oder vernünftige Entscheidungen hervorbringt. Aber auch diese Behauptung möchte ich hier nicht aufstellen oder gar verteidigen. Mir geht es primär um sprachliche Differenzen bzw um Veränderungen im Subtext bestimmter Redeweisen, die eine ideologische Verschiebung hin zu dem indizieren, was gemeinhin Neoliberalismus genannt wird. Diese Verschiebung manifestiert sich freilich nicht nur in Redeweisen, sondern auch in Institutionen. Allerdings sind die Institutionen nicht immer so, wie die Rhetorik es vermuten ließe.

## II.

Wie gesagt, man könnte die Posttechnokratie als eine aufgeweichte Form der Technokratie verstehen. Technokratie und Posttechnokratie unterscheiden sich auf der Ebene der sie begleitenden legitimatorischen Diskurse hinsichtlich ihres Verhältnisses zu Bürokratie (1), Hierarchie (2), Partizipation (3) und ideologischer Vielfalt (4).

### 1. Bürokratie

Die Technokratie ist sehr augenscheinlich bürokratieaffin, da sie nicht voluntaristisch gerechtfertigt wird und sich auch nicht auf das Charisma von Amtsträgerinnen und -trägern stützt. Ihre

---

14 Am Terminus liegt mir freilich nichts, zumal man sich auf Begriffsbildungen mit dem Präfix „Post“ schon lange nichts mehr einbilden kann. Im Übrigen war mir, wie ich, nachdem mir der Begriff eingefallen war, feststellen musste, ein soziologischer Systemtheoretiker bereits zuvorgekommen (siehe *Dickel*, Post-Technokratie: Prekäre Verantwortung in digitalen Kontexten, *Soziale Systeme* [2015] 282). Die Systemtheorie mit ihrer technisch anmutenden Begrifflichkeit, ihrer Skepsis gegenüber sozialwissenschaftlichen Kausalerklärungen und ihrem Steuerungspessimismus kann sogar selbst als der schlechthinige posttechnokratische Diskurs bzw als Reflexionstheorie der Posttechnokratie verstanden werden. Wie auch immer, jedenfalls könnte man statt von „Posttechnokratie“ ebenso gut von „uneigentlicher Technokratie“, „Semi-Technokratie“ oder „Pseudo-Technokratie“ sprechen oder irgendeine andere Bezeichnung wählen, die gleichzeitig Ähnlichkeit und Differenz zum Ausdruck bringt.

15 Siehe *Crouch*, Postdemokratie (2008).

16 Ich lasse hier noch augenfälligere und immer bedeutsamer werdende Phänomene beiseite, die man als „Hypertechnokratie“ bezeichnen könnte: die Steuerung oder Gestaltung gesellschaftlicher Prozesse durch Computerprogramme bzw Algorithmen, die Quasi-Entscheidungen treffen und Quasi-Normen setzen. Siehe etwa *Lessig*, Code: And Other Laws of Cyberspace, Version 2.0 (2006).

Legitimation stellt auf die Qualität des Outputs ab und nicht auf den Input, dh auf die von den Herrschafts- oder Rechtsunterworfenen in Wahlen, Abstimmungen und öffentlichen Debatten zum Ausdruck gebrachten politischen Präferenzen. Es ist die Erwartung der Richtigkeit oder Vernünftigkeit von Entscheidungen, auf der die Legitimität technokratischer Arrangements ruht. Die Begründung dieser Erwartung kann allerdings nicht allein im Vertrauen auf den Sachverstand der handelnden Personen liegen, und sei dieses Vertrauen völlig berechtigt. Auch Expertinnen und Experten können irren oder von anderen als sachlichen Erwägungen geleitet werden. Zudem ist echte Expertise, woran immer man sie erkennen mag, beschränkt. Es braucht also ein System von „*checks and balances*“, klare Aufgabenbeschreibungen und Entscheidungsprotokolle, mithin eine Verteilung von Kompetenzen, von Rollen und Verantwortungen. Und natürlich muss eine verlässliche Implementierung der Entscheidungen sichergestellt werden. Das alles bedingt Normen, die nur wenig Ermessensspielraum offen lassen und deren Anwendung nicht allzu viele Abwägungen erfordert, woraus notorisch Unsicherheit resultieren würde. Auch wenn das Verständnis ihres systematischen Zusammenhangs seinerseits besondere, eben juristische Expertise erfordert.

Die Posttechnokratie zeichnet sich demgegenüber durch eine Rhetorik der Bürokratiekepsis aus. Institutionen seien zu „verschlanken“ und Abläufe zu vereinfachen. Mit „Bürokratie“ werden eben nicht nur Sicherheit und Berechenbarkeit assoziiert, sondern auch Schwerfälligkeit, dysfunktionale Komplexität, Weltfremdheit und Disziplinierung. Realiter sind posttechnokratische Institutionen jedoch typischerweise nicht weniger bürokratisch. Zumindest weisen sie selbst eine Tendenz zu Hypertrophie auf. Nur ihre Normensprache ist eine andere, und zwar eine, welche die mit Bürokratisierung verbundenen Rationalitätsgewinne zu kassieren neigt. Sie ist weicher und vager, und zwar nicht nur an der phonetischen und semantischen Oberfläche (wo es etwa „Evaluierung“ und nicht „Überprüfung“ heißt). Zu strikt verbindlichen Geboten, Verboten und Erlaubnissen gesellen sich in noch größerer Zahl, als dies mit Bürokratie für genuin technokratische Strukturen vereinbar wäre, Normen, die als bloße Erwägungsgesichtspunkte fungieren bzw lediglich die Interpretation anderer Normen und den Ermessensgebrauch anleiten sollen. Verfahren dienen, wenn sie überhaupt auf Entscheidungen und nicht bloß auf Informationsaustausch zwecks besserer Abstimmung abzielen, mehr der Entscheidungsvorbereitung als der Entscheidungsfindung selbst. Disziplinierungseffekte ergeben sich damit weniger aus expliziten Vorschriften als aus nichtformalisierten Machtstrukturen und der Notwendigkeit, strategisch zu handeln.

## 2. Hierarchie

Die Technokratie ist hierarchieaffin und „*government*“, also autoritätsfokussiert. Oben ist die Expertise, unten die Anerkennung der Überlegenheit dieser Expertise gegenüber der eigenen und/oder die Einsicht, dass stabile Befehlsstrukturen ein Gebot der Effizienz sein können, weil sie naturgemäß weniger Transaktionskosten verursachen als die ständige Konsenssuche und das Verhandeln.<sup>17</sup> Von den Hierarchien in einem (partiell) technokratischen System mag es zwar mehrere geben, sodass sich Technokratie durchaus mit einem gewissen Maß an Dezentralisie-

---

17 Unter anderem aus diesem Grund finden sich formalisierte Hierarchien nicht nur im Staat und in der Verwaltung, sondern auch in der ökonomischen Sphäre, nämlich in Unternehmen. Und wenn das Transaktionskosten-Argument nicht als Erklärung dienen kann, dann zumindest als Rechtfertigung. *Locus classicus*: Coase, *The Firm, the Market and the Law* (1988). Dazu, was das für das politische Denken bedeuten sollte, *Anderson, Private Government: How Employers Rule Our Lives (and Why We Don't Talk about It)* (2017).

rung und Föderalisierung verträgt. Aber Kreuzungen und Überschneidungen hierarchischer Strukturen ohne klare Kollisionsnormen sind ein Problem, weil sie zu Verhandlungen und Abwägungen zwingen, die mit Unsicherheiten einhergehen, welche sich nicht mittels bloßer Expertise beseitigen lassen, sondern irgendeine Art von Politik erfordern.

Die Posttechnokratie ist hierarchieavers, sie bevorzugt heterarchische oder gar anarchisch-strukturierte „*governance*“. Es geht um das Regieren/Regulieren/Normieren selbst. Dementsprechend populär sind *Public Private Partnerships* bei der Bereitstellung öffentlicher Güter, die vormals in die alleinige Zuständigkeit des Staates fiel und bisweilen auch technokratisch organisiert war.<sup>18</sup> Der Hauptfokus liegt also auf Prozessen, nicht auf der Allokation von Autorität. Für das Innere von Organisationen wird neben „gesundem Wettbewerb“ vor allem „Teamarbeit“ propagiert, nach außen soll „Kundenfreundlichkeit“ praktiziert werden, und als Kunden gelten potenziell alle Dritte. Beziehungen, für die ein Autoritätsgefälle wesentlich ist, die also im Grunde oder zu einem guten Teil hierarchische Beziehungen sind (etwa zwischen Schule und Schülerinnen, Universität und Studierenden oder Behörde und Bürgerin), werden an Vertragsbeziehungen zwischen gleichrangigen Privaten assimiliert.

### 3. Partizipation

Technokratie ist naturgemäß partizipationsavers, sie setzt auf die epistemische und in weiterer Folge auch rechtliche Autorität von Expertinnen und Experten. Das heißt, mit ersterer wird letztere begründet. Die Posttechnokratie hingegen ist durchaus partizipationsaffin, wenn auch eher nominell als real. Sie setzt zwar ebenfalls auf Expertise, rechnet aber nicht mehr damit, dass sich diese bei einer bestimmten Person oder einer kleinen Gruppe von Personen vorfinden lässt. Vielmehr wird sie in Prozessen oder Verfahren selbst verortet. Deshalb sollen die sogenannten „*stakeholders*“ und Mitglieder der relevanten „*epistemic communities*“ an Entscheidungen und Regulierungen teilhaben. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von „funktionaler Repräsentation“. Diese Gruppen werden jedoch eher als Netzwerke denn als politische Gemeinschaften verstanden.<sup>19</sup> Und auch sie haben oft nur Konsultationsrechte oder können „*feedback*“ zu Entscheidungen geben. Die Entscheidungen selbst werden oft ohne weitere Mitbestimmung getroffen oder als *Verträge* zwischen Repräsentanten der „*stakeholders*“, etwa als Ziel- und Leistungsvereinbarungen, verbindlich. Wir haben somit tendenziell „*responsibility*“ ohne nennenswerte „*responsiveness*“<sup>20</sup> oder eine lediglich durch die Notwendigkeit eines Vertragsschlusses bedingte „*responsiveness*“. Die für die liberale Demokratie konstitutive Spannung zwischen Identität und Differenz der Sub-

18 Die Einbindung Privater in die Erfüllung staatlicher Aufgaben hat eine lange Tradition, jedoch erfolgt sie seit einiger Zeit verstärkt, und auch die Formen haben sich verändert. Siehe dazu *Fuchs et al* (Hrsg), Staatliche Aufgaben, private Akteure I: Erscheinungsformen und Effekte (2015). Private wirken heute mit bei der Gesetzgebung/Regelsetzung, in der Rechtsprechung, bei der Marktaufsicht und Marktregulierung, bei der Bereitstellung von Infrastruktur, bei der Gewährleistung öffentlicher Sicherheit, bei der Informationsbeschaffung, und bei der Bewertung und Zertifizierung von Gütern und Dienstleistungen.

19 Siehe (bezogen auf den Kontext transnationaler Politik) *Hiebaum*, Die Reichweite sozialer Gerechtigkeit, Politisches Denken Jahrbuch (2011) 77 (89 ff). Was hier „Posttechnokratie“ genannt wird, weist große Ähnlichkeit zu etwas auf, das *Cohen und Sabel* ebenfalls von Technokratie unterscheiden und als „deliberative Polyarchie“ bezeichnen, ein System, in dem „*principal-agent accountability gives way to peer review, in which decisionmakers learn from and correct each other even as they set goals and establish provisional rules for the organization*“ (*Cohen/Sabel*, Global Democracy? New York University Journal of International Law and Politics [2006] 763 [778]).

20 Siehe *Streeck*, How Will Capitalism End? (2016) Chapter 2; *Mair*, Representative versus Responsible Government, MPIfG Working Paper 09/8 (2009), <http://www.mpifg.de/pu/workpap/wp09-8.pdf> (zuletzt abgefragt am 13. 6. 2018).

jekte wird dabei in Richtung Differenz aufgelöst. Gut etablierte besondere Identitäten dürfen auf Respekt und Schutz zählen, für andere bleibt die Hoffnung auf Inklusion. Eine Überwindung dieser Identitäten hin zu einer neuen *gemeinsamen* ist jedoch nicht vorgesehen. Denn sie findet typischerweise weder beim Deliberieren in einem Expertengremium noch bei Vertragsverhandlungen statt.

#### 4. Heterogenität

Die Technokratie ist ideologisch neutraler als die Posttechnokratie. Das heißt, sie ist mit einer größeren Zahl politischer Ideologien und Theorien vereinbar, tatsächlich mit allen, die der demokratisch-kollektiven Entscheidungsfindung und der öffentlichen Deliberation keinen hohen Stellenwert einräumen oder zumindest Ausnahmen davon vorsehen. Das können sozialistische, liberale, feministische, nationalistische, konservative, weltliche oder stark religiös geprägte Konzeptionen der Gerechtigkeit und des Gemeinwohls sein, wenn sie sich nur in einigermaßen präzise politische Programme übersetzen lassen. Diese Multikompatibilität ist freilich nicht zu verwechseln mit Pluralitätskompatibilität. Technokratie ist auf relativ klare ideologische Hegemonie angewiesen. „Expertise“ muss schließlich als solche und in ihrer sozialen Relevanz erkannt und anerkannt sein. Zumindest muss über die Kriterien, die jemand erfüllen muss, um als „Experte“ gelten zu können, in Politik und Wissenschaft weithin Einigkeit bestehen. Oder besser: Außerhalb der Wissenschaft muss der Eindruck von Konsens innerhalb der Wissenschaft vorherrschen. Man denke an den lange Zeit bestehenden quasi sozialdemokratisch-keynesianischen Konsens in der Wirtschafts-, Finanz- und Sozialpolitik.

Bei der Posttechnokratie verhält es sich umgekehrt. Sie ist auf eine gewisse, freilich oberflächliche Weise pluralitätskompatibler. Ihre Rhetorik ist jedenfalls eine der Diversität. Zugleich aber verfügt sie über einen stärker ausgeprägten ideologischen Bias. Die Posttechnokratie steht in einem eindeutigen Naheverhältnis zu einer bestimmten Version des Liberalismus, nämlich einer, in der die öffentliche oder kollektive Dimension der Freiheit weitgehend ausgeblendet wird oder wenigstens in den Hintergrund rückt. Wie schon gesagt, ist in ihr kollektives Handeln jenseits des gemeinsamen Deliberierens innerhalb fluider Anspruchsgruppen („*stakeholders*“), mithin kollektives Entscheiden unter Einschluss derer, die nicht über die hinreichend direkt einschlägigen Interessen oder Expertisen verfügen bzw zur maßgeblichen „*epistemic community*“ zählen, grundsätzlich nicht vorgesehen. Damit reflektiert sie genau jene Skepsis gegenüber allen Konzeptionen der Gerechtigkeit, des Gemeinwohls und der Demokratie, durch die sich gerade neoliberale Sozialtheorien auszeichnen.<sup>21</sup> Als „*default option*“ der sozialen Koordination gilt der Marktmechanismus. Überhaupt und in der Tat wird dieser, wo es nur irgend möglich ist, wenigstens simuliert. Beispiele dafür wären die Mittelzuweisung im Wissenschaftsbetrieb nach kompetitiven Verfahren, was seinerseits den Selbstvermarktungsaufwand der Betroffenen signifikant erhöht und Solidarisierung erschwert, und das „*benchmarking*“ als Bestandteil der Budgetverteilung nicht nur im universitären Bereich, sondern ebenso im Gesundheitssystem und bisweilen sogar in den Kernbereichen der Hoheitsverwaltung, etwa bei der Polizei.<sup>22</sup> Die „alte“ Technokratie dagegen teilt zwar mit der Posttechnokratie wie immer gut oder schlecht begründete und oft auf be-

21 Siehe insbesondere *Hayek*, Die Verfassung der Freiheit (1991); *Buchanan/Tullock*, The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy (1999).

22 Siehe *Crouch*, The Knowledge Corrupters. Hidden Consequences of the Financial Takeover of Public Life (2016).

stimmte Politikfelder beschränkte Vorbehalte gegenüber Demokratie im herkömmlichen Sinne, weist aber nicht schon *an sich* einen solchen Markt- bzw Wettbewerbsbias auf.

### III.

Diese, wenn man so will, diskursphänomenologische Unterscheidung zwischen Technokratie und Posttechnokratie ist ganz offensichtlich sehr skizzenhaft, ja holzschnittartig ausgefallen. In der Tat sind Vermischungen der Diskurse möglich, was die Zuordnung zu Technokratie oder Posttechnokratie erschwert. Oft weisen die Diskurse auch nicht sämtliche der genannten Elemente auf. Diese können außerdem eine mehr oder weniger prominente Rolle spielen. Eine eingehendere Untersuchung müsste wohl nach sozialen Sphären und Rechts- oder Verwaltungsbereichen sowie nach Textsorten unterscheiden.

Keineswegs jedoch, meine ich, handelt es sich bei der Darstellung der Diskurse um eine bloße Karikatur. Es gibt die beschriebenen Diskurse, und sie sind wirkmächtig. Sie inspirieren Praktiken und tragen zur Legitimation von Institutionen bei, ziehen aber auch Kritik auf sich. Inwieweit sie zugleich Rationalisierungen von Entwicklungen sind, deren Natur und Ursachen besser anders als diskursanalytisch zu erforschen wären, etwa politisch-ökonomisch und/oder soziologisch, kann ich hier nicht erörtern. Aber auch als nachträgliche Rationalisierungen verdienen sie es, unterschieden und verstanden zu werden. Und sei es nur, um das jeweilige Verhältnis zu demokratischen Diskursen besser einschätzen zu können und der politischen Kritik an Herrschaftssystemen größere begriffliche Klarheit zu verschaffen.

