

# EuGH *Dexia Nederland* und die Folgen für das österreichische AGB-Recht

Alexander Wilfinger

**Dispositives Recht dient zur ausgewogenen Ergänzung unvollständiger Verträge. Vor kurzem hat der EuGH dennoch erstmals die Ersetzung einer missbräuchlichen AGB-Klausel durch dispositives Recht abgelehnt, womit ein zentraler Grundsatz des nationalen Vertragsrechts hinfällig zu sein scheint. Warum dieser folgen-schwere Schluss nicht zwingend ist, zeigt der vorliegende Beitrag.**

Stichwörter: AGB, Klauselkontrolle, Klausel-ersetzung, Vertragslücke, dispositives Recht, KlauselRL.  
JEL-Classification: K 12.

<https://doi.org/10.47782/oeba202105032601>

The ECJ recently rejected the replacement of an unfair term with a supplementary provision of national law for the first time, which seems to render a central principle of national contract law obsolete. However, this paper shows that this far-reaching conclusion does not necessarily have to be drawn from the decision.

## 1. Ausgangspunkt

Rechtsprechung und Lehre bearbeiten das AGB-Recht seit Jahrzehnten intensiv. Dass von einem „Rechtsgebiet, zu dem schon alles gesagt ist, nur noch nicht von allen“, trotzdem keine Rede sein kann,<sup>1)</sup> liegt verstärkt am EuGH, der über die Auslegung der KlauselRL 93/13/EWG entscheidet und den nationalen Gerichten dabei regelmäßig Neues mitgibt. Um im Verbrauchergeschäft die Unverbindlichkeit missbräuchlicher Klauseln und die Unterlassung ihrer Verwendung sicherzustellen (Art 6 Abs 1, 7 Abs 1 KlauselRL), wird vor allem den Folgen des Wegfalls von Klauseln Aufmerksamkeit geschenkt. Die hierfür einschlägigen Institute des nationalen Rechts stehen der Reihe nach auf dem europäischen Prüfstand, wurden aus Abschreckungsgründen bereits ausgemustert (geltungserhaltende Reduktion)<sup>2)</sup> oder stehen kurz davor (ergänzende Vertragsauslegung).<sup>3)</sup>

Überraschenderweise war letzteres – zumindest bisher – sogar für das dis-

positive Recht zu befürchten, dessen ganz grundlegende Funktion gerade darin liegt, eine ausgewogene Reserveordnung bereitzustellen.<sup>4)</sup> Immer wieder betonte der EuGH nämlich, dass die Ersetzung missbräuchlicher Klauseln durch Dispositivrecht auf Fälle beschränkt sei, „in denen die Ungültigerklärung der missbräuchlichen Klausel das Gericht verpflichtet würde, den Vertrag insgesamt für nichtig zu erklären, wodurch der Verbraucher Konsequenzen ausgesetzt würde, die derart sind, dass er dadurch bestraft würde“.<sup>5)</sup> Während sich der deutsche BGH nicht darauf einließ,<sup>6)</sup> schlug das Problem in Österreich schnell auf. Der OGH sprach bald von der grundsätzlichen Unzulässigkeit der Lückenfüllung durch dispositives Recht,<sup>7)</sup> was eine breit geführte literarische Diskussion auslöste. Dabei stellte sich heraus, dass die EuGH-Judikatur von zahlreichen Missverständnissen geprägt ist und der Rückgriff auf dispositives Recht nie wirklich versperrt war.<sup>8)</sup> Vielleicht auch unter diesem Eindruck relativierte der OGH seine Position zuletzt wieder.<sup>9)</sup> Insgesamt ließ sich daher bis vor kurzem noch sagen: „Alles ist offen, für ein Begräbnis des Dispositivrechts ist es nach wie vor zu früh.“<sup>10)</sup>

Nur wenige Monate später lässt die jüngste Entscheidung zum Problemkreis in den verb Rs *Dexia Nederland* dieses Fazit indes überholt erscheinen. Fällt



Photo: Daniela Gruber

Univ.-Ass. Dr. Alexander Wilfinger,  
Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht, WU Wien; e-mail:  
[alexander.wilfinger@wu.ac.at](mailto:alexander.wilfinger@wu.ac.at)

eine missbräuchliche Klausel über die Haftung des Verbrauchers weg, soll der Unternehmer danach nämlich „keinen Anspruch auf die Entschädigung [haben], die in einer dispositiven Vorschrift des nationalen Rechts vorgesehen ist, die ohne diese Klausel anwendbar gewesen wäre.“<sup>11)</sup> Was bislang nur zu befürchten stand, könnte damit eingetreten sein, weshalb *Graf* bereits die Konsequenzen eines endgültigen Abschieds vom Dispositiv-

- 1) Zöllner, ZfA 2010, 637 (638), der *Karl Valentin* zitiert, um auf die Notwendigkeit einer grundsätzlichen kritischen Betrachtung des AGB-Rechts hinzuweisen.
- 2) EuGH 14.6.2012, Rs C-618/10, *Banco Español* Rn 69 ff.
- 3) EuGH 3.10.2019, Rs C-260/18, *Dziubak* Rn 61; dazu *Vonkilch*, Zak 2019, 428; *Told/Ascher*, ZFR 2020, 21; *Spitzer*, ÖJZ 2020, 761 (771 f); zuletzt allerdings EuGH 25.11.2020, Rs C-269/19, *Banca B.*; dazu *Herresthal*, NJW 2021, 589; *Prankl*, *ecolex* 2021, 118.
- 4) *Möslein*, *Dispositives Recht* 33 ff mwN.
- 5) Etwa EuGH 21.1.2015, verb Rs C-482/13, C-484/13, C-485/13 und C-487/13, *Unicaja Banco und Caixabank* Rn 33; 3.3.2020, Rs C-125/18, *Gómez del Moral Guasch* Rn 61.
- 6) BGH NJW 2017, 320; NJW 2019, 2602; krit etwa *Fervers/Gsell*, NJW 2019, 2569 (2571 ff).
- 7) OGH 25.4.2018, 9 Ob 85/17s ÖBA 2018, 639 (krit *Faber*) = *ecolex* 2019, 217 (*Schoditsch*); 27.4.2018, 8 Ob 1/18g; zust

- Told*, JBI 2019, 541 (551 ff), 623 (628), die aber darauf hinweist, dass die Klausel im konkreten Fall nicht missbräuchlich, sondern intransparent war, weshalb die EuGH-Vorgaben nicht einschlägig waren. Vgl für Deutschland etwa *Graf von Westphalen*, BB 2019, 67 (74); *dens*, EuZW 2019, 121 (126); *dens*, NJW 2019, 2214 (2214); *Gsell*, JZ 2019, 751 (757).
- 8) *Faber*, ÖJZ 2018, 989 (990 ff, 994 ff); *Spitzer*, ÖJZ 2020, 761 (763 ff); *Wilfinger*, VuR 2021, 18 (19 ff); *Spitzer/Wilfinger*, ÖJZ 2020, 1002; vgl auch *Mäsch* in *Staudinger*, BGB § 306 Rn 10; *Roloff/Looschelders* in *Erman*, BGB<sup>16</sup> § 306 Rn 3.
- 9) OGH 25.8.2020, 8 Ob 37/20d VbR 2020/141; die konkrete Klausel war freilich abermals intransparent, weshalb der Fall nicht im Anwendungsbereich der KlauselRL lag: *Graf*, *ecolex* 2021, 198 (199) mwN.
- 10) *Spitzer/Wilfinger*, ÖJZ 2020, 1002 (1004).
- 11) EuGH 27.1.2021, verb Rs C-229/19 und C-289/19, *Dexia Nederland* Rn 67.

recht für die österreichische Rechtslage untersucht hat.<sup>12)</sup> Vor dem Hintergrund ihrer möglichen Sprengkraft soll hier die Entscheidung selbst in den Blick genommen werden.<sup>13)</sup>

## 2. Ausgangsfälle

Ende der 1990er-Jahre waren „Aktienleasingverträge“ ein beliebtes Produkt bei niederländischen Verbrauchern.<sup>14)</sup> Dabei vergibt die Bank einen Kredit, um mit dieser Summe Aktien zu kaufen, die sie in der Folge – bei Auszahlung der Dividenden an den Kunden – selbst hält. Am Ende der Laufzeit sollen die Aktien verkauft und der Kredit mit dem Ertrag getilgt werden; abhängig vom Kurs der Aktien verbleibt ein Ertrag oder eine Restschuld für den Kunden. Während der Laufzeit zahlt der Kunde monatlich Raten zur Tilgung von Zinsen und geringen Teilen des Kapitals.<sup>15)</sup> Letztlich handelt es sich also um ein Instrument zur fremdfinanzierten Wertpapierspekulation.<sup>16)</sup>

Zwei Verbraucher, die solche Aktienleasingverträge mit der Bank Dexia Nederland abgeschlossen hatten, gerieten nach einigen Jahren mit den Zahlungen in Verzug, weshalb die Bank die Verträge zulässigerweise vorzeitig auflöste. Die zugrunde gelegten AGB sahen dafür die sofortige Fälligkeit der restlichen Hauptschuld des Verbrauchers und aller noch offenen monatlichen Zinsforderungen vor; von der Summe dieser offenen Beträge sollten pro Jahr der verbliebenen Vertragslaufzeit 5% abgezogen werden.<sup>17)</sup> Gegen diese Ausgestaltung hegten die niederländischen Gerichte inhaltliche Bedenken, weil der pauschale 5%-Abschlag die tatsächlichen Marktverhältnisse nicht berücksichtigte und daher die Gefahr einer unverhältnismäßig hohen Entschädigung der Bank bestand.<sup>18)</sup> Die Bank könne durch die Reinvestition der vorzeitig erlangten Mittel am Kapitalmarkt nämlich Gewinne erzielen und so einen Vorteil aus der Beendigung ziehen. Ob ein solcher Vorteil eintritt und wie hoch er ausfällt, hänge vom im Zeitpunkt der Beendigung geltenden Zinssatz ab, zu dem die Bank den Betrag anlegen kann.<sup>19)</sup> Bei Vertragsabschluss ließ sich also noch nicht sagen, ob durch den pauschalen Ansatz des Nutzens der Bank mit 5% im Ergebnis der Verbraucher oder die Bank schlecht aussteigt.

## 3. Beurteilung der Klausel

Damit war fraglich, wie sich diese Ungewissheit inhaltlich auf die Prüfung der Missbräuchlichkeit auswirkt. Der EuGH widmet diesem Problem den Großteil der Entscheidungsbegründung und gelangt zu einer ex-ante-Beurteilung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, die auf die möglichen zukünftigen Entwicklungen abstellt.<sup>20)</sup> Klauseln in aleatorischen Verträgen seien missbräuchlich, „wenn unter Berücksichtigung der den Abschluss des betreffenden Vertrags begleitenden Umstände und ausgehend vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses festgestellt wird, dass diese Klausel im Laufe der Erfüllung dieses Vertrags ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursachen kann, und zwar auch dann, wenn dieses Missverhältnis nur unter bestimmten Umständen eintreten oder die Klausel unter anderen Umständen sogar dem Verbraucher zugutekommen könnte.“<sup>21)</sup>

## 4. Lückenfüllung durch dispositives Recht

### 4.1. Mögliche Ersatzregel

Daran knüpfte sich die hier interessierende Folgefrage nach der Klauselersetzung durch dispositives Recht. Im niederländischen Zivilrecht gibt es nämlich eine Bestimmung, die an die Stelle der Klausel treten könnte. Nach Art 6:277 des Burgerlijk Wetboek (niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch, BW) hat „die Partei, deren Vertragsverletzung einen Auflösungsgrund darstellte, der anderen Partei den Schaden zu ersetzen, der dieser dadurch entsteht, dass der Vertrag nicht von beiden Parteien erfüllt, sondern aufgelöst wird.“<sup>22)</sup> Wie § 921 ABGB ordnet Art 6:277 BW also den Ersatz des Nichterfüllungsschadens an.<sup>23)</sup>

Bei Füllung der Vertragslücke durch Art 6:277 BW wäre der Bank statt der AGB-Entschädigung Schadenersatz in der gesetzlichen Höhe zugestanden. Das erscheint zunächst sachgerecht: Der Grund für die Missbräuchlichkeit der Klausel lag in der unzureichenden Berücksichtigung der tatsächlichen Marktverhältnisse durch den pauschalen 5%-Abschlag. Für die konkrete Schadens-

berechnung nach Art 6:277 BW spielen diese tatsächlichen Verhältnisse aber sehr wohl eine Rolle, was sich dem Vorabentscheidungsersuchen des Gerichtshof te Amsterdam entnehmen lässt: „Ausgehend von Art. 6:277 BW kann der Richter bei der Ermittlung des von Dexia infolge der Auflösung erlittenen Schadens einen Abzug zur Kompensation des Zinsvorteils vornehmen, den Dexia zum Zeitpunkt der Auflösung erlangt.“<sup>24)</sup>

### 4.2. Entscheidung und Begründung

Trotzdem lehnte der EuGH die Anwendung von Art 6:277 BW ab. Könne der Vertrag – wie im konkreten Fall<sup>25)</sup> – ohne die missbräuchliche Klausel fortbestehen, habe der AGB-Verwender „keinen Anspruch auf die Entschädigung [...], die in einer dispositiven Vorschrift des nationalen Rechts vorgesehen ist, die ohne diese Klausel anwendbar gewesen wäre.“<sup>26)</sup> In den Ausgangsverfahren entfiel so die allgemeine gesetzliche Schadenersatzpflicht der Verbraucher, weil die nichtige Vertragsklausel ungebührlich von diesen allgemeinen Regeln abwich. Insgesamt liegt damit die erste Entscheidung vor, die den Rückgriff auf Dispositivrecht ablehnt.

Die Begründung dieses gravierenden Eingriffs in vertragsrechtliche Grundsätze ist auffallend kurz gehalten, wobei drei von fünf Absätzen am eigentlichen Problem vorbeigehen. Dass missbräuchliche Klauseln nicht angewendet werden dürfen, der Vertrag sonst soweit wie möglich aufrecht bleiben soll und nationale Gerichte den Vertragsinhalt aus Abschreckungsgründen nicht durch Anpassung der Klauseln abändern dürfen,<sup>27)</sup> würde der Anwendung von Art 6:277 BW ja nicht entgegenstehen. Darin läge schließlich keine richterliche Anpassung wie durch geltungserhaltende Reduktion oder ergänzende Vertragsauslegung, sondern die Ersetzung der Klausel durch das Gesetz. Übrig bleibt ein apodiktischer Verweis des EuGH auf seine vorangegangene Rechtsprechung. Danach seien nationale Gerichte eben nicht befugt, „die missbräuchliche Klausel durch eine dispositive Vorschrift des nationalen Rechts zu ersetzen, wenn die Ungültigerklärung der missbräuchlichen Klausel das Gericht nicht zwingen würde, den Vertrag insgesamt für nichtig zu erklären, was für den Verbraucher besonders nachteilige Fol-

12) Graf, *ecolex* 2021, 198.

13) Das Folgende im Anschluss an Wilfinger, *EuZW* 2021 (in Druck).

14) Vgl die veröffentlichte Zusammenfassung des Vorabentscheidungsersuchens, 14.3.2019, Rs C-229/19, S 2.

15) Rn 14; Zusammenfassung des Vorabentscheidungsersuchens Rs C-229/19, S 2.

16) Vgl Graf, *ecolex* 2021, 198 (198).

17) Zusammenfassung des Vorabentscheidungsersuchens Rs C-229/19 Rn 1.

18) Vgl Zusammenfassung des Vorabentscheidungsersuchens Rs C-229/19 Rn 2.

19) Rn 17, 25 ff; Zusammenfassung des Vorabentscheidungsersuchens Rs C-229/19 Rn 2.

20) Rn 41 ff.

21) Rn 60; zust Graf *ecolex* 2021, 198 (198),

auch für nicht-aleatorische Verträge. Rn 11.

23) Graf, *ecolex* 2021, 198 (198).

24) Zusammenfassung des Vorabentscheidungsersuchens Rs C-229/19 Rn 3.

25) Rn 65.

26) Rn 67.

27) Rn 62-64.

gen hätte, so dass er dadurch geschädigt würde.“<sup>28)</sup> Inhaltliche Argumente dafür werden nicht genannt.

Alles steht und fällt also mit dem schon eingangs erwähnten Rechtssatz, der seinerseits allerdings fragil ist. *Faber* und *Spitzer* haben nämlich gezeigt, dass er versehentlich entstand, nie wirklich begründet wurde und bisher auch nie schlagend geworden war.<sup>29)</sup> Insofern wurde die Hoffnung, dass sich das Missverständnis im Ernstfall aufklären würde,<sup>30)</sup> durch *Dexia Nederland* enttäuscht. Das Verfahren führte nicht zur erforderlichen kritischen Auseinandersetzung mit der Vorjudikatur, sondern zum Fallenlassen des dispositiven Rechts unter Verweis auf den axiomatischen Rechtssatz. Da bei ersatzlosem Wegfall der Klausel keine Gesamtnichtigkeit zum Nachteil des Verbrauchers drohte, war ihre Ersetzung unzulässig.

### 4.3. Berücksichtigung der Ausgangsfälle

Im Vorabentscheidungsverfahren gibt der EuGH abstrakte Antworten auf abstrakte Rechtsfragen, über den Sachverhalt des Ausgangsfalls wird nicht entschieden.<sup>31)</sup> Die Antwort in *Dexia Nederland* auf die allgemeine Frage nach der Zulässigkeit der Lückenfüllung durch dispositives Recht<sup>32)</sup> kann dabei aus den genannten Gründen nicht überzeugen. Freilich „trifft der EuGH seine Aussagen meist vor dem Hintergrund dieses Sachverhalts“, weshalb man „dem Sachverhalt auch bei der nachfolgenden Auslegung der EuGH-Entscheidung erhebliche Bedeutung beimessen müssen“ wird.<sup>33)</sup> *Dexia Nederland* dürfte diese Einschätzung bestätigen.

Nach den vorliegenden Gerichten ergab sich die Missbräuchlichkeit der Entschädigungsklausel ja aus der Abkoppelung von den tatsächlichen Marktverhältnissen, die bei positiver Entwicklung des Zinsniveaus dazu führen kann, dass die Bank Vorteile aus der vorzeitigen Vertragsbeendigung zieht. Steigen die Marktzinsen über 5%, reicht der pauschal vorgesehene 5%-Abzug von der Schuld des Verbrauchers nicht mehr aus, um die Gewinne aus der Veranlagung des vorzeitig erlangten Betrags zu kompensieren.

Der Rückgriff auf Art 6:277 BW hätte diesen Missstand insofern saniert, als sich die Schadensberechnung dann nach den tatsächlichen Verhältnissen gerichtet hätte.

In den letzten Jahrzehnten ist das Zinsniveau aber bekanntlich nicht gestiegen, sondern im Gegenteil einigermaßen kontinuierlich gesunken.<sup>34)</sup> Darauf weist der Gerichtshof te Amsterdam implizit hin, wenn er in seinem Vorabentscheidungsersuchen zur Schadensberechnung nach Art 6:277 BW ausführt: „Bei einem niedrigen Zinssatz kann dies zu einem Abzug führen, der unter dem Abzug von 5% pro Jahr liegt [...]. Eine Nichtigerklärung der Besonderen Bedingungen würde in diesem Fall daher zu einem Nachteil für den Verbraucher führen.“<sup>35)</sup> Verbindlicher klingt die Wiedergabe im EuGH-Urteil. Danach meint das vorlegende Gericht sogar, dass sich die Bank „nicht auf die Bestimmungen des BW berufen können [soll], die unter den Umständen des vorliegenden Falles für den Verbraucher noch nachteiliger seien.“<sup>36)</sup> Konsequenterweise fragte der Gerichtshof Den Haag eigens nach, ob es für die Beantwortung seiner ersten Frage nach dem Rückgriff auf Dispositivrecht von Bedeutung sei, „ob die Entschädigung, die bei Anwendung der gesetzlichen Schadenersatzregelung beansprucht werden kann, der in der für nichtig erklärten Klausel vorgesehenen Entschädigung entspricht bzw. geringer oder höher ist als diese.“<sup>37)</sup>

Aus dem sehr speziellen Fall ergab sich also eine entsprechend spezielle Situation: Im ersten Schritt ist die Entschädigungsklausel nach dem Maßstab des EuGH missbräuchlich und nichtig, weil abhängig von der zukünftigen Marktentwicklung ein Ungleichgewicht zugunsten des AGB-Verwenders eintreten kann. Dass die Klausel im Vergleich zum dispositiven Recht „unter anderen Umständen sogar dem Verbraucher zugutekommen könnte“, ist dafür aufgrund der befürworteten ex-ante-Betrachtung irrelevant, auf die tatsächliche Entwicklung wird gerade keine Rücksicht genommen.<sup>38)</sup> Im zweiten Schritt würde das für die Klauselersetzung zur Verfügung stehende Dispositivrecht diese Entwicklung allerdings abbilden, weil die Marktverhält-

nisse in die Berechnung nach Art 6:277 BW einfließen. Bei steigenden Zinsen wäre das nicht zu beanstanden: Je höher die Zinsen im Beendigungszeitpunkt und folglich der Barwert des zurückerlangten Betrags sind, desto mehr würde von der Schuld des Verbrauchers abgezogen (und desto nachteiliger wäre die 5%-Klausel). Im umgekehrten Fall ergäbe sich daraus aber ein Problem. Je niedriger die Zinsen sind, desto geringer fiel schließlich der Abschlag aus (und desto vorteilhafter wäre die 5%-Klausel). Aufgrund des niedrigen Zinsniveaus in den Ausgangsfällen würde man den Verbrauchern mit der Anwendung der dispositiven Vorschrift daher gleichsam nehmen, was man ihnen mit der Nichtigerklärung der Klausel geben wollte. Der Abschlag wäre nach Art 6:277 BW nämlich offenbar geringer als nach den AGB, sodass sich die Schuld der Verbraucher im Ergebnis durch die Klauselkontrolle erhöhen würde.

Ein derartiges Danaergeschenk würde dem Zweck der KlauselIRL evident widersprechen,<sup>39)</sup> weshalb mit einiger Sicherheit auszuschließen ist, dass es der EuGH so weit kommen lassen würde. Auf der Grundlage der eigenen Prämissen – amtswegig wahrzunehmende Gesamtnichtigkeit der Klausel –, die hier nicht hinterfragt werden müssen, bot der bestehende Rechtssatz zum Dispositivrecht insofern einen bequemen Ausweg. Da keine Gesamtnichtigkeit des Vertrags zum Nachteil des Verbrauchers drohte, waren die darin aufgestellten Kriterien schließlich nicht erfüllt, weshalb der Rückgriff auf Art 6:277 BW mühe-los verneint werden konnte. So wird auch erklärlich, warum der EuGH nicht auf die erwähnte zweite Frage des Gerichtshof Den Haag nach einer allfälligen Bedeutung der Entschädigungshöhe einging.<sup>40)</sup> Es wird lediglich darauf hingewiesen, dass die beiden Fragen zusammen zu prüfen seien, schon in der unmittelbar folgenden Zusammenfassung der „Vorlagefragen“ (Plural!) wird die zweite Frage aber mit keinem Wort erwähnt.<sup>41)</sup>

### 4.4. Folgerungen

Dieser spezielle Hintergrund relativiert die Aussagekraft der Entscheidung. Dass das dispositive Recht nachteiliger ist als

28) Rn 66.

29) *Faber*, ÖJZ 2018, 989 (990 ff, 994 ff); *Spitzer*, ÖJZ 2020, 761 (763 ff); vgl auch *Dens/Wilfinger*, ÖJZ 2020, 1002.

30) *Spitzer*, ÖJZ 2020, 761 (766 f); *Wilfinger*, VuR 2021, 18 (22 f).

31) Etwa *Ehricke* in Streinz, EUV/AEUV<sup>3</sup> Art 267 AEUV Rn 13 ff.

32) Die konkrete Frage war zwar stärker auf den Ausgangsfall bezogen (Rn 40), lief aber darauf hinaus und wurde entsprechend allgemein beantwortet.

33) *Faber*, JBl 2017, 697 (707 f).

34) Vgl nur die Übersicht über den EZB-Leitzinssatz, veröffentlicht zB unter <https://www.bundesbank.de/resource/blob/607806/748a00c321dfc60023876956b192767d/mL/s510ttezbzins-data.pdf> (abgerufen am 8.4.2021).

35) Zusammenfassung des Vorabentscheidungsersuchens Rs C-229/19 Rn 3.

36) Rn 31. Da die beiden Ausgangsfälle zeitlich nahe beieinanderliegen (Vertragsabschluss 1999 und Auflösung 2005 bzw

Vertragsabschluss 2000 und Auflösung 2006), wird sich der Befund auf das Verfahren C-289/19 übertragen lassen.

37) Rn 40.

38) Rn 55, 60.

39) Vgl schon *Lindacher/Hau* in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB<sup>7</sup> § 306 BGB Rn 14a, 69 aus Anlass von BGH NJW-RR 2017, 1356.

40) Rn 40.

41) Rn 61.

die missbräuchliche (!) Klausel, ist ja ein absoluter Ausnahmefall und lag konkret nur an der komplexen Konstruktion, deren Vorteilhaftigkeit oder Nachteiligkeit von zukünftigen Entwicklungen am Finanzmarkt abhing. In aller Regel liegen die Dinge aber einfacher und wird der Verbraucher durch dispositives Recht sehr wohl bessergestellt.<sup>42)</sup> Wird die Haftung des Verbrauchers in einer Klausel missbräuchlich verschärft, führt die Ersetzung durch das dispositive Recht üblicherweise etwa schlicht dazu, dass der Verbraucher nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen und – anders als nach den AGB – nicht darüber hinaus haftet.

Ist der Rückgriff auf dispositives Recht auch in solchen Normalfällen versperrt, haftet der Verbraucher im Beispiel demgegenüber gar nicht. Eine missbräuchliche Modifizierung schließt seine Haftung dann vollständig aus, weil nicht einmal das Gesetz herangezogen werden darf.<sup>43)</sup> Vor kurzem hat *Faber* diese Konstellation noch als *argumentum ad absurdum* gegen die Linie des EuGH angeführt,<sup>44)</sup> nunmehr wäre *Dexia Nederland* wörtlich genau so zu verstehen. Wenn der Vertrag ohne die Klausel fortbestehen kann, soll der AGB-Verwender demnach ja „*keinen Anspruch auf die Entschädigung [haben], die in einer dispositiven Vorschrift des nationalen Rechts vorgesehen ist*“.<sup>45)</sup>

Wie beharrlich sich derartige Rechtsätze halten und wie unkritisch sie in Folgeentscheidungen übernommen werden, zeigt gerade die bisherige Rechtsprechung zur Lückenfüllung durch Dispositivrecht eindrücklich. Realistisch geht *Graf* daher davon aus, dass das *obiter dictum* zum *dictum* geworden ist und *Dexia Nederland* die endgültige Abwendung des EuGH vom dispositiven Recht markiert.<sup>46)</sup> Optimisten bleibt allerdings ein letzter Strohalm. Die Umstände der Ausgangsfälle waren so speziell, dass die Anwendung der einschlägigen dispositiven Vorschrift letztlich nicht in Frage kam, weil sie die Verbraucher schlechter gestellt hätte als die missbräuchliche Klausel. Während die Begründung nicht überzeugt, ist die Entscheidung auf der Prämisse der Missbräuchlichkeit der Klausel daher zumindest im Ergebnis nachvollziehbar. Es bleibt zu hoffen, dass sich der EuGH dessen bewusst wird und dass er in Zukunft entsprechend differenziert. In

der Zwischenzeit besteht für nationale Gerichte noch Argumentationsspielraum und Anlass für weitere Vorlagen. Steht das dispositive Recht auf dem Spiel, ist ein Schrecken ohne Ende einem Ende mit Schrecken nämlich ausnahmsweise vorzuziehen.

## 5. Einbettung

So sehr *Dexia Nederland* aus der Judikatur zur Lückenfüllung durch dispositives Recht heraussticht, so vertraut sind freilich mehrere Aspekte der Entscheidung, die die strukturellen Schwächen der Rechtsprechungslinie offenlegen.

Diese führt von Fremdwährungskrediten über Hypotheken-Zwangsvollstreckung und Zinsgleitklauseln nunmehr zum Aktienleasing und betrifft damit durchwegs besonders komplexe Verträge. Vorgelegt werden eben nur die pathologischen Fälle. Dass sich die Frage nach dem dispositiven Recht natürlich genauso beim gewöhnlichen Warenkauf oder Mietvertrag stellt, geht dabei leicht unter, weshalb die Gefahr besteht, das Grundsätzliche im Speziellen zu übersehen. Was beim undurchsichtigen und – aus der Verbraucherschutzbrille der Klausel-URL betrachtet – schon *prima facie* suspekten Aktienleasing sachgerecht erscheinen könnte, muss sich auch am einfachen Kaufvertrag bewähren. Darauf sollte bei Vorlagen Rücksicht genommen werden.<sup>47)</sup>

Hinzu kommt, dass komplizierte Sachverhalte regelmäßig komplizierte Rechtsfragen bedingen, vor deren Hintergrund der EuGH seine Aussagen dann trifft.<sup>48)</sup> Solche stark auf die konkreten Ausgangsfälle zugeschnittenen Entscheidungen lassen allgemeine Schlüsse kaum zu:<sup>49)</sup> In *Unicaja Banco und Caixabank*<sup>50)</sup> stand dispositives Recht gar nicht zur Verfügung; in *Santander/Demba und Escobedo Cortés*<sup>51)</sup> hielt der EuGH eine nationale Rechtsprechung für unbedenklich, wonach Vertragslücken nicht durch den gesetzlichen Verzugszinssatz geschlossen werden; in *Abanca und Bankia*<sup>52)</sup> wurde aus exekutionsrechtlichen Gründen eine „*Befugnis zum ‚geltungserhaltenden Umformulieren*“<sup>53)</sup> geschaffen; in *Dziubak*<sup>54)</sup> ging es um ergänzende Vertragsauslegung; in *Dexia Nederland* hätte

das dispositive Recht die Verbraucher schlechter gestellt als die missbräuchliche Klausel. In allen anderen Fällen wurde die Lückenfüllung durch dispositives Recht erlaubt.<sup>55)</sup> Es ist daher weiterhin sinnvoll, vorsichtig mit den allgemeinen Aussagen über den eingeschränkten Rückgriff auf Dispositivrecht umzugehen, die der EuGH recht unbekümmert trifft. ♦

## Literaturverzeichnis

*Faber*, Auslegung von EuGH-Entscheidungen, JBl 2017, 697, 776.

*Faber*, Kein Schließen von Vertragslücken durch dispositives Recht nach Wegfall missbräuchlicher AGB-Klauseln in Verbraucherverträgen? ÖJZ 2018, 989.

*Fervers / Gsell*, Ergänzende Vertragsauslegung bei der AGB-Kontrolle im unionsrechtlichen Kontext, NJW 2019, 2569.

*Graf von Westphalen*, Ersetzung einer missbräuchlichen Klausel durch dispositives nationales Recht? BB 2019, 67.

*Graf von Westphalen*, Neue Urteile des EuGH zur Klausel-Richtlinie 93/13/EWG und ihre Auswirkungen auf das AGB-Recht, EuZW 2019, 121.

*Graf von Westphalen*, AGB-Recht im ersten Halbjahr 2019, NJW 2019, 2214.

*Graf*, EuGH: Keine Ersetzung nichtiger AGB-Klauseln durch dispositives Recht! *ecolex* 2021, 198.

*Gsell*, Grenzen des Rückgriffs auf dispositives Gesetzesrecht zur Ersetzung unwirksamer Klauseln in Verbraucherverträgen, JZ 2019, 751.

*Gsell / Krüger / Lorenz / Reymann*, Beck-online Großkommentar zum Zivilrecht (Stand 1.3.2021).

*Hau / Poseck*, Beck'scher Online-Kommentar BGB<sup>57</sup> (2021).

*Herresthal*, Unionsrechtskonformität der ergänzenden Vertragsauslegung bei unwirksamen AGB-Klauseln, NJW 2021, 589.

*Möslein*, Dispositives Recht (2011).

*Prankl*, Anmerkung zu EuGH 25.11.2020, Rs C-269/19, *Banca B.*, *ecolex* 2021, 118.

42) *Schmidt* in BeckOK, BGB<sup>57</sup> § 306 Rn 3a; *Bonin* in BeckOGK, BGB § 306 Rn 98.

43) *Graf*, *ecolex* 2021, 198 (199 f) weist freilich überzeugend auf die Grenzen des zwingenden Rechts hin, die nicht verschoben werden. Das betrifft etwa die Haftung für Vorsatz.

44) *Faber*, ÖJZ 2018, 989 (992).

45) Rn 67.

46) *Graf*, *ecolex* 2021, 198 (198).

47) Vgl schon *Spitzer*, ÖJZ 2020, 761 (765 f).

48) Vgl *Faber*, JBl 2017, 697 (707 f).

49) Siehe konkret *Spitzer*, ÖJZ 2020, 761 (763 ff); *Wilfinger*, VuR 2021, 18 (19 ff); allgemein *Faber*, JBl 2017, 697 (707 ff).

50) EuGH 21.1.2015, verb Rs C-482/13, C-484/13, C-485/13 und C-487/13, *Unicaja Banco und Caixabank*.

51) EuGH 7.8.2018, verb Rs C-96/16 und C-94/17, *Santander/Demba und*

*Escobedo Cortés*.

52) EuGH 26.3.2019, verb Rs C-70/17 und C-179/17, *Abanca und Bankia*.

53) *Spitzer*, ÖJZ 2020, 761 (765).

54) EuGH 3.10.2019, Rs C-260/18, *Dziubak*.

55) EuGH 30.4.2014, Rs C-26/13, *Käsler*; 3.3.2020, Rs C-125/18, *Gómez del Moral Guasch*; 16.7.2020, verb Rs C-224/19 und C-259/19, *Caixabank und Banco Bilbao*.

*Spitzer*, Vertragslücken im österreichischen und europäischen Recht, ÖJZ 2020, 761.

*Spitzer / Wilfinger*, EuGH: Neues zur Klauselersetzung durch dispositives Recht, ÖJZ 2020, 1002.

*Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Neubearbeitung 2019).

*Streinz*, EUV/AEUV<sup>3</sup> (2018).

*Told*, Folgen missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen, JBl 2019, 541, 623.

*Told / Ascher*, Anmerkung zu EuGH 3.10.2019, Rs C-260/18, *Dziubak*, ZFR 2020, 21.

*Vonkilch*, EuGH in der Rs *Dziubak*: Ein weiterer Schwanengesang auf § 914 ABGB, Zak 2019, 428.

*Wilfinger*, Unwirksame AGB-Klauseln, dispositives Recht und EuGH, VuR 2021, 18.

*Wilfinger*, Ende der Klauselersetzung durch dispositives Recht?, EuZW 2021 (in Druck).

*Westermann / Grunewald / Maier-Reimer*, Erman-Kommentar BGB<sup>16</sup> (2020).

*Wolf / Lindacher / Pfeiffer*, AGB-Recht<sup>7</sup> (2020).

*Zöllner*, Kritische Grundsatzüberlegungen zum AGB-Recht als arbeitsrechtlichem Kontrollinstrument, ZfA 2010, 637.

## „Toman/Frössel“ – DER Kurzkomentar zum KMG für Praktiker



Der einzige aktuelle  
Kurzkomentar zum KMG!

**KMG | Kapitalmarktgesetz**  
Toman/Frössel (Hrsg.)  
2021, 368 Seiten, geb.  
ISBN 978-3-7073-4307-6  
€ 89,-



Digital  
erhältlich

Steuern.  
Wirtschaft.  
Recht.  
Am Punkt.

Jetzt bestellen:

[lindeverlag.at](http://lindeverlag.at) [office@lindeverlag.at](mailto:office@lindeverlag.at) 01 24 630 01 24 630-23

# Linde