

erkennen, wie zunächst das Grundgerüst des NetzDG im DSA-E aufgenommen wurde,¹⁶¹ und nun, wo der DSA-E weiterentwickelt wurde, dessen Regelungen wieder auf nationaler Ebene rezipiert werden. In welchem Umfang die Bemühungen auf nationaler Ebene aber auch neben einem DSA-E sinnvoll sein werden, wird insbesondere davon abhängen, inwieweit neben diesem noch Spielraum für nationale Regelungen bleibt.

IV. Ausblick

Sobald die dargestellten Entwürfe das Gesetzgebungsverfahren durchlaufen haben, sollen sie relativ zügig Geltungskraft erlangen; der DMA nach sechs Monaten (Art. 39 II DMA-E)¹⁶² und der DSA bereits nach drei Monaten ab Inkrafttreten (Art. 74 II DSA-E). Bis dahin kann es aber noch Jahre dauern.¹⁶³ Schön jetzt wird aber die Stoßrichtung der EU deutlich. Die Zeit des *laissez faire* ist vorbei. Mithilfe einer harmonisierenden Gesetzgebung möchte die EU den großen US-Plattformen Paroli bieten und den EU-Binnenmarkt wettbewerbsfähiger machen. Big Tech weiß sich jedoch zu wehren. Ein geleaktes Lobbypapier von Google hat beispielweise offengelegt, dass der Konzern rekordverdächtige Summen ausgibt, um den Druck auf die Verantwortlichen in Brüssel, insbesondere den eingangs erwähnten EU-Kommissar *Bre-*

ton, zu erhöhen und damit die geplanten Gesetzesvorhaben zu behindern.¹⁶⁴ Dementgegen sucht die EU-Kommission den Schulterchluss mit der US-Regierung, um gemeinsam gegen die Plattformen vorzugehen.¹⁶⁵ Die Zeit wird zeigen, ob diese Strategie aufgeht. Eines steht jedoch fest: Die US-Plattformen werden ihre Machtposition nicht kampfflos aufgeben. ■

161 So auch *Grünwald/Nüßing* MMR 2021, 283 (286); *Spindler* GRUR 2021, 653 (653).

162 Für eine Verkürzung auf zwei Monate *Schwab*, Draft Report, S. 70, abrufbar unter go.www.de/vh1at.

163 *Paal/Kumkar* NJW 2021, 809 (815) gehen davon aus, dass dies jedenfalls „nicht vor 2022 zu erwarten ist“; *Gerpott* NZKart 2021, 273 (279) rechnet in Bezug auf den DMA „mit einem Inkrafttreten der Verordnung nicht vor Jahresanfang 2024“; *Gerpott/Mikolas* CR 2021, 137 (143 f.) stellen eine Anwendbarkeit des DMA ab 2026 in Aussicht.

164 *Espinoza*, Internal Google, Document Reveals Campaign Against EU Lawmakers, Financial Times v. 28.10.2020; *Satariano/Stevis-Gridneff*, Big Tech Turns Its Lobbyists Loose on Europe, Alarming Regulators, New York Times v. 14.12.2020.

165 So die Präsidentin der EU-Kommission in ihrer Rede in Davos, go.www.de/nrxpw: „I want to invite our friends in the United States to join our initiatives. Together, we could create a digital economy rulebook that is valid worldwide“; ebenso die EU-Kommissarin *Vestager*, s. bei *Kaiser*, EU-Vize *Vestager* fordert *Biden* zu Zusammenarbeit auf, WELT v. 21.2.2021.

Zur Rechtsprechung

Dr. Alexander Wilfonger*

Ende der Klauselersetzung durch dispositives Recht?

Zugleich Bespr. v. EuGH, Urt. v. 27.1.2021 – *Dexia Nederland* (C-229/19, C-289/19)

EuGH-Rechtsprechung legt seit einigen Jahren nahe, dass unwirksame AGB-Klauseln im B2C-Geschäft nur in Ausnahmefällen durch dispositives Recht ersetzt werden dürfen. Nunmehr wurde der Rückgriff auf eine dispositive Bestimmung erstmals untersagt. Der Beitrag zeigt, dass sich die Entscheidung kaum verallgemeinern lässt und daher weiterhin am Dispositivrecht festgehalten werden sollte.

I. Einleitung

Das dispositive Recht soll gerechte Rahmenbedingungen für den Fall bieten, dass die Vertragsparteien ein Problem nicht privatautonom geregelt haben.¹ Ob die vertragliche Regelung von vornherein fehlt oder ob sich nachträglich herausstellt, dass eine getroffene Vereinbarung nichtig ist, ist dafür grundsätzlich irrelevant. Konsequenterweise ordnet § 306 II BGB für die AGB-Kontrolle daher die Ersetzung unwirksamer Klauseln durch das einschlägige Dispositivrecht an.²

Aus nationaler Perspektive ist all das selbstverständlich. Bekanntlich liefert die nationale Sicht auf das AGB-Recht aber nur ein unvollständiges Bild, weil das B2C-Geschäft unionsrechtlich durch die KlauselRL 93/13/EWG determiniert ist. Das ruft den *EuGH* auf den Plan, der regelmäßig zu den Folgen des Wegfalls von AGB-Klauseln Stellung bezieht, um die Unverbindlichkeit missbräuchlicher Klauseln und die Unterlassung ihrer Verwendung sicherzustellen (vgl. Art. 6 I, 7 I KlauselRL). Dass unionsrechtliche Abschreckung dabei über nationaler Tradition steht, hat sich in der Vergangen-

For some years, ECJ case law has suggested that unfair terms may principally not be replaced with a supplementary provision of national law in B2C business. Now, the Court rejected the recourse to a supplementary provision for the first time. This paper shows that hardly any general conclusions can be drawn from the decision. For the time being, supplementary law should still be applied.

heit schon wiederholt gezeigt: Die geltungserhaltende Reduktion missbräuchlicher Klauseln ist unzulässig,³ auch die ergänzende Vertragsauslegung steht unter Druck.⁴

In den letzten Jahren deutete sich darüber hinaus an, dass nicht einmal mehr das dispositive Recht als Klauselersatz taugen könnte. Immer wieder betonte der *EuGH* nämlich, dass die Ersetzung missbräuchlicher Klauseln durch Dispositivrecht auf Fälle beschränkt sei, „in denen die Ungültig-

* Der Autor ist Universitätsassistent am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der WU Wien.

1 Etwa *Möslin*, Dispositives Recht, 2011, 33 ff.

2 Vgl. *Stoffels*, AGB-Recht, 3. Aufl. 2015, Rn. 609.

3 *EuGH* ECLI:EU:C:2012:349 = *EuZW* 2012, 754 Rn. 69 ff. – *Banco Español de Crédito* (C-618/10); aA aber etwa *MüKoBGB/Basedow*, 8. Aufl. 2019, § 306 Rn. 17 ff. mwN.

4 *EuGH* ECLI:EU:C:2019:819 = *BeckRS* 2019, 23099 = *EuZW* 2020, 246 Ls. – *Dziubak* (C-260/18); *EuGH* ECLI:EU:C:2020:954 = *NJW* 2021, 611 – *Banca B.* (C-269/19); näher etwa *Graf von Westphalen* *NJW* 2021, 277 (278 ff.); *Herresthal* *NJW* 2021, 589; *BeckOK BGB/Schmidt*, 57. Aufl. 2021, § 306 Rn. 5 ff.; *BeckOGK BGB/Bonin*, Stand: 1.3.2021, § 306 Rn. 99 ff.

nach Art. 6:277 BW fließen diese tatsächlichen Verhältnisse nämlich sehr wohl ein, was sich dem Vorabentscheidungsersuchen des *Gerechthof te Amsterdam* entnehmen lässt: „Ausgehend von Art. 6:277 BW kann der Richter bei der Ermittlung des von *Dexia* in Folge der Auflösung erlittenen Schadens einen Abzug zur Kompensation des Zinsvorteils vornehmen, den *Dexia* zum Zeitpunkt der Auflösung erlangt.“²⁰

2. Entscheidung: kein gesetzlicher Schadensersatz

Trotzdem lehnte der *EuGH* die Anwendung von Art. 6:277 BW ab. Könne der Vertrag – wie im konkreten Fall²¹ – 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.“²² In den Ausgangsverfahren entfiel so die nach allgemeinen nationalen Regeln bestehende Schadensersatzpflicht des Verbrauchers, weil die nichtige Klausel ungebührlich von diesen allgemeinen Regeln abwich. Insgesamt liegt damit die erste Entscheidung vor, die den Rückgriff auf Dispositivrecht ablehnt.

Die Begründungslast für einen so gravierenden Eingriff in Grundsätze des Vertragsrechts ist groß. Umso stärker fällt auf, wie kurz sich der *EuGH* bei der Fragenbeantwortung hält, wobei drei von fünf Absätzen nicht einmal auf das eigentliche Problem entfallen. Vielmehr wird ausgeführt, 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.²³ Innerhalb dieser Vorgaben wäre die Anwendung von Art. 6:277 BW ohne Weiteres möglich gewesen, zumal die Klausel dadurch ja nicht angepasst, sondern durch das Gesetz ersetzt worden wäre. Warum das trotzdem nicht infrage kam, begründet der *EuGH* mit einem schlichten Verweis auf die 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 Folgen hätte, so dass er dadurch geschädigt würde.“²⁴

V. Bewertung

1. Begründung

Ausschlaggebend war damit allein der bereits eingangs erwähnte Rechtssatz, inhaltliche Argumente nennt der *EuGH* nicht. Das wird der Rechtsfrage schon deshalb nicht gerecht, weil dieser Rechtssatz – wie an anderer Stelle gezeigt wurde²⁵ – aus einem Missverständnis entstand, seinerseits nie wirklich begründet wurde und bisher auch noch nie schlagend geworden war. Insofern hätte das Verfahren eine Gelegenheit zur kritischen Selbstreflexion geboten und eine nähere Auseinandersetzung mit der Sachfrage erfordert. Stattdessen legte der *EuGH* die entwickelten Kriterien für den Rückgriff auf Dispositivrecht bedenkenlos auf die fraglichen Verträge um, woraus für ihn die Unzulässigkeit der Klauselersetzung folgte; bei ersatzlosem Wegfall drohte hier nämlich keine Gesamtnichtigkeit zum Nachteil des Verbrauchers. Die Hoffnung der Lehre, dass sich das jahrelang mitgeschleppte Missverständnis im Ernstfall aufklären würde,²⁶ wurde enttäuscht.

2. Nachvollziehbare Sachentscheidung

Obwohl der *EuGH* im Vorabentscheidungsverfahren abstrakte Antworten auf abstrakte Fragen gibt, griffe die Kritik an der Entscheidungsbegründung aber zu kurz, wenn sie die Umstände der Ausgangsfälle nicht weiter berücksichtigt.²⁷

Die Nachteiligkeit der Entschädigungsklausel ergab sich 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, 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.²⁸ Darauf weist der *Gerechthof 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.“²⁹ 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 Falls für den Verbraucher noch nachteiliger seien.“³⁰ Konsequenterweise fragte der *Gerechthof 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 Schadensersatzregelung beansprucht werden kann, der in der für nichtig erklärten Klausel vorgesehenen Entschädigung entspricht bzw. geringer oder höher ist als diese“.³¹

Aus dem sehr speziellen Fall ergibt sich damit eine entsprechend spezielle Situation: Im ersten Schritt ist die Entschädigungsklausel nach dem *EuGH* missbräuchlich und nichtig, weil abhängig von der zukünftigen Marktentwicklung ein Ungleichgewicht zugunsten des AGB-Verwenders eintreten

20 Zusammenfassung des Vorabentscheidungsersuchens C-229/19 (o. Fn. 11), Rn. 3.

21 *EuGH* ECLI:EU:C:2021:68 = *EuZW* 2021, 642 Rn. 65 – *Dexia* Nederland.

22 *EuGH* ECLI:EU:C:2021:68 = *EuZW* 2021, 642 Rn. 67 – *Dexia* Nederland.

23 *EuGH* ECLI:EU:C:2021:68 = *EuZW* 2021, 642 Rn. 62-64 – *Dexia* Nederland.

24 *EuGH* ECLI:EU:C:2021:68 = *EuZW* 2021, 642 Rn. 66 – *Dexia* Nederland.

25 *Faber* ÖJZ 2018, 989 (990 ff., 994 ff.); *Spitzer* ÖJZ 2020, 761 (763 ff.); *Wilfinger* VuR 2021, 18 (19 ff.).

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

27 Vgl. *Faber* JBl 2017, 697 (707 ff.).

28 Vgl. nur die Übersicht über den EZB-Leitzinssatz, veröffentlicht zB unter <https://www.bundesbank.de/resource/blob/607806/748a00c321dfc60023876956b192767d/m/L/s510ttezszins-data.pdf> (abgerufen am 6.4.2021).

29 Zusammenfassung des Vorabentscheidungsersuchens C-229/19 (o. Fn. 11), Rn. 3.

30 *EuGH* ECLI:EU:C:2021:68 = *EuZW* 2021, 642 Rn. 31 – *Dexia* Nederland. 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.

31 *EuGH* ECLI:EU:C:2021:68 = *EuZW* 2021, 642 Rn. 40 – *Dexia* Nederland.

kann. Dass die Klausel im Vergleich zum dispositiven Recht „unter anderen Umständen sogar dem Verbraucher zugute kommen könnte“, ist dafür aufgrund der befürworteten *ex-ante*-Betrachtung irrelevant, auf die tatsächliche Entwicklung wird gerade keine Rücksicht genommen.³² Im zweiten Schritt würde das für die Klauselersetzung zur Verfügung stehende Dispositivrecht diese Entwicklung allerdings abbilden, weil die Marktverhältnisse 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, so dass sich die Schuld der Verbraucher im Ergebnis durch die Klauselkontrolle erhöhen würde.

Eine derartige Konsequenz würde dem Zweck der KlauselRL evident widersprechen,³³ 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 Rechtssatz über den eingeschränkten Rückgriff auf Dispositivrecht insofern einen bequemen Ausweg. So wird auch erklärlich, warum der *EuGH* nicht auf die erwähnte zweite Frage des *Gerechtshofs Den Haag* nach einer allfälligen Bedeutung der Entschädigungshöhe einging.³⁴ Es wird lediglich darauf hingewiesen, dass die beiden Fragen zusammen zu prüfen seien, schon in der unmittelbar folgenden Zusammenfassung der „Vorlagefragen“ wird die zweite Frage aber mit keinem Wort erwähnt.³⁵

3. Beschränkte Aussagekraft

Dieser spezielle Hintergrund relativiert die Aussagekraft der Entscheidung. Dass das dispositive Recht nachteiliger ist als 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.³⁶ 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 $\frac{1}{2}$ 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.³⁷ Vor kurzem hat *Faber* diese Konstellation noch als *argumentum ad absurdum* gegen die Linie des *EuGH* angeführt,³⁸ 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“.³⁹

Wie beharrlich sich derartige Rechtssätze halten und wie unkritisch sie in Folgeentscheidungen übernommen werden, zeigt gerade die bisherige Rechtsprechung zur Lückenfüllung durch Dispositivrecht eindrücklich. Realistisch geht *Graf* daher für Österreich davon aus, dass das *obiter dictum* zum *dictum* geworden ist und *Dexia Nederland* die endgültige Abwendung des *EuGH* vom dispositiven Recht markiert.⁴⁰ Optimisten bleibt allerdings ein letzter Strohalm. Die Umstände der Ausgangsfälle waren so speziell, dass die Anwendung der einschlägigen dispositiven Vorschrift letztlich nicht infrage 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. Steht das dispositive Recht auf dem Spiel, ist ein Schrecken ohne Ende einem Ende mit Schrecken nämlich ausnahmsweise vorzuziehen.

VI. Schlussbemerkungen

Dexia Nederland sticht aus der Judikatur zur Lückenfüllung durch dispositives Recht zweifellos heraus, weil der *EuGH* den Rückgriff auf eine dispositive Vorschrift erstmals abgelehnt hat. In mehrfacher Hinsicht reiht sich die Entscheidung allerdings auch nahtlos in die einschlägige Rechtsprechungslinie ein.

Das betrifft zunächst die jeweiligen Ausgangsverfahren, die von Fremdwährungskrediten über Hypotheken-Zwangsvollstreckung und Zinsgleitklauseln nunmehr zum Aktienleasing führen und damit durchwegs besonders komplexe Verträge betreffen. Vorgelegt werden eben nur die pathologischen Fälle. Indes kann sich das Problem natürlich genauso beim gewöhnlichen Warenkauf oder Mietvertrag stellen, weshalb die Gefahr besteht, dass im Speziellen das Grundsätzliche übersehen wird. Was beim undurchsichtigen und – aus der Verbraucherschutzbrille der KlauselRL betrachtet – schon prima facie suspekten Aktienleasing sachgerecht erscheinen könnte, muss sich ja auch am einfachen Warenkauf bewähren.⁴¹

Komplizierte Sachverhalte führen aber regelmäßig zu komplizierten Rechtsfragen. Dementsprechend zeigt sich bei näherer Betrachtung, wie sehr die Entscheidungen auf die konkreten Ausgangsfälle zugeschnitten sind und wie schwer es daher fällt, allgemeine Schlüsse zu ziehen.⁴² In *Unicaja Banco*

32 *EuGH* ECLI:EU:C:2021:68 = *EuZW* 2021, 642 Rn. 55, 60 – *Dexia Nederland*.

33 Vgl. schon *Lindacher/Hau* in *Wolff/Lindacher/Pfeiffer*, *AGB-Recht*, § 306 BGB Rn. 14 a, 69 aus Anlass von *BGH NJW-RR* 2017, 1356.

34 *EuGH* ECLI:EU:C:2021:68 = *EuZW* 2021, 642 Rn. 40 – *Dexia Nederland*.

35 *EuGH* ECLI:EU:C:2021:68 = *EuZW* 2021, 642 Rn. 61 – *Dexia Nederland*.

36 *BeckOK BGB/Schmidt*, § 306 Rn. 3 a; *BeckOGK BGB/Bonin*, § 306 Rn. 98.

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

38 *Faber* *ÖJZ* 2018, 989 (992).

39 *EuGH* ECLI:EU:C:2021:68 = *EuZW* 2021, 642 Rn. 67 – *Dexia Nederland*.

40 *Graf ecoclex* 2021, 198.

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

42 Siehe *Wilfinger VuR* 2021, 18 (19 ff.) mwN.

und Caixabank⁴³ stand dispositives Recht gar nicht zur Verfügung; in Santander/Demba und Escobedo Cortés⁴⁴ hielt der *EuGH* eine nationale Rechtsprechung für unbedenklich, wonach Vertragslücken nicht durch den gesetzlichen Verzugszinssatz geschlossen werden; in Abanca und Bankia⁴⁵ wurde aus zwangsvollstreckungsrechtlichen Gründen eine „Befugnis zum ‚geltungserhaltenden Umformulieren‘“⁴⁶ geschaffen; in Dziubak⁴⁷ 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 der Rückgriff auf dispositives Recht erlaubt.⁴⁸

Dass der *EuGH* trotzdem recht unbekümmert allgemeine Aussagen über die eingeschränkte Zulässigkeit der Lückenfüllung durch Dispositivrecht trifft, ist mittlerweile nicht

mehr überraschend. Dexia Nederland verdeutlicht dabei einmal mehr, mit wie viel Vorsicht die aufgestellten Rechtssätze zu genießen sind. ■

43 *EuGH* ECLI:EU:C:2015:21 = BeckRS 2015, 80134 – Unicaja Banco und Caixabank (C-482/13 ua).

44 *EuGH* ECLI:EU:C:2018:643 = NZM 2018, 1029 – Banco Santander (C-96/16, C-94/17).

45 *EuGH* ECLI:EU:C:2019:250 = NJW 2019, 3133 – Abanca und Bankia (C-70/17, C-179/17).

46 Spitzer ÖJZ 2020, 761 (765).

47 *EuGH* ECLI:EU:C:2019:819 = BeckRS 2019, 23099 = EuZW 2020, 246 Ls. – Dziubak.

48 *EuGH* ECLI:EU:C:2014:282 = EuZW 2014, 506 – Kásler und Káslerné Rábai (C-26/13); *EuGH* ECLI:EU:C:2020:138 = BeckRS 2020, 2609 – Gómez del Moral Guasch; *EuGH* ECLI:EU:C:2020:578 = BeckRS 2020, 16052 – Caixabank.

Buchbesprechung

Judicial Review in the European Banking Union – Chiara Zilioli und Karl-Philipp Wojcik (Hrsg.), Buch. Edward Elgar Publishing Ltd, Hardcover, 2021, 672 S., £ 148.00, ca. 172,45 Euro. ISBN: 978-1-80037-319-8

Die Europäische Bankenunion ist ein anspruchsvolles Projekt europäischer Aufsicht. Aktivitäten von Kreditinstituten sind weitgehend international ausgerichtet, mit der Folge, dass eine national konzipierte Aufsicht trotz einiger Koordinierung an Grenzen stößt. Zudem verzerren nationale Unterschiede in der Intensität der Aufsicht den grenzüberschreitenden Wettbewerb. Zugleich berührt die Aufsicht über Kreditinstitute allerdings Fragen der nationalen Souveränität und Interessen, schon wegen ihrer Relevanz für den nationalen Wirtschaftsraum sowie die noch stärker national geprägten Märkte für Staatsanleihen. Während bei der Einführung des Europäischen Finanzaufsichtssystems die Aufsichtsbefugnisse weitgehend auf der Ebene der Mitgliedstaaten verblieben sind, etabliert die Europäische Bankenunion mit dem Einheitlichen Aufsichtsmechanismus (SSM) und dem Einheitlichen Bankenabwicklungsmechanismus (SRM) Formen der Verbundverwaltung, in die national zuständige Aufsichtsbehörden sowie Stellen der Union eingebunden sind. Ähnliche Formen der Verbundverwaltung finden sich mit Unterschieden in der jeweiligen Ausgestaltung auch in anderen Bereichen des Europäischen Verwaltungsrechts. Im Fall der Bankenunion lassen sie sich als Alternative zu einer politisch nicht vollständig realisierbaren materiell-rechtlichen Harmonisierung verstehen, die sich nicht zuletzt nach einer Bestandsaufnahme der Ursachen für die Finanzkrise als notwendig erwies. Diese Verbundstrukturen werfen eine Reihe rechtlicher Fragen auf, etwa der Zurechnung einzelner Verfahrensbeiträge zur Europäischen Union oder einem Mitgliedstaat einschließlich der Folgen für die demokratische Legitimation, der verfahrensrechtlichen Position betroffener Unternehmen und Personen und des Rechtsschutzes. Diese auch in anderen Bereichen ergebnisoffen diskutierten Fragen gehen zu einem großen Teil darauf zurück, dass der rechtlichen Dogmatik im Grundsatz eine Trennung der Rechtskreise zugrunde liegt, die den Formen der Verbundverwaltung nur begrenzt entspricht. Im Fall der Bankenunion sind die Verflechtungen und die mit ihnen verbundenen Fragen besonders vielschichtig. Durch die Asymmetrien in der institutionellen und prozeduralen gegenüber der materiellen Harmonisierung wenden der Einheitliche Aufsichtsmechanismus sowie der Einheitliche Bankenabwicklungsmechanismus zum Teil Rege-

lungen des nationalen Rechts an. Zudem wirkt sich die Aufsicht über die Kreditinstitute sowohl auf die Refinanzierungsbedingungen der jeweiligen Mitgliedstaaten als auch auf die Wettbewerbsbedingungen im Verhältnis zu Kreditinstituten anderer Mitgliedstaaten (*level playing field*) und schließlich auch auf deren zivilrechtliche Rechtsverhältnisse aus.

Mit der Perspektive des Rechtsschutzes greift der von Chiara Zilioli (EZB) und Karl-Philipp Wojcik (SRB) herausgegebene Band einen neuralgischen Punkt der Verbundkonzepte des SSM und des SRM auf. Der Rechtsschutz zwingt zur dogmatischen Konkretisierung und die ersten gerichtlichen Entscheidungen zeichnen erste Konturen der Kontrollmaßstäbe, des Anwendungsbereichs des aufsichtsrechtlichen Regimes und der Befugnisse, auch zu Sanktionen. Der Band entfaltet diese Perspektive des Rechtsschutzes systematisch und umfassend. In 37 Beiträgen analysieren Autor:innen aus der Wissenschaft und Expert:innen aus den jeweiligen Institutionen sowohl übergreifende Querschnittsfragen als auch spezifische Einzelaspekte des Rechtsschutzes und vertiefen schließlich die nach den ersten Entscheidungen erkennbaren Entwicklungen. Die gleichermaßen tiefe wie breite Anlage des Bandes kommt schon in der Gliederung zum Ausdruck. In dem ersten von vier Teilen werden, wie vor die Klammer gezogen, allgemeine Themen aufbereitet, von grundlegenden Fragen der demokratischen Legitimation über die Funktion und Ausgestaltung verwaltungsverfahrensrechtlicher Widerspruchsverfahren, Aspekten der Verbundverwaltung, Zuständigkeiten und Maßstäben der gerichtlichen Kontrolle, Vertraulichkeit und Zugang zu Dokumenten, einstweiligen Rechtsschutz, dem Grundrechtsschutz bis hin zur Amtshaftung. Die zwei folgenden Teile bereiten jeweils spezifische Aspekte des Rechtsschutzes gegen Maßnahmen im Rahmen des SSM und des SRM auf. Zu ihnen zählen vor allem die gerichtliche Kontrolle der spezifischen Befugnisse einschließlich der Sanktionen, aber auch Fragen des Rechtsschutzes bei der Anwendung nationalen Rechts durch den SSM, im Regime einer engen Zusammenarbeit mit Zentralbanken von Mitgliedstaaten, die noch nicht zum Euro-Währungsgebiet zählen, oder zum beihilferechtlichen Rahmen der Bankenabwicklung. Im vierten und letzten Teil des Bandes werden neun Beiträge die ersten zentralen Entscheidungen des *EuGH* und des Gerichts der Europäischen Union zur Bankenunion aus.

Die Beiträge zeichnen mit jeweils unterschiedlichen Akzenten sowohl die rechtswissenschaftliche Diskussion zu den Themen des Europäischen Verwaltungsrechts als auch die Praxis der