

# Vertragsflickschusterei von *Kásler* bis *Gupfinger* – der EuGH und die Lücken

*Gerhard Hopf* zum Geburtstag zu gratulieren, ist für uns nicht nur Ehrensache, sondern persönliches Anliegen. Einem von uns hat er 2008 gemeinsam mit *Andreas Konecny* als „EvBl-Partner“ im Zuge einer großen ÖJZ-Reform Verantwortung für einen wichtigen Teil der ÖJZ übertragen und damit eine besonders schöne Zusammenarbeit begründet. Der andere wird nun ebenfalls Teil der ÖJZ-Familie. Noch mehr als wir beide haben *Gerhard Hopf* aber die ÖJZ und damit die juristische Wissenschaft und Praxis zu verdanken: Ohne ihn hätte die ÖJZ nicht ihre heutige Bedeutung. Auf dogmatisch höchstem Niveau eine gleichzeitig praxisnahe Generalistenzeitschrift herauszugeben, ist eine Kunst, die niemand so beherrscht wie *Gerhard Hopf*.

Das Thema des vorliegenden Beitrags ist daher nicht zufällig gewählt, sondern ein Beispiel dafür, wie die ÖJZ eine für die Rechtsdogmatik ebenso grundlegende wie für die Rechtspraxis bedeutende Entwicklung über die letzten Jahre kontinuierlich literarisch begleitet hat.<sup>1)</sup> Hier soll daher ihr vorläufiger Schlusspunkt vorgestellt werden. Dabei gilt: Die größte Freude macht unserem Chefredakteur, wer das Zeichenlimit einhält. Das ist (knapp) gelungen! Alles Gute zum Geburtstag!

Von **Stefan Perner** und **Martin Spitzer**

ÖJZ 2022/144

## A. Ausgangspunkt: Das goldene Zeitalter

Mit dem dispositiven Recht werden Löcher in Verträgen gestopft. Ist nichts Abweichendes vereinbart, fallen die Parteien automatisch darauf zurück.<sup>2)</sup> Dafür ist dispositives Recht ja auch da, es hat Ergänzungsfunktion und schafft einen Interessenausgleich, der so sachgerecht und ausdifferenziert ist, und mit Richtigkeitsgewähr, die so hoch ist, dass übermäßige Abweichungen davon sogar sittenwidrig sind.<sup>3)</sup>

All das ist selbstverständlich, auch wenn Details der rechtsgeschäftlichen Flickschusterei durchaus Probleme bereiten können. So kann das Verhältnis von dispositivem Recht und ergänzender Vertragsauslegung schwierig sein;<sup>4)</sup> wenn Verkehrssitten ins Spiel kommen, wird es überhaupt unübersichtlich.<sup>5)</sup> Während über den passenden Flicker bei pathologischen Löchern also durchaus gestritten werden kann, hat sich die längste Zeit niemand besonders für das Loch an sich interessiert. War es da, wollte man es füllen.

Ob der Vertrag unvollständig war, weil die Parteien zu einer Frage schlicht nichts vereinbart haben, oder ob sie am Versuch einer Vereinbarung gescheitert sind, spielte keine Rolle.<sup>6)</sup> Wenn A und B über die Gewährleistungsfrist gar nicht gesprochen haben, lief das daher auf dasselbe hinaus wie bei der sittenwidrigen Vereinbarung einer zu kurzen Gewährleistungsfrist. Irgendwoher muss die anwendbare Frist ja kommen.

Beim Scheitern einer Vereinbarung ist im heutigen Wirtschaftsleben allerdings vor allem an AGB-Kontrolle zu denken, was im Verbrauchergeschäft den EuGH auf den Plan ruft, der wiederum nach ganz eigenen Regeln spielt. Dabei ist die Rechtslage an sich einfach: Besteht eine Klausel die Inhaltskontrolle nicht, ist sie unwirksam (§ 6 Abs 1 KSchG), was im Verbrauchergeschäft weitgehend richtliniendeterminiert ist (Art 6 Abs 1 KlauselRL).<sup>7)</sup> Besteht eine Klausel die Transparenzkontrolle nicht, ist sie ebenso unwirksam (§ 6 Abs 3 KSchG), was allerdings nicht richtliniendeterminiert, sondern eine autonome Entscheidung des österr Ge-

setzgebers ist, die *Franz Bydliński* für eine „geradezu fahrlässige Fehlleistung des Gesetzgebers“ hält, „wenn sie nicht wahrscheinlicher durch einen Scheuklappeneffekt des Schlagwortes ‚Verbraucherschutz‘ zu erklären wäre, der selbst den Blick auf nächstliegende systematische Zusammenhänge und daher auf untragbar zweckwidrige Folgen einer erwogenen Regelung zu verstellen scheint.“<sup>8)</sup> Die RL hätte sich hier mit einer Auslegung contra profertem begnügt (Art 5 KlauselRL).

Der EuGH konnte sich zu den Folgen der Unwirksamkeit einer Klausel daher nur bei missbräuchlichen Klauseln äußern. Intransparente Klauseln sind davon nicht betroffen und sollten nicht ohne Not in die folgenden Wirrnisse verstrickt werden.<sup>9)</sup> →

1) *Faber*, Kein Schließen von Vertragslücken durch dispositives Recht nach Wegfall missbräuchlicher AGB-Klauseln in Verbraucherverträgen? ÖJZ 2018, 989; *Spitzer*, Vertragslücken im österreichischen und europäischen Recht, ÖJZ 2020, 761; *Spitzer/Wilfinger*, EuGH: Neues zur Klauselersetzungs durch dispositives Recht, ÖJZ 2020, 1002.

2) *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht<sup>7</sup> (2022) 65f.

3) *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 879 Rz 279 (Stand 1. 8. 2019, rdb.at).

4) *Vonkilch* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 914 Rz 115.

5) Zu dieser Problematik s *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 914 Rz 41; sowie *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB<sup>14</sup> § 346 Rz 33.

6) *Bollenberger/P. Bydliński* in *KBB*<sup>8</sup> § 914 Rz 8.

7) RL 93/13/EWG des Rates vom 5. 4. 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl L 1993/95, 29: „Die Mitgliedstaaten sehen vor, daß mißbräuchliche Klauseln in Verträgen, die ein Gewerbetreibender mit einem Verbraucher geschlossen hat, für den Verbraucher unverbindlich sind, und legen die Bedingungen hierfür in ihren innerstaatlichen Rechtsvorschriften fest; sie sehen ferner vor, daß der Vertrag für beide Parteien auf derselben Grundlage bindend bleibt, wenn er ohne die mißbräuchlichen Klauseln bestehen kann.“

8) *F. Bydliński*, Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft, AcP 204 (2004) 309 (377); krit auch *Bollenberger*, Vertragsabschluss unter beiderseitig verdünnter Willensfreiheit, ÖBA 2016, 26 (30).

9) So ausf *Vonkilch/Knoll*, Rechtsfolgen bei intransparenter Vereinbarung einer vertraglichen Hauptleistungspflicht, RdW 2018, 563; vgl auch *Tald*, Folgen missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen, JBl 2019, 623 (624f); *Spitzer*, ÖJZ 2020, 761 (768ff); s aber OGH 25. 4. 2018, 9 Ob 85/17s und OGH 27. 4. 2018, 8 Ob 1/18g, wo die Schließung einer aufgrund einer iSd § 6 Abs 3 KSchG intransparenten Klausel bestehenden Lücke mittels dispositiven Rechts unter Verweis auf die Rsp des EuGH versagt wurde.

**B. Der EuGH und die Lücken:  
A very long story very short**

Seinen Ausgang nimmt das Verhängnis in einem ungarischen Fremdwährungskreditfall,<sup>10)</sup> in dem der Umrechnungsmechanismus missbräuchlich und damit unwirksam war. Da das ungarische Recht eine gesetzliche Regelung für Fremdwährungsschulden bereithält, fragte das Vorlagegericht, ob es darauf zurückgreifen dürfe. Getreu dem Motto, wer viel fragt, geht viel irr, schmückte das ungarische Gericht seine Frage aber dahingehend aus, dass es um die Erlaubnis bat „in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens, in der ein Vertrag zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher nach Wegfall einer missbräuchlichen Klausel nicht mehr durchführbar ist.“<sup>11)</sup> Die Antwort des EuGH: Ja, gerne.<sup>12)</sup> Die Welt war noch in Ordnung.

In weiterer Folge versuchte der EuGH in *Unicaja Banco*,<sup>13)</sup> diese Aussage aus *Kásler* zu rekapitulieren und griff dabei ebenso spektakulär wie folgenschwer daneben: „Gewiss hat der Gerichtshof ebenfalls die Möglichkeit für das nationale Gericht anerkannt, eine missbräuchliche Klausel durch eine dispositive nationale Vorschrift [zu ersetzen]. Diese Möglichkeit ist allerdings auf die Fälle beschränkt, in denen die Ungültigerklärung der missbräuchlichen Klausel das Gericht verpflichten würde, den Vertrag insgesamt für nichtig zu erklären, wodurch der Verbraucher Konsequenzen ausgesetzt würde, die derart sind, dass er dadurch bestraft würde.“<sup>14)</sup>

Das ist kein Referat von *Kásler*, sondern eine tektonische Verschiebung, weil – worauf *Faber*<sup>15)</sup> hingewiesen hat – auf einmal eine hinreichende zur notwendigen Bedingung avanciert. Warum? Das weiß man nicht, weil Problembewusstsein des EuGH nicht zu erkennen ist und es sich außerdem um ein obiter dictum handelt. Um dispositives Recht ging es in *Unicaja Banco* nämlich nicht einmal. Konsequenter leitet *Faber*<sup>16)</sup> daraus ab, dass sich der *Unicaja*-Senat vergaloppiert hat, und empfiehlt – methodisch unterfüttert – ein „Ignorieren“, woran auch die nochmalige Wiederholung des Rechtssatzes in *Ibercaja Banco*<sup>17)</sup> nichts ändern soll.

Der nie angewendete Rechtssatz begann aber, ein Eigenleben zu entwickeln. Die *Rs Santander* und *Escobedo Cortés*,<sup>18)</sup> die *Rs Abanca/Bankia*<sup>19)</sup> und die *Rs Dziubak*<sup>20)</sup> waren die nächsten Stationen, wobei die Nonchalance, mit der obiter dicta in Fällen, in denen es eigentlich um ganz anderes ging, zu Sargnägeln des dispositiven Rechts wurden, zumindest bemerkenswert ist.

In Österreich führte dieser höchstgerichtliche Angriff auf rechtsgeschäftliche Grundsätze zu resignativer Lagerbildung: Die Realisten, die keinen Grund sahen, dem EuGH zuzutrauen, seine eigene Rsp zu hinterfragen, begannen damit, sich darüber Gedanken zu machen, wie denn nun die neue Rechtslage sei. Die Idealisten, die mit einem Schuss Realitätsverweigerung auf Einsicht in Luxemburg hofften, verkündeten derweil Durchhalteparolen und empfahlen den Gerichten, dem EuGH einfachere Fälle vorzulegen.<sup>21)</sup> Die genannten „Meilensteine“ zum Grab des dispositiven Rechts betrafen nämlich ausnahmslos sehr spezielle Vertragsgestaltungen, denen der EuGH im Verbrauchergeschäft wohl insgesamt keine besondere Sympathie entgegenbrachte.<sup>22)</sup> Das Portfolio reichte vom Fremdwährungskredit bis zu obskuren Verträgen wie kreditfinanzierter Aktienleihe.

Die Realisten gingen bald durch die *Rs Gomez del Moral Guasch*<sup>23)</sup> in Führung. Eine gesetzliche Indexanpassung sollte nur möglich sein, wenn „bei Nichtigkeit einer missbräuchlichen Vertragsklausel, die zur Berechnung der variablen Zinsen eines Darlehens einen Referenzindex festlegt [...] der fragliche Hypothekendarlehensvertrag [...] nicht fortbestehen kann und die Nichtigterklärung des gesamten Vertrags für den Verbraucher besonders nachteilige Folgen hätte.“<sup>24)</sup> Was nach einer eindeutigen Entscheidung

klingt, ist nicht so eindeutig. Weil im konkreten Fall die für den Verbraucher evident nachteilige Gesamtrückzahlung der Kreditvaluta drohte, waren die Voraussetzungen für einen Rückgriff auf dispositives Recht erfüllt. Die Bedingung wurde daher nicht zum Problem.

Doch auch die Idealisten behielten sich ein wenig Hoffnung. In den verb *Rs Caixabank* und *Banco Bilbao*<sup>25)</sup> klang alles nämlich halb so wild. Ohne das Spannungsverhältnis zu erkennen, sieht der EuGH nach der Aufhebung einer den Verbraucher belastenden Klausel über die Kostentragung der Verbücherung einer Hypothek eine Situation, die „die Anwendung etwaiger Vorschriften des nationalen Rechts rechtfertigen kann, die die Verteilung der Kosten für die Bestellung und Löschung einer Hypothek regeln, wenn eine Vereinbarung der Parteien fehlt. Legen diese Vorschriften dem Darlehensnehmer die Gesamtheit oder einen Teil dieser Kosten auf, [ist es zulässig], dass dem Verbraucher die Erstattung des Teils dieser Kosten, den er selbst zu tragen hat, versagt wird.“<sup>26)</sup> Das ist nichts anderes als ein Rückgriff auf dispositives Recht.<sup>27)</sup>

Ein Paukenschlag war die Entscheidung des EuGH in der *Rs Dexia*,<sup>28)</sup> die aus den Idealisten jedenfalls prima facie Träumer machte. Nach der Unwirksamklärung einer missbräuchlichen Klausel über die Haftung des Verbrauchers soll der Unternehmer danach nämlich „keinen Anspruch auf die Entschädigung [haben], die in einer dispositiven Vorschrift des nationalen Rechts vorgesehen ist [ähnlich wie § 921 AGB],<sup>29)</sup> die ohne diese Klausel anwendbar gewesen wäre.“<sup>30)</sup> *Graf*<sup>31)</sup> wandte sich in weiterer Folge unter dem Titel „Keine Ersetzung nichtiger AGB-Klauseln durch dispositives Recht“ grundlegend den Rechtsfolgen der neuen Rechtslage zu.

10) EuGH 30. 4. 2014, C-26/13, *Kásler*.  
 11) Dies in der Fassung der Antwort des EuGH, Rn 76. Konkret vermischt die Frage ergänzende Auslegung, Reduktion und dispositives Recht (Rn 35).  
 12) Rn 77 ff.  
 13) EuGH 21. 1. 2015, verb Rs C-482/13, C-484/13, C-485/13 und C-487/13, *Unicaja Banco und Caixabank*.  
 14) Rn 33.  
 15) *Faber*, ÖJZ 2018, 989 (991).  
 16) *Faber*, ÖJZ 2018, 989 (991); s auch *Faber*, Auslegung von EuGH-Entscheidungen, JBl 2017, 697 (709f).  
 17) EuGH 17. 3. 2016, C-613/15, *Ibercaja Banco*, Rn 38.  
 18) EuGH 7. 8. 2018, verb Rs C-96/16 und C-94/17, *Santander und Escobedo Cortés*, Rn 74.  
 19) EuGH 26. 3. 2019, verb Rs C-70/17 und C-179/17, *Abanca und Bankia*, Rn 37.  
 20) EuGH 3. 10. 2019, C-260/18, *Dziubak*, Rn 48.  
 21) Zur Mechanik des Vorabentscheidungsverfahrens in diesen Fällen s *Spitzer*, ÖJZ 2020, 761 (765f) und *Wilfinger*, Unwirksame Klauseln, dispositives Recht und EuGH, VuR 2021, 18 (23).  
 22) Allgemein gilt schließlich: „hard facts make bad law“.  
 23) EuGH 3. 3. 2020, C-125/18, *Gómez del Moral Guasch*.  
 24) Rn 67.  
 25) EuGH 16. 7. 2020, verb Rs C-224/19 und C-259/19, *Caixabank und Banco Bilbao*.  
 26) Rn 54.  
 27) *Gsell/Westphalen*, ZIP 2021, 1729 (1735) sind der Ansicht, dass es nicht um dispositives Recht, sondern um öffentlich-rechtliche Gebührenvorschriften gegangen sei, sodass die Entscheidung ein anderes Problem betreffe. Wertungsmäßig dürfte das mit Blick auf die Abschreckungswirkung keinen relevanten Unterschied machen: Im Innenverhältnis ist die Kostentragung ja doch Vereinbarungssache. Eine diesbezügliche missbräuchliche Vereinbarung muss nicht mit einer gesetzlich gar nicht vorgesehenen Kostentragung bestraft werden, die Anwendung der gesetzlichen Regel genügt dem EuGH offenbar.  
 28) EuGH 27. 1. 2021, verb Rs C-229/19 und C-289/19, *Dexia Nederland*.  
 29) Dabei handelte es sich um Art 6:277 des Burgerlijk Wetboek (niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch, BW), der den Ersatz des Nichterfüllungsschadens regelt; vgl dazu *Graf*, *ecolex* 2021, 198 (198).  
 30) Rn 67.  
 31) *Graf*, Keine Ersetzung nichtiger AGB-Klauseln durch dispositives Recht, *ecolex* 2021, 198.

Allerdings wurde von *Wilfinger*<sup>32)</sup> zu bedenken gegeben, dass die Entscheidung zwar tatsächlich sagt, dass ein Rekurs auf dispositives Recht unzulässig ist, dass dieser Rechtssatz im konkreten Fall zwar auch tatsächlich einmal angewendet wurde, dass der Fall aber durch eine Besonderheit gekennzeichnet war: Das dispositive Recht war für den Verbraucher schlechter als die missbräuchliche Klausel! Dieses rarissimum<sup>33)</sup> macht ohne weiteres nachvollziehbar, warum nicht nach Aufhebung der abstrakt nachteiligen Klausel das konkret noch nachteiligere dispositive Recht zur Anwendung kommen sollte. Ob der EuGH damit wirklich Farbe bekannt hat, bleibt in Anbetracht dieser doch sehr speziellen Konstellation offen,<sup>34)</sup> zumal er in der Rs *OTP Jelzálogbank*<sup>35)</sup> davon ausgeht, dass es ausreiche, wenn der Verbraucher in der Lage steht, in der er sich ohne die missbräuchliche Klausel befunden hätte.<sup>36)</sup> Der Ausgangsfall ist maximal verwirrend und betrifft einen ungarischen Fremdwährungskredit, dessen Umrechnungsmechanismus nach Vertragsabschluss gesetzlich gestrichen und durch einen eigens angeordneten gesetzlichen Mechanismus ersetzt wurde.<sup>37)</sup> Dazu hat der EuGH einen übersichtlichen Rechtssatz formuliert, nämlich dass es zulässig sei, dass „eine als missbräuchlich angesehene Klausel über die Wechselkursdifferenz für nichtig erklärt und das zuständige nationale Gericht verpflichtet [wird], sie durch eine Bestimmung des nationalen Rechts zu ersetzen, die die Anwendung eines offiziellen Wechselkurses vorschreibt, ohne die Möglichkeit vorzusehen, dass dieses Gericht dem Antrag des betroffenen Verbrauchers auf Nichtigerklärung des Darlehensvertrags in seiner Gesamtheit stattgibt, obwohl es davon ausgeht, dass der Fortbestand dieses Vertrags den Interessen des Verbrauchers zuwiderläuft, insbesondere im Hinblick auf das Wechselkursrisiko, das der Verbraucher aufgrund einer anderen Klausel in diesem Vertrag weiterhin trägt, soweit das Gericht demgegenüber im Rahmen seiner Beurteilungsbefugnis und ohne dass der vom betroffenen Verbraucher zum Ausdruck gebrachte Wille insoweit Vorrang hätte, festzustellen vermag, dass die Durchführung der in den nationalen Rechtsvorschriften vorgesehenen Maßnahmen es ermöglicht, die Sach- und Rechtslage wiederherzustellen, in der sich der Verbraucher ohne die missbräuchliche Klausel befunden hätte.“<sup>38)</sup> Sukkus: Selbst wenn der Verbraucher eine andere Lösung lieber hätte, soll er sich nicht beschweren, wenn er so steht, wie er ohne die missbräuchliche Klausel gestanden wäre. Wie das alles zusammenpasst, verrät der EuGH nicht: „Nur schwer lässt sich hier kein Spannungsverhältnis diagnostizieren“<sup>39)</sup> sodass der EuGH sicherheitshalber darauf verzichtet, *Dexia* auch nur zu erwähnen.

### C. Rs *Gupfinger*: Der Berg kreißt ...

Dann ergab sich nach einer Möbelmesse in Oberösterreich die Gelegenheit zur Rettung der Rechtsgeschäftslehre.<sup>40)</sup> Ohne dazu berechtigt zu sein, trat der beklagte Käufer einer Küche vom Kaufvertrag zurück, weil er das Haus nicht erwerben konnte, für das die Küche gedacht war. Der klagenden Verkäuferin entstand dadurch ein Schaden, der ohne weiteres nach allgemeinen Regeln ersatzfähig gewesen wäre.

Auch nach den AGB konnte die Verkäuferin Schadenersatz fordern, wenn sie im Falle eines unberechtigten Rücktritts der Aufhebung des Vertrags zustimmte: nach ihrer Wahl entweder pauschalierten Schadenersatz von 20% des Bruttorechnungsbetrags oder den tatsächlich entstandenen Schaden. Die Verkäuferin berief sich nie auf die mit Blick auf die Judikatur unwirksame Pauschalierung, sondern forderte von Anfang an ihren („leider“ wiederum höheren und daher an *Dexia* erinnernden) konkreten Schaden. Der OGH<sup>41)</sup> nahm das Verfahren zum Anlass, um in drei ge-

schickten Vorlagefragen den EuGH festzunageln, wobei sich eine gestürzte Reihenfolge empfiehlt.

3. Der OGH will mit Frage 3 wissen, ob es sich bei der Vereinbarung „20% oder nach Wahl der Verkäuferin dispositives Recht“ nicht eigentlich um **zwei eigenständige Klauseln** im Sinne der Klausel-RL (Art 2 lit a, Art 3) handelt:<sup>42)</sup> eine (missbräuchliche) Klausel über die Stornogebühr und eine (sicherlich unbedenkliche) Klausel über den Ersatz des tatsächlich entstandenen Schadens.<sup>43)</sup> Die Unverbindlichkeit einer missbräuchlichen Klausel (Stornogebühr) wirkt sich dann von vornherein nicht auf die Anwendung der zweiten unbedenklichen Klausel (tatsächlicher Schaden) aus, weil sich die Anforderungen der Art 6 und 7 Klausel-RL eben nur auf die missbräuchliche Klausel beziehen.

2. Frage 2 knüpft an der spezifischen Ausgangssituation an, dass das Küchenstudio sich auf die Klausel nie berufen und diese den Verbraucher offenkundig auch nicht von einem Rücktritt abgehalten hat. Damit wird auf den – mitunter überstrapazierten – Gedanken angespielt, dass der Unternehmer gar nicht in die Versuchung kommen soll, einen Vorteil aus der missbräuchlichen Vereinbarung zu ziehen. Er soll es nicht mit der missbräuchlichen Klausel probieren, um idealerweise damit durchzudringen und im worst case „nur“ das rechtmäßige Ergebnis zu erzielen. Hier hat die Verkäuferin das nicht versucht. Das könnte allfällige Restriktionen bei der Klauselersetzung relativieren.

1. Mit Fragen 2 und 3 wollte der OGH den EuGH also zu feinem distinguishing motivieren und Spielräume auszuloten. Frage 1 – die aber eben nur relevant wird, wenn 2 und 3 zu verneinen sind – stellte die Grundsatzfrage: Selbst wenn es sich nur um eine Klausel handelt und es nicht hilft, dass sich das Küchenstudio darauf nie berufen hat, will der OGH wissen, ob er wirklich nicht auf dispositives Recht rekurrieren darf.

Diesem Grundsatzverfahren war große Aufmerksamkeit beschieden. Sogar die Kommission nahm zum Fall Stellung<sup>44)</sup> und erstattete einen Entscheidungsvorschlag: „Die Richtlinie 93/13/EWG ist dahin zu verstehen, dass sie es einem Gewerbetreibenden grundsätzlich nicht verwehrt, sich auf die nationalen Vorschriften des anwendbaren nationalen Rechts zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen anstatt auf eine gegebenenfalls solche Ansprü-

32) *Wilfinger*, EuGH *Dexia* Nederland und die Folgen für das österreichische AGB-Recht, ÖBA 2021, 326 (328f); *Wilfinger*, Ende der Klauselersetzung durch dispositives Recht? EuZW 2021, 637 (640).

33) So stellt das dispositive Recht den Verbraucher in aller Regel doch besser; vgl dazu *Schmidt* in BeckOK, BGB<sup>97</sup> § 306 Rz 3a; *Bonin* in BeckOGK, BGB § 306 Rz 98; weshalb nach *Wilfinger*, ÖBA 2021, 326 (328f) in der konkreten Rs auch ein „absoluter Ausnahmefall“ vorliegt.

34) Demgegenüber erblicken *Graf*, *ecolex* 2021, 198 (198), und *Told*, Anm zu EuGH 27. 1. 2021, C-289/19, *Dexia* Nederland, VbR 2021, 137, in der Entscheidung die nun endgültige Absage der Klauselersetzung durch dispositives Recht durch den EuGH; ebenso *Apathy/Frössel* in *Schwimann/Kodek* § 6 KSchG Rz 2; von einer „clear message“ spricht auch *Loos*, No Plan B for Traders Using Unfair Terms, EuCML 2022, 23 (26).

35) EuGH 2. 9. 2021, C-932/19, *OTP Jelzálogbank Zrt.* ua.

36) Rn 42ff.

37) Dazu *Graf*, Neue EuGH-E: Ausnahmsweise doch kein ersatzloser Wegfall nichtiger AGB-Klauseln? *ecolex* 2021, 990, der auf die sehr spezielle Ausgangslage hinweist (991).

38) Rn 51.

39) *Graf*, *ecolex* 2021, 990 (991).

40) EuGH C-625/21, *GUPFINGER Einrichtungsstudio*.

41) OGH 22. 9. 2021, 4 Ob 131/21z.

42) Die Frage ist freilich missverständlich formuliert. Sie bezieht sich nicht auf die teilweise Aufrechterhaltung einer Klausel, sondern geht davon aus, dass zwei eigenständige Klauseln vorliegen. Die teilweise Aufrechterhaltung einer Klausel kommt in ein Spannungsverhältnis mit dem Verbot der geltungserhaltenden Reduktion.

43) Nach *Legath*, Anm zu OGH 22. 9. 2021, 4 Ob 131/21z, ÖBA 2022, 128 (132) würde eine Lösung nach dem sog „blue pencil test“ hier zwei eigenständige Klauseln nahelegen.

44) Stellungnahme vom 25. 1. 2022.



che betreffende Klausel des Vertrags zu berufen, da in einem solchen Fall die anwendbare nationale Rechtsvorschrift außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie fällt.“

Diese Stellungnahme kommt weniger überraschend, als es den Anschein hat. Die Kommission arbeitet seit längerem gegen die obiter dicta zur Klauselersetzung: In ihren „Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der RL 93/13/EWG des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen“ wendet sie sich nach einer ausführlichen Schilderung der Rsp in einem eigenen Punkt der „Anwendung dispositiver Vorschriften in anderen Fällen“ als den vom EuGH bisher entschiedenen zu und hält fest: „Bisher ist der Gerichtshof nicht speziell auf die Frage eingegangen, ob dispositive Vorschriften des nationalen Rechts angewendet werden können, wenn die Aufhebung einer Vertragsklausel nicht zur Nichtigkeit des Vertrags führt (beispielsweise Klauseln zu Sanktionen) und dies nicht impliziert, dass das nationale Gericht die missbräuchliche Klausel ‚ändern‘ muss. Der Gerichtshof hat festgestellt, dass der Ansatz eines nationalen obersten Gerichts, das nach der Nichtigerklärung einer missbräuchlichen Vertragsklausel über Verzugszinsen nicht den gesetzlichen Zinssatz angenommen hat, mit der Richtlinie 93/13 vereinbar war. Der Gerichtshof hat jedoch nicht erklärt, dass dies nach der Richtlinie 93/13 erforderlich wäre. Die [...] erörterte Rechtsprechung könnte jedoch darauf hindeuten, dass dispositive Vorschriften nur dann zulässig sind, wenn der Vertrag ansonsten nichtig wäre.“<sup>45)</sup>

Große Entwicklungen warfen also ihre Schatten voraus. Jedenfalls bis zu einer Mitteilung des EuGH im Juni:<sup>46)</sup> Der EuGH teilt mit, dass er mit drei Richtern, ohne Verhandlung und ohne Schlussanträge entscheiden wird ...

#### D. Ausblick: Die unendliche Geschichte

Was den EuGH zu diesem überraschenden Schritt bewogen hat, ist noch nicht klar. Dass die so eindeutige Positionierung der Kommission einfach übergangen und das Verbot des Rekurses auf dispositives Recht einzementiert wird, ist schon deshalb kaum vorstellbar, weil damit die verbleibenden beiden bedeutsamen Vorlagen sehr lapidar vom Tisch gewischt werden müssten. Dass der EuGH in kleiner Besetzung erklärt, es sei alles ein schlimmes Missverständnis gewesen und dispositives Recht stehe natürlich zur Verfügung, ist freilich auch nicht zu erwarten. Dem weisen Ratschluss des EuGH kann man ohnehin nicht vorgreifen, zu befürchten ist, dass die bisher schon lange Geschichte zur unendlichen wird. Die ÖJZ wird berichten ...

45) Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der RL 93/13/EWG des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABI C 2019/323, 4 (43).

46) Einem der Autoren ist diese Mitteilung bekannt, weil er in dem Verfahren für eine Interessenvertretung beteiligt war.

# Kontrolle der „Staatsanwälte“ als „Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit“

Von Eckart Ratz

ÖJZ 2022/145

Spätestens mit der Bezeichnung der „Staatsanwälte“ als „Organe der [seit BGBl I 2012/51] ordentlichen Gerichtsbarkeit“ durch BGBl I 2008/2 wird Weisungsbindung gegenüber einem obersten Organ der Vollziehung in der politischen Debatte als problematisch empfunden. Mit BGBl I 2015/96 wurde die Verantwortlichkeit des BMJ durch Einführung eines „Beirat[s] für den ministeriellen Weisungsbereich“ relativiert und parlamentarischen Konsequenzen nach Art 74 Abs 1, 76 (142) B-VG bei Compliance mit dessen – im Kollegium und amtsgeheim zustande kommenden – „Äußerungen“ faktisch entzogen. Dazu kommt die strukturelle Abschirmung auf solche „Äußerungen“ fußender Vorgänge gegenüber Befassung des OGH mit NBzWdG, weil ausgerechnet der Leiter der zu NBzWdG allein befugten GenProk den Vorsitz im „Weisungsrat“ führt. Während Jabloner feststellt, „dass die Öffentlichkeit die Funktionen der Justiz (im engeren Sinn) und der Gerichtsbarkeit unter Einschluss der Staatsanwaltschaft [...] nicht klar unterscheiden kann“,<sup>1)</sup> und mangelnde „funktionale Trennung [zwischen Richtern und Staatsanwältinnen]“ beklagt, scheint die Präsidentin (übrigens) der richterlichen Standesvertretung „Staatsanwält\*innen“ als „Rechtsprechungsorgane“<sup>2)</sup> zu begreifen und fühlen sich verantwortliche Politiker zur Garantie angeblicher „Unabhängigkeit“ für „Staatsanwälte“ bestimmt.<sup>3)</sup> Dabei behält das B-VG den Begriff „Rechtsprechung“ der „Ausübung [...] richterlichen Amtes“ vor<sup>4)</sup> und behauptet niemand im Ernst,

dass Staatsanwälte sich tatsächlich mit politisch motivierten Weisungen herumzuschlagen hätten.<sup>5)</sup> Nach § 1 StAG sollen StA „von den Gerichten unabhängig“ die „Interessen des Staates in der [...] Strafrechtspflege“ wahren, von Gerichten also getrennt, dafür aber demokratisch verantwortlich sein. Neben den vorkonstitutionell auf den Geltungsbeginn des B-VG versteinerten „Anklagefunktionen“ des liberalen Strafprozesses wurde der StA im grundlegend neu gestalteten Ermittlungsverfahren allerdings in weitem Umfang – zuvor Richtern vorbehalten – Befehls- und Zwangsgewalt gegenüber dem Bürger zugestanden, und was § 4 StPO „Anklagegrundsatz“ nennt, geht weit über den „Anklageprozess“ des Art 90 Abs 2 B-VG hinaus.<sup>6)</sup> Folglich musste durch Bezeichnung der „Staatsanwälte“ als „Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit“ die Zuständigkeit ordentlicher anstelle von Verwaltungsgerich-

1) Jabloner, Bewährungsfelder der richterlichen Unabhängigkeit, Festvortrag am „RichterInnentag 2021“, RZ 2022, 13 (17).

2) Matejka, Wind of change, RZ 2021, 265 (266); vgl dazu Ratz, „Unabhängigkeit“ der ordentlichen Gerichtsbarkeit in Strafrechtssachen, JRP 2022, 117.

3) Art 90a (Art 7 Abs 3) B-VG; Amtsträgerinnen sind selbstverständlich mitgemeint.

4) Vgl Grabenwarter/Frank, B-VG Art 53 Rz 5.

5) Bierlein, Der Weisungsrat – „Weichensteller“ oder „Hemmschuh“? in FS Höpfel 213 (226), die es als langjährige Präsidentin der staatsanwaltlichen Standesvertretung wissen muss, spricht in ihrem Plädoyer für „Eigenständigkeit der Staatsanwaltschaften“ von „allenfalls vermuteter politischer Einflussnahme“.

6) Eingehend Wiederin, WK-StPO § 4.