

# Vertragslücken im österreichischen und europäischen Recht<sup>1)</sup>

Die Lückenhaftigkeit von Verträgen ist ein altherwürdiges Thema der Rechtsge-  
schäftslehre, in das in den letzten Jahren erstaunlich viel Bewegung und Unruhe  
gekommen ist. Anhand einzelner Fälle ist Unsicherheit darüber entstanden, wann ein  
Vertrag eigentlich lückenhaft ist. Zu diesen Unsicherheiten im Speziellen gesellt sich  
eine generelle Unsicherheit, wann und wie lückenhaft gewordene Verträge ergänzt  
werden dürfen.

Von Martin Spitzer

## Inhaltsübersicht:

- A. Ausgangspunkt
  - 1. Die „Vertragslücke“
  - 2. Grundsätze der Lückenschließung
- B. Lückenfüllung durch dispositives Recht
  - 1. Problem
  - 2. Unionsrechtliche Missverständnisse
    - a) Ausgangspunkt: *Kásler*
    - b) Verselbständigung durch obiter dicta
  - 3. Schlussfolgerung
    - a) Strukturprobleme
    - b) Aussichten
  - 4. Intransparenz
    - a) Unterschiedliche Ausgangslage
    - b) Folgen
- C. Lückenfüllung durch ergänzende Vertrags-  
auslegung
  - 1. Missbräuchliche Klauseln
  - 2. Intransparente Klauseln

## A. Ausgangspunkt

### 1. Die „Vertragslücke“

Am Beginn steht die Ermittlung dessen, was die Par-  
teien bei aller vertrauenstheoretischen Phantasie iSd  
§ 914 ABGB vereinbart und damit geregelt haben. Üb-  
licherweise wird dabei von einfacher Auslegung ge-  
sprochen. Deren Grenzen liegen dort, wo ein Problem  
im „vertraglich klar konsentierten Pflichtenprogramm  
keine explizite Rechtsfolgenregelung erfahren hat“, dort  
tut sich die Lücke auf.<sup>2)</sup>

So einleuchtend das auf den ersten Blick klingt, so  
sehr kann schon über das Vorliegen einer Lücke ge-  
stritten werden. *Vonkilchs* Mahnung, das Phänomen  
sei schillernder und auch „bar dogmatisch fester Kontu-  
ren“, hat viel für sich.<sup>3)</sup> Was klar konsentiert ist und  
was nicht, ist zwar in vielen Fällen eindeutig. Die pa-  
thologischen Fälle sind aber jene, in denen das (meist  
schriftlich) Vereinbarte vom übereinstimmenden Par-  
teiwillen abweicht oder bestimmte Probleme gar nicht  
bedacht wurden.

Umso wichtiger ist die Rückbesinnung auf die ge-  
nerellen Grundsätze der Rechtsge-  
schäftslehre, die nichts von ihrer Gültigkeit verloren haben. Es gelten  
dementsprechend die allgemeinen Regeln der Ver-

tragsauslegung der §§ 914f ABGB, die es allerdings  
so an sich haben, dass Konsens über die maßgebenden  
Regeln leichter zu erzielen ist als über die damit erziel-  
ten Ergebnisse.

Ein über weite Strecken bereits abgeschlossenes und  
damit unverdächtiges Beispiel illustriert das anschau-  
lich. Einen besonders pathologischen Fall der Ver-  
tragsauslegung und Lückensuche haben nämlich die  
notorischen Negativzinsenfälle gebracht.<sup>4)</sup>

Das Problem ist bekannt: Bei hinreichend tiefem  
Absinken des Referenzzinssatzes eines Kreditvertrags  
standen die Gerichte vor der Frage: Muss der Kredit-  
geber in einer gleichsam „verkehrten Welt“ vielleicht  
dem Kreditnehmer Negativzinsen zahlen (wofür Ver-  
braucherschutzorganisationen eine starke Präferenz  
hatten)? Oder können Kreditgeber weiterhin zumin-  
dest den Aufschlag auf den Referenzzinssatz verrech-  
nen (wofür bei der Bankwirtschaft Sympathie festzu-  
stellen war)? Oder endet der Zinsensurz bei 0% (und  
wenn ja: warum gerade dort)?

Die simple Durchführung der vereinbarten Berech-  
nungsmethode hätte zur ersten Lösung geführt, deren  
Schönheitsfehler aber nicht nur war, dass sie den meis-  
ten seltsam und kontraintuitiv vorkam, sondern auch,  
dass die Parteien damit nie gerechnet hatten. Es wäre  
daher durchaus eine Option gewesen, die Zinsenbe-  
rechnung um den unvorhergesehenen Fall zu reduzie-  
ren und das dadurch entstandene Vakuum zu füllen.<sup>5)</sup>

Damit fällt auf, was *Canaris* schon zu Lücken im  
Gesetz festgestellt hat, nämlich dass der Prozess der  
Lückenfindung und jener der Lückenschließung viel  
gemeinsam haben.<sup>6)</sup> Gemessen am Plan der normset-  
zenden Autorität (des Gesetzgebers bei Gesetzesinter-  
pretation, der Vertragsparteien im Vertragsrecht) ist  
die Frage, ob die Parteien eine Situation (anders) re-  
geln würden, wenn sie sie bedacht hätten: Die Parteien

1) Der Beitrag untersucht das Thema im Auftrag der WKÖ Österreich,  
Bundessparte Bank und Versicherung.

2) *Vonkilch* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*<sup>3</sup> § 914 Rz 107.

3) *Vonkilch* in *Klang*<sup>3</sup> § 914 Rz 104.

4) In der Diskussion ist die Negativzinsenthematik noch beim Unter-  
nehmerkredit; vgl. unlängst *Kietabl*, *Zinsgleitklauseln* beim Unter-  
nehmerkredit, *ÖJZ* 2019, 5.

5) Vgl. die ausführliche Untersuchung von *Graf*, *Rechtliche Konse-  
quenzen der verpflichtenden Verzinsung von Spareinlagen für den  
Streit über die Negativzinsen*, *ÖBA* 2016, 722.

6) *Canaris*, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*<sup>2</sup> (1983) 144 ff.

ÖJZ 2020/95

§§ 914f ABGB;  
Arf 6 Abs 1 Klau-  
selRL

OGH 25. 4. 2018,  
9 Ob 85/17 s;  
EuGH 30. 4. 2014,  
C-26/13, *Kásler*;  
21. 1. 2015, verb  
Rs C-482/13,  
C-484/13, C-485/  
13 und C-487/13,  
*Unicaja Banco*;  
3. 10. 2019,  
C-260/18,  
*Dziubak*

Vertragslücke;  
Lückenfüllung;  
ergänzende Ver-  
tragsauslegung

müssen also kumulativ „bestimmte Umstände nicht beachtet haben und keine Regelung zur Lösung von aus ihnen erwachsenden Problemen getroffen haben“.<sup>7)</sup>

Der OGH hat im Negativzinsenstreit zunächst die Option einer umgekehrten Zinszahlungspflicht vom Tisch genommen, indem er einen Negativzinsen entgegenstehenden natürlichen Konsens angenommen hat. Die Parteien seien sich „regelmäßig darüber einig, dass der Kreditnehmer für die Zurverfügungstellung der Kreditvaluta (laufend) Zinszahlungen zu leisten hat. In keinem Fall rechnet ein Kreditnehmer [...] bei Vertragsschluss damit, zu irgendeinem Zeitpunkt während der Kreditlaufzeit Zahlungen vom Kreditgeber zu erhalten [...]. Ebenso wenig ist der Kreditgeber zu irgendeiner Zeit gewillt, irgendwelche Zahlungen an den Kreditnehmer zu leisten“.<sup>8)</sup>

Der OGH hat also nicht mit einer – abstrakt unzweifelhaft zulässigen – Reduktion der Zinsengleichklausele gearbeitet und dadurch eine Lücke geschaffen, die dann zu füllen gewesen wäre. Vielmehr hat der OGH im konkreten Fall im Wege des natürlichen Konsenses einen Floor von 0 eingezogen. Mit der Annahme eines natürlichen Konsenses war allerdings auch die Idee vom Aufschlag als Mindestverzinsung gefährdet, weil der OGH daraus die Schlussfolgerung gezogen hat, dass die Klausel sämtliche Indikatorwerte erfassen sollte, wofür er auch die Rute des Symmetriegebots des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG ins Fenster stellte: Bis 0 sollte daher die Zinsberechnung aufrechtbleiben.

Dieser Beitrag will natürlich keine mittlerweile rechtshistorische Aufarbeitung der Negativzinsen betreiben. Die Streitfrage illustriert aber in besonderer Weise das Zusammenspiel der relevanten rechtsgeschäftlichen Faktoren. Was auffällt, ist nämlich, dass auf der Prämisse eines natürlichen Konsenses hinsichtlich des Negativzinsenproblems der Ausschluss einer Zahlungspflicht von Negativzinsen ganz konsequent ist und die Frage des Aufschlags als Mindestverzinsung auch vorgeprägt wird. Freilich ist die Prämisse des so folgenschweren natürlichen Konsenses nicht zwingend.

## 2. Grundsätze der Lückenschließung

Weit größere dogmatische Sorgen als die Feststellung von Lücken bereitet die Lückenschließung. In letzter Zeit scheinen dabei lang etablierte Gewissheiten des Vertragsrechts unter Druck zu geraten. Lehrbüchern<sup>9)</sup> und Kommentaren<sup>10)</sup> ist bis jetzt nämlich iW derselbe Dreischritt beim Umgang mit Verträgen zu entnehmen: Ist nach den referierten Grundsätzen in einem ersten Schritt das Vorliegen einer Lücke einmal festgestellt, stellt sich die Frage, wie damit umzugehen ist. Wann die planwidrige Unvollständigkeit entstanden ist, spielt – zumindest für den Moment – keine Rolle, nachträgliche Lücken machen den Vertrag nach bisherigem Verständnis grundsätzlich ebenso unvollständig wie anfängliche.<sup>11)</sup>

Zur Füllung von Vertragslücken wird man zunächst an das dispositive Recht denken, denn „das ist gerade dessen Zweck“.<sup>12)</sup> Auch eine ergänzende Auslegung kommt in Betracht (§ 914 aE), mit der im Ergebnis auf einen mehr oder weniger abstrahierten, aber jedenfalls nur mehr hypothetischen Parteiwillen rekurriert wird.<sup>13)</sup> Diese Form der Auslegung kann nicht nur Lö-

sungen für Probleme finden, die nicht geregelt wurden, sondern – ähnlich einer teleologischen Interpretation – auch Regelungen für Probleme einschränken, auf die die Regelung nicht passt.<sup>14)</sup>

Probleme bereitet bisweilen das Verhältnis von ergänzender Auslegung und dispositivem Recht. Im Endeffekt – und in der Rechtsgeschäftslehre wenig überraschend – gibt dafür die Interessenlage der Parteien den Ausschlag.<sup>15)</sup> Dabei bleiben zwar einige pathologische Fälle, wie etwa das Verhältnis von dispositivem Recht und Verkehrssitte. Um diese ewigen Fragen<sup>16)</sup> geht es hier aber nicht.

## B. Lückenfüllung durch dispositives Recht

### 1. Problem

Beunruhigender ist nämlich, dass aktuell vielfach überhaupt der Abschied davon verkündet wird, Vertragslücken mit dispositivem Recht zu füllen.<sup>17)</sup> Wird gefragt, was ein solches Ergebnis rechtfertigen könnte, wird als Schuldiger meist schnell der EuGH identifiziert.

Mit diesem Täterprofil im Hinterkopf können immerhin einige Konstellationen abgeschichtet werden, über die nach wie vor kein Zweifel besteht. Den EuGH interessiert wenig überraschend nicht, wie Lücken im allgemeinen Zivilrecht geschlossen werden, sodass das B2B- und das C2C-Geschäft außer Betracht bleiben.<sup>18)</sup> Doch auch im B2C-Geschäft gibt es jedenfalls unproblematische Bereiche. Selbst wenn Leistungsstörungen im Vertrag nicht geregelt wurden, kann der Verbraucher selbstverständlich im Verzug des Unternehmers

7) Heiss in ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 914 Rz 76.

8) OGH 10 Ob 13/17 k ecolx 2017/341 (Buchleitner).

9) Vgl nur Pernert/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht<sup>6</sup> (2019) 64 ff.

10) Siehe etwa Bollenberger/P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB<sup>6</sup> § 914 Rz 2.

11) Bollenberger/Bydlinski in KBB<sup>6</sup> § 914 Rz 8.

12) Rummel in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 914 Rz 21; s auch Cziupka, Dispositives Vertragsrecht (2010) 2; Kähler, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts (2012) 183 ff; Möslin, Dispositives Recht (2011) 33f.

13) RIS-Justiz RS0017832: „Als Mittel der ergänzenden Vertragsauslegung kommen der hypothetische Parteiwille, die Übung des redlichen Verkehrs, der Grundsatz von Treu und Glauben sowie die Verkehrsauffassung in Betracht, wobei unter diesen Aspekten keine feste Rangfolge besteht, sondern unter Berücksichtigung aller Möglichkeiten die Lücke so zu schließen ist, wie es der Gesamtregelung des Vertrages gemessen an der Parteienabsicht am besten entspricht.“

14) Rummel in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 914 Rz 23; Heiss in ABGB ON<sup>1.02</sup> § 914 Rz 76. Ob es sich bei der Reduktion um einfache (so Heiss) oder ergänzende Auslegung handelt, spielt hier keine Rolle.

15) Vgl Bollenberger/Bydlinski in KBB<sup>6</sup> § 914 Rz 2; VonKilch in Klang<sup>3</sup> § 914 Rz 115 ff und Kötz, Vertragsrecht<sup>2</sup> (2012) Rz 68: Dispositives Recht war nicht gewollt oder würde den Interessen der Parteien zuwiderlaufen.

16) Graf, Vertrag und Vernunft (1997) 345; Kerschner in Artmann, UGB<sup>3</sup> § 346 Rz 45; Rummel in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 914 Rz 41; VonKilch in Klang<sup>3</sup> § 914 Rz 113 ff.

17) Fidler, Nichtigkeitsfolgen im Recht der AGB, in Jost/Ratka (Hrsg), Ausgewählte Praxisfragen des neuen Verbraucherrechts (2016) 151 (217, 235 ff); ders, Unionsrechtliche Entwicklungen bei der richterlichen Vertragsergänzung, JBl 2014, 693 (701 ff, 706); Kern, Wer darf wann welche Lücke füllen? wbl 2016, 61 (70 ff); dies, Anm zu EuGH Rs Dunaj, VbR 2019, 105 ff; Leupold/Ramharter, Die ergänzende Auslegung von Verbraucherverträgen im Lichte des Europarechts, ÖBA 2015, 16 (18); Schoditsch, Anm zu OGH 9 Ob 85/17 s, ecolx 2019, 218; Told, Folgen missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen (2. Teil), JBl 2019, 623 (628 ff); Uffmann, Vertragsgerechtigkeit als Leitbild der Inhaltskontrolle, NJW 2012, 2225 (2230); Graf von Westphalen, Unionsrechtliche Folgen des AGB-Missgriffs, NJW 2012, 1770 (1772 ff).

18) Vgl Fidler in Jost/Ratka 151 (219); ders, JBl 2014, 693 (702).

nach § 918 ABGB zurücktreten. Das gilt zwanglos auch umgekehrt im Verzug des Verbrauchers. Wäre das anders, gäbe es im Verbrauchergeschäft kein dispositives Recht mehr, was umso bedauerlicher wäre, als der Gesetzgeber immerhin gerade darin einen fairen Interessenausgleich gesehen hat,<sup>19)</sup> dessen besondere Richtigkeitsgewähr auch der EuGH herausstreicht.<sup>20)</sup>

Unsicherheit besteht indes in einer speziellen Problemkonstellation, die allerdings von großer wirtschaftlicher und rechtlicher Bedeutung ist: nachträgliche Lücken durch Klauselkontrolle. Für einen unbefangenen Beobachter mag es zwar keine entscheidende Rolle spielen, ob über den Verzug nichts vereinbart wurde oder ob die Vereinbarung einer Verzugsregelung an der Klauselkontrolle gescheitert ist. In beiden Fällen wird man sich für ein Rücktrittsrecht intuitiv an den §§ 918 ff ABGB orientieren und beim Zahlungsverzug noch an § 1333 iVm § 1000 ABGB denken. Das Gesetz hält ja offenbar so unverdächtige Lösungen parat, dass Forderungen nach immer strengerer AGB-Kontrolle gerade mit der Aussicht begründet wurden, durch Klauselnichtigkeit dispositives Recht zur Anwendung zu bringen, denn „der Wegfall der Klausel und ihre Ersetzung durch das dispositive Recht liegen im Interesse des Kunden“.<sup>21)</sup>

Allerdings hat der OGH in seiner Partnervermittlungs-E 9 Ob 85/17 s entschieden: „Um dem [...] Ziel, das klägerische Unternehmen in Hinkunft von der Verwendung missbräuchlicher Klauseln in ihren Partnervermittlungsverträgen abzuschrecken, Rechnung zu tragen, verbietet sich grundsätzlich ein Lückenschluss durch Anwendung dispositiven Rechts [...] oder ergänzende Vertragsauslegung.“ Rasch nach der Veröffentlichung der Entscheidung wurde „vor einem Missverständnis gewarnt“<sup>22)</sup> und vor einer Verfestigung sogar „dringend“<sup>23)</sup> gewarnt. Die Entscheidung wurde 2018 in Traunkirchen dementsprechend kritisch diskutiert,<sup>24)</sup> prononcierte Zustimmung ist demgegenüber bisher ausgeblieben.

## 2. Unionsrechtliche Missverständnisse

### a) Ausgangspunkt: Kásler

Wie kommt der OGH aber plötzlich auf die Idee, dass nur beim anfänglich lückenhaften Vertrag, nicht aber beim nachträglich durch Klauselkontrolle lückenhaft gewordenen Vertrag auf dispositives Recht zurückgegriffen werden dürfte? Und das nicht etwa, weil die konkrete dispositive Regelung im konkreten Fall unpassend erscheint, sondern zur Abschreckung?

Inspiration nimmt der 9. Senat zunächst aus der von ihm eigens zitierten Rs Kásler,<sup>25)</sup> die der OGH zutreffend dahingehend zusammenfasst, dass „im Fall eines nach Wegfall einer missbräuchlichen Klausel nicht mehr durchführbaren Vertrags zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher [...] Art 6 Abs 1 der Klausel-RL<sup>26)</sup> dahin auszulegen sei, dass er einer nationalen Regelung nicht entgegenstehe, die es dem nationalen Gericht ermögli- che, der Nichtigkeit der missbräuchlichen Klausel dadurch abzu- helfen, dass es sie durch eine dispo- sitive Vorschrift des nationalen Rechts ersetze“.<sup>27)</sup>

Faber hat bereits in Erinnerung gerufen, dass der EuGH in Vorabentscheidungsverfahren nur Antworten auf Vorlagefragen gibt und dass die Vorlagefrage in

Kásler eben auf die ausweglose Situation der Undurchführbarkeit des Vertrags zugespielt war.<sup>28)</sup> Daraus zieht er die Schlussfolgerung: „Zur Zulässigkeit einer Lückenschließung durch dispositives Recht in anderen Konstellationen hat sich der EuGH schlichtweg nicht geäußert“.<sup>29)</sup> Auch der BGH kommt – pikanterweise wie der OGH unter Verweis auf die Rs Kásler – zu diesem Ergebnis und weicht so markant von 9 Ob 85/17 s ab: „Die Ersetzung einer missbräuchlichen Klausel durch eine dispositive nationale Vorschrift, wie dies in § 306 II BGB vorgesehen ist, steht vielmehr im Einklang mit dem Zweck von Art 6. I der KlauselRL. Das nationale Gericht ist nicht daran gehindert, die missbräuchlichen Klauseln wegfällen zu lassen und sie in Anwendung vertragsrechtlicher Grundsätze durch eine dispositive Vorschrift des nationalen Rechts zu ersetzen“.<sup>30)</sup>

### b) Verselbständigung durch obiter dicta

Hat der OGH den EuGH also überinterpretiert? Told hat jüngst zu bedenken gegeben, dass sich diese Frage vielleicht gar nicht mehr stellt.<sup>31)</sup> Das Rad der Geschichte hat sich schließlich weitergedreht, der EuGH hat die Formel, die er in Kásler entwickelt hat, in weiterer Folge immer wieder und mit erstaunlichen Variationen aufgegriffen. →

19) F. Bydliński, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 159; Möslein, Dispositives Recht 36.

20) Siehe unten B.2.b) und C.1.

21) Leitner, Keine geltungserhaltende Auslegung von AGB auch im Individualverfahren, *ecolex* 2015, 754 (755) mit der Forderung der kundenfeindlichsten Auslegung auch im Individualprozess; dagegen Bollenberger, Vertragsabschluss unter beiderseitig verdünnter Willensfreiheit, *ÖBA* 2016, 26 (29).

22) Spitzer, § 25 TKG: Alte Fragen, keine neuen Probleme, *RdW* 2018, 490 (495).

23) Faber, Kein Schließen von Vertragslücken durch dispositives Recht nach Wegfall missbräuchlicher AGB-Klauseln in Verbraucherverträgen? *ÖJZ* 2018, 989 (992).

24) Angyan/Pehm, Forum für Zivilrecht in Traunkirchen: OGH Cercle 2018, *ÖJZ* 2019, 615 (618).

25) EuGH 30. 4. 2014, C-26/13, Kásler.

26) 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.“

27) OGH 9 Ob 85/17 s *ÖBA* 2018/2494 (Faber) = *ecolex* 2019/86 (Schoditsch). Siehe auch OGH 8 Ob 1/18 g.

28) EuGH 30. 4. 2014, C-26/13, Kásler, Rn 76: „Mit seiner dritten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art 6 Abs 1 der Richtlinie 93/13 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, dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die es dem nationalen Gericht ermöglicht, der Nichtigkeit der missbräuchlichen Klausel abzu- helfen, indem es sie durch eine dispositive Vorschrift des nationalen Rechts ersetzt.“

29) Faber, *ÖJZ* 2018, 989 (991); so schon ders., Auslegung von EuGH-Entscheidungen, *JB* 2017, 697 (706 f, 709); diesem folgend Spitzer, *RdW* 2018, 490 (496); Iro/Kellner/Riss in Bollenberger/Oppitz (Hrsg), *Bankvertragsrecht I<sup>3</sup>* (2019) Rz 1/58; Kronthaler in GeKo Wohnrecht II § 6 KSchG Rz 110 f; insoweit auch noch zust Told, Folgen missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen (1. Teil), *JB* 2019, 541 (547 f, 550); Gsell, Prävention als oberstes Ziel der Klauselkontrolle bei Verbraucherverträgen? in Leupold (Hrsg), *Forum Verbraucherrecht* 2015 (2015) 35 (43 ff); dies, Grenzen des Rückgriffs auf dispositives Gesetzesrecht zur Ersetzung unwirksamer Klauseln in Verbraucherverträgen, *JZ* 2019, 751 (752 f).

30) BGH 6. 4. 2016, VIII ZR 79/15 *NJW* 2017, 320.

31) Told, *JB* 2019, 541 (550 f).

Bemerkenswert ist zunächst, dass sich die folgende Entwicklung auf der Ebene bloßer obiter dicta und ohne sichtbares Problembewusstsein abspielt.<sup>32)</sup> So wird der *Kásler*-Leitsatz als Nächstes in der vom OGH ebenfalls herangezogenen Rs *Unicaja Banco* aufgegriffen, in der es plötzlich heißt: „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>33)</sup>

Ein solcher – zumal etwas hemdsärmeliger – Rechtssatz über die Bestrafung des Verbrauchers wäre weniger eine Evolution als eine Revolution von *Kásler*, weil – worauf *Faber* hinweist<sup>34)</sup> – auf einmal eine hinreichende zur notwendigen Bedingung avanciert. Erstaunlich ist, dass der EuGH für dieses aliud mit erheblicher vertragsrechtlicher Sprengkraft dennoch nur lapidar auf *Kásler* verweist,<sup>35)</sup> ganz als referierte er bloß den Status quo und krepelte nicht gerade das Vertragsrecht um. Die Vermutung eines Missverständnisses liegt nahe. Aus dem routinemäßigen Zitat und aus dem Umstand, dass es in der Entscheidung gar nicht um dispositives Recht ging, leitet *Faber* daher ab, dass sich der *Unicaja*-Senat beim Referat der Entscheidung des *Kásler*-Senats vergaloppiert hat, und empfiehlt – methodisch unterfüttert – ein „Ignorieren“, woran auch die nochmalige Wiederholung des Rechtssatzes in *Ibercaja Banco*<sup>36)</sup> nichts ändern soll.<sup>37)</sup>

Der nächste Meilenstein ist die Entscheidung in den verbundenen Rs *Santander* und *Escobedo Cortés*. Das spanische Höchstgericht wollte sich der Unionsrechtskonformität seiner neuen (im Nachgang zur Rs *Banco Español*<sup>38)</sup> entwickelten) Rsp versichern. Seine (über) vorsichtige Anfrage wird dahin positiv beantwortet, dass die KlauselRL einer nationalen Rsp nicht entgegenstehe, „wonach die Folge der Missbräuchlichkeit einer [Verzugszinsklausel] im gänzlichen Wegfall [der Verzugszinsen] besteht, während die vertraglich vorgesehenen Darlehenszinsen weiterhin anfallen.“<sup>39)</sup>

Warum der EuGH danach gefragt werden musste, ist zwar schleierhaft; jedenfalls hat er damit aber nur entschieden, dass es **zulässig** ist, die Lücke **nicht** mit dem gesetzlichen Verzugszinssatz zu schließen; er hat nicht erklärt, dass es **verboten** wäre, das schon zu tun.<sup>40)</sup> Das ist nicht der sophistische Versuch, die Bedeutung einer – wenn auch inhaltlich bisher nicht begründeten und prima facie suspekten – Rsp kleinzuhalten, sondern im Gegenteil Respekt vor dem, was der EuGH gesagt hat und was nicht.

Die Wirkmacht der *Santander/Escobedo*-Entscheidung sollte man dennoch nicht unterschätzen, hat sie doch von *Westphalen* jüngst dazu veranlasst, die referierte Rsp des BGH als „nicht mehr haltbar“ zu bezeichnen.<sup>41)</sup> ME ist das Gegenteil der Fall. Sie ist nicht nur haltbar, sie ist auch haltenswert.

An diesem Befund ändert die Folgeentscheidung in den verbundenen Rs *Abanca/Bankia* nichts.<sup>42)</sup> Es geht auch hier um „Konsequenzen, die aus der Feststellung

der Missbräuchlichkeit“<sup>43)</sup> einer AGB-Klausel resultieren.

Eine Vorlagefrage richtet sich nach etwas, was aus österr Perspektive als geltungserhaltende Reduktion<sup>44)</sup> zu bezeichnen wäre (ob bei einer Klausel „die Bestandteile, die sie missbräuchlich machen, gestrichen werden“ dürfen).<sup>45)</sup> Das erklärt der EuGH für unzulässig: „Wenn das nationale Gericht die Nichtigkeit einer missbräuchlichen Klausel in einem zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher geschlossenen Vertrag feststellt, ist [es ihm nicht erlaubt], diesen Vertrag durch Abänderung des Inhalts dieser Klausel anzupassen“<sup>46)</sup> um nicht „den Abschreckungseffekt zu beseitigen, der für die Gewerbetreibenden darin besteht, dass solche missbräuchlichen Klauseln gegenüber dem Verbraucher schlicht unangewendet bleiben.“<sup>47)</sup> So weit, so gut, es geht dem EuGH also um die geltungserhaltende Anpassung einer Klausel durch das Gericht.<sup>48)</sup> Konkret war fraglich, ob ein missglückter Terminsverlust durch „die bloße [!] Aufhebung des Fälligkeitsgrundes, der die in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Klauseln missbräuchlich macht“<sup>49)</sup> gerettet werden konnte.

Nichts davon hat mit dispositivem Recht zu tun, bis plötzlich die Idee ventiliert wird, „dass die missbräuchliche Klausel durch die neue Fassung des Art 693 Abs 2 LEC ersetzt [werden könnte], die die vorzeitige Fälligkeit dieser Verträge ermöglicht, nachdem der Schuldner mit mindestens drei Monatsraten im Rückstand ist.“<sup>50)</sup> Was zunächst tatsächlich nach der Ergänzung eines lückenhaft gewordenen Vertrags durch dispositives Recht klingt, entpuppt sich rasch als weitere Fata Morgana: Es stellt sich nämlich heraus, dass die relevante Norm ein spanisches Pendant zu § 14 Abs 3 VKrG und § 18 Abs 3 HIKrG ist, also gerade keine reguläre dispositive Norm, sondern vielmehr die Option, unter bestimmten Voraussetzungen einen Terminsverlust zu vereinbaren!<sup>51)</sup>

32) Vgl die Kritik von *Rösler*, Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts (2012) 456, wonach der EuGH beim Befolgen früherer Entscheidungen nicht klar zwischen obiter dicta und rationes decidendi unterscheidet.

33) EuGH 21. 1. 2015, verb Rs C-482/13, C-484/13, C-485/13 und C-487/13, *Unicaja Banco*, Rn 33.

34) *Faber*, ÖJZ 2018, 989 (990 ff).

35) „Rn. 82 bis 84“.

36) EuGH 17. 3. 2016, C-613/15, *Ibercaja Banco*, Rn 38.

37) *Faber*, ÖJZ 2018, 989 (991 f).

38) EuGH 14. 6. 2012, C-618/10, *Banco Español*.

39) EuGH 7. 8. 2018, verb Rs C-96/16 und C-94/17, *Santander* und *Escobedo Cortés*, Rn 79.

40) Siehe zur diesbezüglichen Auffassung der Kommission noch unten B.3.b).

41) *Graf von Westphalen*, Ersetzung einer missbräuchlichen Klausel durch dispositives nationales Recht? BB 2019, 67 (74).

42) EuGH 26. 3. 2019, verb Rs C-70/17 und C-179/17, *Abanca/Bankia*.

43) Rn 2.

44) Siehe zu dieser jüngst *Dedual*, Geltungserhaltende Reduktion (2017).

45) Rn 48.

46) Rn 53.

47) Rn 54.

48) Die von GA *Szpunar* (13. 9. 2018, verb Rs C-70/17 und C-179/17, *Abanca/Bankia*, Rn 84 ff) erörterte Frage der Teilbarkeit einer Klausel in einen zulässigen und einen unzulässigen Teil – Stichwort: blue pencil test – hat der EuGH nicht aufgegriffen. Siehe dazu *Geroldinger*, Klauselbegriff und „blue pencil test“ in der AGB-Rechtsprechung, ALJ 2015, 196.

49) Rn 55.

50) Rn 61.

51) Zu solchen Fällen „optionaler Regelungserlaubnis“ *Bollenberger*, ÖBA 2016, 26 (28 f).

Da ein solcher Terminsverlust aber nicht vereinbart worden war, erlaubt der EuGH in der Rs *Abanca/Bankia*, einen unwirksam vereinbarten Terminsverlust so „umzuschreiben“ dass er wirksam wird. Der Grund für diese prima facie überraschende Befugnis zum „geltungserzeugenden Umformulieren“ hat indes nichts mit einer Ergänzung durch dispositives Recht zu tun. Er dürfte vielmehr in den Untiefen des spanischen Exekutionsrechts schlummern, wo eine wirksame Version der unwirksamen Klausel für den Verbraucher offenbar in ein vorteilhafteres Vollstreckungsverfahren führt. Ein Erkenntnisgewinn für die Rolle dispositiver Normen ergibt sich daraus nicht.

Damit bleibt die aktuelle Rs *Dziubak*,<sup>52)</sup> bei der es um den Mechanismus zur Wechselkursbestimmung bei einem Fremdwährungskredit ging.<sup>53)</sup> Beim Wegfall dieses Mechanismus war es „vertragsintern“ unmöglich, die an CHF gekoppelte Zloty-Zahllast zu bestimmen.

Der EuGH rekapituliert seine bisherige Rsp dahingehend, dass er „davon ausgegangen“ sei, dass eine Lückenschließung durch dispositives Recht zulässig sei, „wobei diese Befugnis allerdings auf Fälle beschränkt ist, in denen die Streichung dieser missbräuchlichen Klausel den Richter zwingen würde, diesen Vertrag in seiner Gesamtheit für unwirksam zu erklären, was für den Verbraucher besonders nachteilige Folgen hätte, so dass dieser dadurch geschädigt würde“.<sup>54)</sup> Dass der EuGH dafür auf die Rs *Kásler* und *Abanca/Bankia* verweist, kann schon nicht mehr verwundern. Dass der EuGH das in *Kásler* nicht gesagt hat und dass es darum in *Abanca/Bankia* nicht gegangen ist, sollte dabei aber trotzdem nicht vergessen werden.

Denn auch in *Dziubak* geht es nicht darum. Die Vorlagefrage des polnischen Gerichts ging in den Worten des EuGH dahin, „ob es für den Fall, dass die Nichtigerklärung dieses Vertrags für den Verbraucher nachteilig ist, zulässig ist, die Lücke dieses Vertrags auf der Grundlage nationaler Bestimmungen nicht des dispositiven Rechts [!], sondern allgemeiner Art zu schließen, die auf Regeln des gesellschaftlichen Zusammenlebens und auf die Verkehrssitte Bezug nehmen“.<sup>55)</sup> Die Lückenschließung sollte also nach einer ähnlichen Norm wie § 914 aE ABGB erfolgen, nach der ein Rechtsgeschäft auch die sich „aus den Grundsätzen des gesellschaftlichen Zusammenlebens und aus der Verkehrssitte ergebenden Wirkungen“ entfaltet (Art 56 polnisches ZGB).<sup>56)</sup>

Für den EuGH war sein rekapitulierender Verweis auf die vermeintliche *Kásler*-Rsp daher nur ein argumentatives Durchgangsstadium zum eigentlichen Problem.<sup>57)</sup> Die Lückenschließung durch dispositives Recht sei (unter welchen Umständen auch immer) deshalb zulässig, weil diese Bestimmungen „das Gleichgewicht widerspiegeln, das der nationale Gesetzgeber zwischen allen Rechten und Pflichten der Parteien bestimmter Verträge in Fällen herstellen wollte, in denen die Parteien entweder nicht von einer vom nationalen Gesetzgeber für die betreffenden Verträge vorgesehenen Standardregel abgewichen sind oder ausdrücklich für die Anwendbarkeit einer vom nationalen Gesetzgeber zu diesem Zweck eingeführten Regel optiert haben“.<sup>58)</sup> Anders verhalte es sich mit Normen wie Art 56 ZGB, weil diese „nicht Gegenstand einer besonderen Prüfung

durch den Gesetzgeber im Hinblick auf die Herstellung dieses Gleichgewichts gewesen“ seien.<sup>59)</sup>

Das stimmt nur zum Teil und führt jedenfalls argumentativ nicht wesentlich weiter: Das konkrete Gleichgewicht kann natürlich nicht in einer abstrakten Blankettnorm wie § 914 ABGB gefunden werden, sondern dann eben vom Richter. Das dürfte den EuGH aber nicht überzeugt haben, vielmehr sei eine Lückenschließung nicht zulässig „auf der Grundlage von allgemeinen nationalen Vorschriften, die die in einem Rechtsgeschäft zum Ausdruck gebrachten Wirkungen auch nach den Grundsätzen der Billigkeit oder der Verkehrssitte bestimmen und bei denen es sich weder um dispositive Bestimmungen noch um Vorschriften handelt, die im Falle einer entsprechenden Vereinbarung der Vertragsparteien anwendbar sind“.<sup>60)</sup>

Diese Skepsis gegenüber den Gerichten mit Blick auf die inhaltliche Sachgerechtigkeit einer Entscheidung mag man teilen oder – wie der Verfasser – nicht,<sup>61)</sup> für das Problem der Lückenfüllung durch dispositives Recht folgt daraus aber ein weiteres Mal nichts.

### 3. Schlussfolgerung

#### a) Strukturprobleme

Insgesamt präsentiert sich die von *Kásler* angestoßene Rechtsprechungslinie damit als das Resultat verschiedener, im Europäischen Privatrecht sattsam bekannter Probleme.

Der EuGH entscheidet über konkrete Vorlagefragen, seine Aussagen haben aber notwendig einen Hang zum Allgemeinen. Darin unterscheidet sich der EuGH nicht von anderen Höchstgerichten.

Allerdings tun sich nationale Gerichte oft schwer damit, sinnvolle „europäische“ Vorlagefragen zu formulieren, und spielen gleichzeitig bisweilen Rechtsfragen über den EuGH, mit denen der EuGH eigentlich nichts zu tun hat. Ein eindrucksvolles Beispiel für diese unheilvolle Mischung ist die Rs *Abanca/Bankia*. Die Vorlagefragen sind nichts weniger als unverständlich.<sup>62)</sup> Das eigentliche Problem des Ausgangsverfahrens

52) EuGH 3. 10. 2019, C-260/18, *Dziubak*.

53) Zur Struktur im konkreten Fall *Koch*, Wie relevant ist *Dziubak* in Österreich? VbR 2020, 39; s auch *Schumacher/Urban*, Sprengkraft für Frankenkredite, VbR 2020, 38.

54) Rn 48.

55) Rn 24.

56) Rn 8.

57) *Rösler*, Europäische Gerichtsbarkeit 457, spricht von einer wenig benutzerfreundlichen „Bausteintechnik“: „Zumeist referiert der EuGH seine eigene bisherige Rechtsprechung mit sperrigen und teils gewunden formulierten Versatzstücken, die wie ausgeschnitten wirken.“

58) Rn 60.

59) Rn 61.

60) Rn 62. Der Verweis auf die Vorschriften, die im Falle der Vereinbarung anwendbar sind, ist der isoliert schwer verständliche Versuch, die Rs *Abanca/Bankia* abzubilden.

61) Siehe dazu unten C.1.

62) Vgl die erste Frage in der Rs *Abanca/Bankia* Rn 40: „Stehen die Art 6 und 7 der Richtlinie 93/13 einer Rechtsprechung (Urteil des Tribunal Supremo [Oberster Gerichtshof] vom 18. Februar 2016) entgegen, wonach eine Hypothekenvollstreckung trotz des Umstands, dass die Klausel über die vorzeitige Fälligkeit missbräuchlich ist und dass es sich bei ihr um die den Vollstreckungsantrag begründende Klausel handelt, nicht eingestellt werden muss, weil die Fortsetzung der Vollstreckung für den Verbraucher vorteilhafter ist, da er im Fall der etwaigen Vollstreckung eines in

rens ist in Spanien hausgemacht: Wenn es ein günstigeres und ein ungünstigeres Exekutionsrecht gibt, wäre es die selbstverständliche Aufgabe des nationalen Gerichts, dafür zu sorgen, dass der Verbraucher nicht aus dem für ihn günstigen Exekutionsrecht „hinauskippt“, nur weil ihn eine AGB-Klausel benachteiligt. Das ist weniger Europarecht als Hausverstand.

So sehr die nationalen Gerichte also dazu beitragen, dass sich Entscheidungen wie im Gefolge von *Kásler* dahinschleppen, so wenig hat es auch der EuGH zur Meisterschaft darin gebracht, aus konkreten Fällen allgemein gültige Rechtssätze herauszuschälen, die ein hinreichendes Bewusstsein für Systemzusammenhänge erahnen lassen. Wenngleich seine Aufgabe in der Auslegung von Unionsrecht besteht, läuft die konkrete Entscheidung nämlich doch meist auf die Unionsrechtskonformität oder Unionsrechtswidrigkeit einer speziellen nationalen Norm hinaus, wozu aber wiederum generelle Aussagen fallen. Konkurrenzprobleme des spanischen Exekutionsrechts sind aber nicht dazu prädestiniert, allgemeine vertragsrechtliche Prinzipien herauszubilden.

Sonst wird die Rechtsentwicklung auf den Kopf gestellt. Normalerweise kristallisieren sich aus allgemeinen Problemen allgemeine Maximen heraus. Wenn sich zeigt, dass diese Maximen in manchen Konstellationen nicht überzeugen, werden im Laufe der Zeit Ausnahmen aus ihnen herausgeschnitten. Vielleicht verfeinert sich das Bild in weiterer Folge noch zu Gegenmaßnahmen oder weiterer Differenzierung von Fallgruppen. Irgendwann präsentiert sich ein möglichst schlüssiges Gesamtbild vitalen Privatrechts.

Der EuGH bekommt allerdings zu selten die Gelegenheit, sich zu allgemeinen Problemen zu äußern. Vorgelegt wird, was „schwierig“ ist. So ist erklärbar, dass sich fast alle Entscheidungen des EuGH zum Problemkreis der Lückenfüllung mit sehr komplizierten Verträgen und noch komplizierteren Klauseln beschäftigen, nämlich mit Fremdwährungskrediten und Zinsgleitklauseln.

Wer wäre schon auf die Idee kommen, dem EuGH vorzulegen, ob man beim Wegfall einer Verzugsregelung die §§ 918 ff ABGB zurate ziehen darf? Das war so lange sonnenklar, bis zur Maxime stilisierte Sonderprobleme übergeschwappt sind. Es gilt daher für Rsp und L, wachsam zu sein, wenn sich auf europäischer Ebene – und sei es nur als obiter dicta – Trends abzeichnen. Was zunächst nur im Verborgenen blüht, droht beim EuGH bald alles andere zu überwuchern. Die Chance nationaler Gerichte wäre es, durch Vorlagen, die mit Blick auf den Sachverhalt und auf die Formulierung der Vorlagefragen strategisch gewählt sind, Einfluss auf diesen Prozess zu nehmen.

Wenn so zentrale Fragen wie die Lückenfüllung durch dispositives Recht umstritten werden, würde es sich daher anbieten, dem EuGH nicht immer nur pathologische Fälle vorzulegen. Hard cases make bad law. Deswegen wurde die Rechtsgeschäftslehre auch nicht anhand von Fremdwährungskrediten entwickelt. Deshalb sollte die Rechtsgeschäftslehre auch nicht anhand von Fremdwährungskrediten umgeschrieben werden. So sehr vorstellbar ist, dass der EuGH bei einem missglückten Fremdwährungskredit die Ansicht vertritt,

dass aus Verbraucherschutzgründen der Umrechnungsmechanismus nicht ersetzt werden darf, so zweifelhaft erscheint es, dass der EuGH einem Unternehmer ein Rücktrittsrecht nach § 918 ABGB auch dann nehmen würde, wenn der Verbraucher jahrelang in Verzug ist.

Dass der EuGH die Ausstrahlung seiner Rsp ins Grundsätzliche nicht selbst stärker ins Kalkül zieht, mag man bedauerlich finden, ist aber nun einmal so. Dieses Manko wird durch die organisationsrechtliche DNA des EuGH begünstigt, die nicht sicherstellt, dass fachlich einschlägige Richter zum Zug kommen. Stattdessen muss jeder alles können, was an sich schon viel verlangt ist und vor den so verschiedenen nationalen Hintergründen endgültig zum Irrealen wird.<sup>63</sup> Nur so lässt sich aber erklären, wie fahrlässig sich eine per se nicht zu beanstandende Antwort auf eine sehr spezielle Frage aus dem Kontext von *Kásler* im Handumdrehen zu rechtsgeschäftlichem Sprengstoff entwickelt hat und wie diese Version sichtlich ohne Bewusstsein des dadurch bewirkten Bruchs und der dadurch drohenden Kollateralschäden im allgemeinen Vertragsrecht fortgeschrieben wird.

## b) Aussichten

Was folgt daraus für Lückenfüllung durch dispositives Recht? *Dziubak* markiert zweifellos nur das vorläufige Ende einer ganz merkwürdigen Kette an Entscheidungen, in der sich der EuGH selbst hinterherläuft und gleichzeitig unbewusst vorausmarschiert. Die verwendeten Formulierungen suggerieren mit Selbstverständlichkeit eine Rechtslage, die nicht nur nicht selbstverständlich ist, sondern so noch in keinem Fall judiziert wurde! Wie der EuGH wirklich zur Lückenschließung durch dispositives Recht steht, ist nach Lektüre der Rsp überraschenderweise ungeklärt.

Hier hat das der Verzugsfall illustriert, *Faber* fragt noch weiter und bewusst ad absurdum, ob eine unwirksame Regelung über die Haftung des Verbrauchers dann seine Schadenersatzpflicht auch unter allen erdenklichen Umständen ausschließen soll.<sup>64</sup> Das kann man dem EuGH natürlich nicht unterstellen, was zum perplexen Ergebnis führt, dass trotz gefestigter Leitsätze des EuGH die Lückenfüllung durch dispositives Recht offen ist. Hat sich die Sicherheit der Rechtslage aber als bloße Scheinsicherheit entpuppt, lässt sich na-

einem Erkenntnisverfahren nach Art 1124 des Zivilgesetzbuchs ergangenen Urteils nicht in den Genuss der nur bei einer Hypothekenvollstreckung bestehenden Verfahrensprivilegien kommen könnte, wonach aber nicht berücksichtigt wird, dass nach ständiger und gefestigter Rechtsprechung des Tribunal Supremo (Oberster Gerichtshof) Art 1124 des Zivilgesetzbuchs (der für Verträge vorgesehen ist, die wechselseitige Verpflichtungen begründen) nicht auf den Darlehensvertrag anwendbar ist, bei dem es sich um einen einseitigen dinglichen Vertrag handelt, der erst mit der Übergabe des Geldes zustande kommt und als solcher lediglich Verpflichtungen für den Darlehensnehmer und nicht für den Darlehensgeber (Gläubiger) erzeugt, so dass der Verbraucher, wenn im Erkenntnisverfahren dieser Rechtsprechung des Tribunal Supremo (Oberster Gerichtshof) gefolgt würde, eine das Auflösungs- und Schadenersatzbegehren ablehnende Entscheidung erlangen könnte und somit nicht geltend gemacht werden könnte, dass die Fortsetzung der Hypothekenvollstreckung für ihn vorteilhafter wäre?“

63) Vgl Rösler, Europäische Gerichtsbarkeit 164: „Vielfach fehlen schlicht der Sachverstand und die Zeit für eine eingehende Gesamtanalyse der komplexen Rechtssachen.“

64) *Faber*, ÖJZ 2018, 989 (992).

turgemäß nicht prognostizieren, wie der EuGH entscheiden wird, wenn er einmal wirklich entscheiden muss.

In einem ersten Schritt wäre dabei zu klären, was für einen Ausschluss unverdächtigen dispositiven Rechts spricht. Der EuGH singt in *Dziubak* selbst ein Loblied auf das darin widerspiegelte Gleichgewicht und die besondere Prüfung durch den Gesetzgeber.<sup>65)</sup> Warum soll eine solche Regelung nicht an die Stelle einer unwirksamen Regelung treten, wenn sie ohne Vereinbarung von vornherein so gegolten hätte?

Das Argument der Abschreckung greift hier nicht in dem Maß wie gegen die geltungserhaltende Reduktion. Dort wird üblicherweise eingewendet, dass es nicht Aufgabe des Gerichts sei, den Vertrag auf das zurückzustutzen, was gerade noch zulässig ist,<sup>66)</sup> und dass eine solche Reduktion den unerwünschten Effekt hätte, die Fallhöhe des Unternehmers aufs Angenehmste zu reduzieren.<sup>67)</sup> Ihm könnte nichts Schlimmeres passieren als das Beste gerade noch Zulässige. Mit so einer Fall-back-Position macht AGB-Gestaltung Spaß.<sup>68)</sup> Dass das Ergebnis einer solchen geltungserhaltenden Reduktion im Regelfall noch dazu intransparent wäre – weil auch Klauseln wie ein Haftungsausschluss „soweit gesetzlich zulässig“ intransparent sind<sup>69)</sup> –, gibt ihr endgültig den Rest.

Ob irgendwelche dieser Begründungen gegen eine geltungserhaltende Reduktion auch für dispositives Recht zutreffen, bedürfte vertiefter gesonderter Überlegung, die jedenfalls der EuGH bisher nicht unternommen hat. Auf einen ersten Blick lassen sich die Argumente gegen das Zurechtstutzen spezieller Klauseln jedenfalls nicht ohne weiteres auf generelle Normen mit hoher Richtigkeitsgewähr umlegen. Das führt zur Frage, ob Effektivität und Abschreckung als vom EuGH angeführte Motive mit beliebigen Mitteln erlaubt sind, also auch mit dem Ausschluss der Anwendung passender Normen mit hohem Gerechtigkeitsgehalt, oder ob eine abschreckende vertragsrechtliche Sanktion nicht doch in einem Bezug zum Verstoß stehen muss.

Abschreckend wäre nämlich viel,<sup>70)</sup> man könnte dem Verbraucher auch das Recht geben, für jede missbräuchliche Klausel nach Gusto drei nicht missbräuchliche zu streichen oder sich vom Vertrag ganz zu lösen. Der Phantasie sind keine Grenzen gesetzt, die Frage ist nur immer, wie die Phantasie an das konkrete Rechtsproblem rückgekoppelt wird. Dann zeigt sich, dass der Ausschluss von dispositivem Recht nur eine scheinbar konsequente Sanktion ist. Dass ein missbräuchlich geregelter Aspekt nicht sachgerecht, sondern lieber gar nicht geregelt sein soll, ist nämlich bei näherem Hinsehen gar nicht so plausibel.

Das Konzept ist außerdem natürlich unausgegoren. Nimmt man den EuGH beim obiter dictum, könnte sich auch der Verbraucher nicht auf dispositives Recht berufen. Beispielhaft sei angenommen, die Verzugsregelung bevorzugt den Unternehmer sachwidrig und ist daher missbräuchlich: Wenn dann gilt, dass die Befugnis zum Lückenschluss „allerdings auf die Fälle beschränkt [ist], 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>71)</sup> hätte auch der Verbraucher bei Verzug des Unternehmers kein Rücktrittsrecht nach § 918 ABGB. Der Verbraucher würde zwar bestraft, der Vertrag wäre aber nicht insgesamt nichtig.

Dass der EuGH in einem solchen Fall einen Rekurs auf dispositives Recht verbietet, scheint ausgeschlossen. Zu betonen ist aber, dass es ebenso ausgeschlossen ist, solche Fälle innerhalb seiner bisherigen obiter dicta zu lösen. Das unterstreicht die hier vorgebrachte Mahnung: Das Thema Lückenfüllung ist noch keineswegs geklärt. Entgegen dem ersten Eindruck hat der EuGH nämlich nicht entschieden, ob und wie Lückenschließung durch dispositives Recht bei Verträgen funktioniert, die durch Klauselkontrolle unvollständig geworden sind. Obiter dicta aus dem Zusammenhang zu reißen und sie zur allgemeinen Regel zu erheben ist selten eine gute Idee. Die hier referierten Folgeprobleme zeigen aber, dass die obiter dicta noch nicht einmal hinreichend vollständig sind, um zur allgemeinen Regel zu taugen.

Dieser Ruf in der Wüste ist immerhin in guter Gesellschaft, konkret nämlich jener der Europäischen Kommission, die eine ganz aktuelle Bekanntmachung mit „Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der RL 93/13/EWG des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen“ herausgegeben hat. Die Kommission sieht die Rechtslage ebenso.

Nach einem langen Referat der Rsp wendet sie sich 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 ver-

65) EuGH 3. 10. 2019, C-260/18, *Dziubak*, Rn 60.

66) Zur Begriffskontroverse über die Frage der Herabsetzung auf das gerade noch Zulässige oder auf das Angemessene s *Dedual*, Geltungserhaltende Reduktion 31 ff, 218 f; *Fidler* in *Jost/Ratka*, Praxisfragen 151 (162 ff).

67) Auch hier ist es nicht zwingend, das Kind mit dem Bade auszuschütten, wie *Bollenberger*, ÖBA 2016, 26 (34 ff), in den Fällen einer Reduktion auf den Begriffskern gezeigt hat; dagegen *Graf*, Ergänzende Vertragsauslegung bei Nichtigkeit intransparenter AGB-Klauseln, in *Leupold* (Hrsg), Forum Verbraucherrecht 2016 (2016) 1 (2 ff). Ähnlichkeiten zur Reduktion von *Bollenberger* hat die „ergänzende Auslegung“ zur Wiederherstellung des Kernbereichs von *VonKlitch*, Richterliche Vertragsergänzung versus Vertragstransparenz, in *FS Kerschner* (2013) 105 (119).

68) Vgl die ökonomische Analyse von *Dedual*, Geltungserhaltende Reduktion 246 ff.

69) Etwa *Kathrein/Schoditsch* in *KBB*<sup>6</sup> § 6 KSchG Rz 32.

70) Zur sich immer weiterdrehenden europarechtlichen Effektivitätsspirale vgl anlässlich der Haftung nach der DSGVO *Spitzer*, Schadenersatz für Datenschutzverletzungen. Zugleich Bemerkungen zum Diskussionsstand zum Ersatz ideeller Schäden, ÖJZ 2019, 629 (635 f).

71) EuGH 21. 1. 2015, verb Rs C-482/13, C-484/13, C-485/13 und C-487/13, *Unicaja Banco*, Rn 33.

einbar 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>72)</sup>

Unterm Strich: Der EuGH hat bisher nicht judiziert, dass ein Rückgriff auf dispositives Recht zur Schließung von Lücken durch Klauselkontrolle unzulässig wäre. Wie er entscheiden würde, weiß man nach dem bisher Gesagten wenig überraschend nicht. Alles ist offen, der Rest ist Mutmaßung, für ein Begräbnis des dispositiven Rechts ist es jedenfalls zu früh.

#### 4. Intransparenz

##### a) Unterschiedliche Ausgangslage

Bei aller Unklarheit darf allerdings nicht übersehen werden, was klar ist. Falls der EuGH sich wirklich von einer Lückenschließung durch dispositives Recht abwenden sollte, so tut er dies nach seinen bisherigen obiter dicta, um „den Abschreckungseffekt [nicht] zu beseitigen, der für die Gewerbetreibenden darin besteht, dass solche missbräuchlichen Klauseln gegenüber dem Verbraucher schlicht unangewendet bleiben“.<sup>73)</sup>

Ein Ausschluss der Lückenschließung wäre also Folge der Interpretation der Unanwendbarkeit, die Art 6 Abs 1 der KlauselRL für missbräuchliche Klauseln anordnet.

Von intransparenten Klauseln ist dabei nicht die Rede. Damit beschäftigt sich die RL in Art 5, wobei sie nicht nur auf Tatbestands-, sondern auch auf Rechtsfolgenebene differenziert: Missbräuchliche Klauseln sind solche, die „entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Mißverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner“ verursachen (Art 3 Abs 1); sie müssen für den Verbraucher „unverbindlich“ sein (Art 6 Abs 1). Intransparent sind hingegen Klauseln, die nicht „klar und verständlich abgefasst“ sind. „Bei Zweifeln über die Bedeutung einer Klausel gilt die für den Verbraucher günstigste Auslegung“ (Art 5).

Nicht alles, was intransparent ist, ist auch missbräuchlich. Nicht alles, was missbräuchlich ist, ist auch intransparent.<sup>74)</sup>

Der österr Gesetzgeber hat sich autonom<sup>75)</sup> entschlossen, das Transparenzgebot mit denselben Rechtsfolgen auszustatten wie missbräuchliche Klauseln. § 6 Abs 3 KSchG ordnet dementsprechend an, dass unklar oder unverständlich abgefasste Klauseln „unwirksam“ sind, und bedient sich damit einer vergleichbaren Diktion wie § 6 Abs 1 („nicht verbindlich“) und § 879 Abs 3 ABGB („nichtig“). Das ist aufgrund der bloßen Mindestharmonisierung (Art 8 KlauselRL) zwar zulässig, wurde jedoch vielfach als überschießend kritisiert.<sup>76)</sup> Nach F. Bydlinski müsste man wegen der dadurch geschaffenen Probleme von einer „geradezu fahrlässige[n] Fehlleistung des Gesetzgebers“ sprechen, „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>77)</sup>

##### b) Folgen

Die Kritik mag man teilen oder nicht; wenn sich der Gesetzgeber gleiche Rechtsfolgen gewünscht hat, liegt es aber jedenfalls nahe, von gleichen Rechtsfolgen auszugehen.<sup>78)</sup> Das gilt umso mehr, als die Frage, wie das Transparenzgebot in die österr Rechtsordnung integriert werden sollte, intensiv diskutiert wurde.<sup>79)</sup> Die einheitliche nationale Anordnung ist daher sicher kein Zufallsprodukt.

Diesen ersten Eindruck scheint die bereits angesprochene Partnervermittlungs-Entscheidung des OGH zu bestätigen, in der die Lückenschließung durch dispositives Recht unter Verweis auf den EuGH abgelehnt wurde.<sup>80)</sup> Die Lücke war im zugrunde liegenden Fall nämlich nicht wegen Missbräuchlichkeit, sondern aufgrund der Intransparenz einer Entgeltklausel entstanden, sodass die EuGH-Judikatur zur Missbräuchlichkeit zumindest nicht unmittelbar einschlägig war. Daraus wird man – ganz abgesehen von der Frage der inhaltlichen Berechtigung – allerdings nicht einmal ableiten können, dass der OGH eine Übertragung der Missbräuchlichkeits-Rsp auf die Intransparenz befürwortet. Diese Frage wurde nach dem, was der Entscheidung entnommen werden kann, wohl schlicht nicht bedacht, sodass sich deren Vorbildcharakter in Grenzen hält.<sup>81)</sup> Es wäre jedenfalls verfehlt, in ihrem Gefolge davon auszugehen, dass der OGH bei intransparenten Klauseln einen Rückgriff auf dispositive Normen generell ausschließen wollte.

Insofern bleibt eine Vergewisserung über die relevanten Maßstäbe nicht erspart, die der unionsrechtlichen Dimension des Problems entsprechend im Euro-

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

73) EuGH 26. 3. 2019, verb Rs C-70/17 und C-179/17, *Abanca/ Bankia*, Rn 54.

74) Vgl *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>3</sup> § 6 KSchG Rz 207; *Leitner*, Das Transparenzgebot (2005) 38.

75) Ob es die Mitgliedstaaten bei einer Unklarheitenregel (vgl § 915 Fall 2 ABGB) belassen können oder ob sie ebenso wie für missbräuchliche Klauseln Unverbindlichkeit normieren müssen, ist umstritten; vgl *Pfeiffer* in *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht<sup>18</sup> Art 5 Klausel-RL Rz 22; GA *Trstenjak* 13. 9. 2012, C-92/11, *RWE Vertrieb*, Rz 62f; zur Beachtlichkeit von Transparenzaspekten im Rahmen der Missbräuchlichkeitskontrolle EuGH 26. 4. 2012, C-472/10, *Invitel*, Rn 28, 31.

76) *Bollenberger*, ÖBA 2016, 26 (34); *P. Bydlinski*, Allgemeiner Teil<sup>18</sup> (2018) Rz 6/49; *F. Bydlinski*, Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft, AcP 2004, 309 (376f); *Fidler*, Unionsrechtliche Entwicklungen bei der richterlichen Vertragsergänzung, JBI 2014, 693 (702); *ders* in *Jost/Ratka*, Praxisfragen 151 (220f); *Geroldinger*, Ergänzende Auslegung von Verbraucherverträgen trotz Verbots der geltungserhaltenden Reduktion? ÖBA 2013, 27 (28 FN 10); *Häublein*, Vom intransparenten Transparenzgebot, in *FS Echer* (2017) 445 (451f); *Kellner*, Der Anwendungsbereich des Transparenzgebots, RdW 2013, 190 (195); *Vonkilch/Knoll*, Rechtsfolgen bei intransparenter Vereinbarung einer vertraglichen Hauptleistungspflicht, Zak 2017, 384 (385f); *dies*, Nochmals (und aus Anlass von 9 Ob 85/17 s): Rechtsfolgen bei intransparenter Vereinbarung einer vertraglichen Hauptleistungspflicht, RdW 2018, 563 (564f).

77) *F. Bydlinski*, AcP 204, 309 (377); krit auch *Bollenberger*, ÖBA 2016, 26 (30).

78) Siehe *Fidler*, JBI 2014, 693 (702); *Kern*, wbl 2016, 61 (73).

79) ErläutRV 311 BlgNR 20. GP 23f; *Kiendl*, Die Richtlinie des Rates über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und ihre Auswirkung auf das österreichische Recht, JBI 1995, 87 (96f, 100); *Schurr* in *Klang*<sup>3</sup> § 6 KSchG Rz 2 mwN.

80) Oben, B.1.

81) Vgl *Told*, JBI 2019, 623 (628); *Vonkilch/Knoll*, RdW 2018, 563 (564f).



parecht beginnen muss. Geht der nationale Gesetzgeber bei der Richtlinienumsetzung über die Vorgaben der RL hinaus, spricht man von überschießender Umsetzung. Das wohl prominenteste österr Beispiel ist das Gewährleistungsrecht (§§ 922 ff ABGB), das bekanntlich auf die VerbrauchsgüterkaufRL zurückgeht,<sup>82)</sup> aber im Unterschied zur RL auch B2B- und C2C-Geschäfte, Werkverträge und Liegenschaftskäufe erfasst.<sup>83)</sup> Diese Erweiterung war eine rein nationale Entscheidung, weil keine dahingehende Umsetzungsverpflichtung (Art 288 Abs 3 AEUV) bestand. Wo es keine Umsetzungspflicht gibt, gibt es aber auch keine unionsrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Interpretation,<sup>84)</sup> weil diese gerade aus der Umsetzungspflicht folgt.<sup>85)</sup> Dementsprechend richtet sich die Auslegung im Überschussbereich ausschließlich nach nationalem Recht.

Österr Gerichte sind also jedenfalls nicht aufgrund des Unionsrechts dazu verpflichtet, die EuGH-Judikatur zu den Rechtsfolgen missbräuchlicher Klauseln auch bei der – überschießend umgesetzten<sup>86)</sup> – Transparenzkontrolle zu beachten. Die Entscheidung darüber ist vielmehr anhand nationaler Auslegungsmethoden zu treffen.<sup>87)</sup> Dabei spricht der einheitliche Umsetzungswille des nationalen Gesetzgebers natürlich grundsätzlich auch eindeutig für eine einheitliche Auslegung.<sup>88)</sup> Dieses Argument darf aber nicht weiter strapaziert werden, als der Umsetzungswille trägt.<sup>89)</sup>

Raum für gespaltene Auslegung ist nämlich dort, wo der nationale Gesetzgeber bei der überschießenden Umsetzung über den Inhalt der RL irrt.<sup>90)</sup> So war man in Deutschland etwa davon überrascht, dass die HaustürwiderrufsRL<sup>91)</sup> in der Auslegung des EuGH auch hypothekarisch besicherte Kreditverträge erfasste, was das national im Vergleich zur RL großzügiger gewährte Widerrufsrecht bei solchen Verträgen unter Druck setzte.<sup>92)</sup> In Österreich rechnete man bekanntlich nicht damit, dass die VerbrauchsgüterkaufRL nach der Rs *Weber/Putz* den verschuldensunabhängigen Ersatz von Ein- und Ausbaurkosten im Rahmen des gewährleistungsrechtlichen Austauschs vorgibt. An solche kritischen Fälle<sup>93)</sup> konnte der Gesetzgeber bei seiner Strukturentscheidung für eine einheitliche Umsetzung gerade nicht denken, weshalb sich die nationale Auslegungsfrage hier in einer anderen Ausprägung stellt: Überwiegt die Strukturentscheidung zugunsten einer einheitlichen Regelung trotzdem oder sollten derartige, gemessen an den ursprünglichen Erwartungen überschießende Rechtsfolgen nicht in Kauf genommen werden? Zum Haustürwiderruf überwog für den BGH die „durch das deutsche Recht gefordert[e] Gleichbehandlung“, weshalb die Kreditnehmer in den unerwarteten Genuss des großzügigeren nationalen Widerrufsrechts kamen.<sup>94)</sup> Demgegenüber beschränkten OGH und BGH den verschuldensunabhängigen Ersatz von Aus- und Einbaurkosten auf das unionsrechtlich Notwendige,<sup>95)</sup> war man sich vor *Weber/Putz* doch „darüber einig“, dass solche Kosten nur schadenersatzrechtlich relevant sein sollten. Im Unternehmergeschäft, das von der RL nicht erfasst wird, steht daher weiterhin bloß verschuldensabhängig Ersatz zu.<sup>96)</sup>

Eignete sich das dispositive Recht bei missbräuchlichen Klauseln tatsächlich nicht mehr zur Lückenschließung, wäre dementsprechend auch hier die national-gesetzgeberische Strukturentscheidung für eine einheitliche Regelung von Missbräuchlichkeit und Intransparenz gegen die in Österreich damals zweifellos ausnahmslose Vorstellung abzuwägen, dass dispositives Recht sehr wohl bei der Lückenfüllung zum Zug kommt.

Die völlige Selbstverständlichkeit der Lückenschließung hat dabei nicht nur erhebliches historisches Gewicht, sondern folgt auch unmittelbar aus der Funktion des dispositiven Rechts, das ja gerade für den Fall fehlender vertraglicher Vereinbarungen gerechte Rah-

82) RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 5. 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl L 1999/171, 12; vgl nunmehr die RL (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 5. 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, ABl L 2019/136, 28 und die RL (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 5. 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl L 2019/136, 1.

83) *Perner*, EU-Richtlinien und Privatrecht (2012) 124 f.

84) Vgl EuGH 16. 7. 1998, C-264/96, *ICI*, Rn 32 ff; *Jäger*, Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht (2006) 107 ff; *Perner*, EU-Richtlinien 127 ff mwN. Teilweise wird dem freilich entgegengehalten, dass die Möglichkeit gespaltener Auslegung die Befolgung des Unionsrechts im unionsrechtlich determinierten Bereich gefährde; s *W.-H. Roth*, Europäisches Recht und nationales Recht, in FG 50 Jahre BGH II (2000) 847 (884); *Drexel*, Die gemeinschaftsrechtliche Pflicht zur einheitlichen richtlinienkonformen Auslegung hybrider Rechtsnormen und deren Grenzen, in FS Heldrich (2005) 67 (83 ff).

85) Vgl *Canaris*, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in FS F. Bydlinski (2002) 47 (55 ff) mwN.

86) Anders als im Gewährleistungsrecht wurde mit der Vereinheitlichung der Rechtsfolgen von Missbräuchlichkeit und Intransparenz freilich nicht der Anwendungsbereich der KlauselRL erweitert (die RL ist sowohl auf missbräuchliche als auch auf intransparente Klauseln anwendbar), vielmehr ging der nationale Gesetzgeber über die mindestharmonisierende inhaltliche Vorgabe zu intransparenten Klauseln hinaus (Unwirksamkeit statt günstiger Auslegung). Daran knüpft die hA aber nur begriffliche Unterschiede; s *Riehm*, Die überschießende Umsetzung vollharmonisierender EG-Richtlinien im Privatrecht, JZ 2006, 1035 (1036); *Jäger*, Richtlinienumsetzung 64 ff; vgl auch *Brandner*, Die überschießende Umsetzung von Richtlinien (2003) 12 f.

87) Vgl *Fidler*, JBl 2014, 693 (702), wonach man der Rsp des EuGH beim Transparenzgebot ausweichen könne; s auch *Told*, JBl 2019, 623 (624 ff).

88) Vgl *Mayer/Schümbrand*, Einheitlich oder gespalten? – Zur Auslegung nationalen Rechts bei überschießender Umsetzung von Richtlinien, JZ 2004, 545 (550 f); *Jäger*, Richtlinienumsetzung 144 ff; *Perner*, EU-Richtlinien 125 f.

89) *Perner*, EU-Richtlinien 101 ff; *Perner/Spitzer*, Rücktritt von der Lebensversicherung (2020) 29 ff.

90) Siehe *Habersack/Mayer*, Die überschießende Umsetzung von Richtlinien, in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre<sup>3</sup> (2015) § 14 Rz 44; *Jäger*, Richtlinienumsetzung 146 f; *Mayer/Schümbrand*, JZ 2004, 545 (551); *Perner*, EU-Richtlinien 126 f, 129 f.

91) RL 85/577/EWG des Rates vom 20. 12. 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl L 1985/372, 31.

92) Vgl etwa *Habersack/Mayer*, Der Widerruf von Haustürgeschäften, WM 2002, 253; *Franzen*, „Heininger“ und die Folgen: ein Lehrstück zum Gemeinschaftsprivatrecht, JZ 2003, 321.

93) *Mayer/Schümbrand*, JZ 2004, 545 (551).

94) BGH 9. 4. 2002, XI ZR 91/99 NJW 2002, 1881.

95) Zu methodischen Fragen *Perner/Zoppel*, EuGH: Umwälzungen bei der Gewährleistung, RdW 2011, 447; *P. Bydlinski*, Weite verschuldensunabhängige Verkäuferhaftung nach Selbsteinbau durch den Käufer? Zugleich Überlegungen zur rechtlichen Bedeutung von EuGH-Urteilen, ÖJZ 2011, 893.

96) OGH 9 Ob 64/13x EvBl 2014/89 (*Perner*) = VbR 2014/114 (*Steurer*) = ecollex 2015/2 (*Schoditsch*) = ZVB 2014, 363 (*Kraus*); BGH VIII ZR 226/11 NJW 2013, 330.

menbedingungen für den Rechtsverkehr schafft.<sup>97)</sup> Durch die nationale Brille betrachtet,<sup>98)</sup> ist die Maßgeblichkeit dispositiven Rechts daher nicht nur eine historische, sondern auch eine teleologische Konstante.

Sollte der EuGH auf unionsrechtlicher Ebene bei missbräuchlichen Klauseln mit dieser Konstante brechen, spricht in Anbetracht der Größe und Reichweite und der Unvorhersehbarkeit des Systembruchs daher viel dafür, durch gespaltene Auslegung nationale Schadensbegrenzung zu betreiben: Wo die Vorgaben des EuGH nicht befolgt werden müssen, steht einer sachgerechten Regelung nichts im Weg. Im Ergebnis wäre die Lückenschließung durch dispositives Recht dann dementsprechend nur im Bereich der KlauselRL, also im Rahmen der Inhaltskontrolle unzulässig. Da die Transparenzkontrolle dahingehend nicht richtlinien-determiniert ist, bliebe es hierbei demgegenüber bei den traditionellen nationalen Mechanismen.<sup>99)</sup>

### C. Lückenfüllung durch ergänzende Vertragsauslegung

Es hat sich gezeigt, dass die Lückenschließung durch dispositives Recht nach einer verbreiteten Ansicht – die sich je nach Fassung nur oder immerhin auf eine Reihe von obiter dicta des EuGH stützen kann – bei missbräuchlichen Klauseln unzulässig sein soll.<sup>100)</sup> Daran wurden hier nicht nur erhebliche Zweifel angemeldet, sondern auch betont, dass selbst unter Zugrundelegung solcher Vorgaben Lücken durch intransparente Klauseln anders zu behandeln wären.

Die Frage der Zulässigkeit der Lückenschließung nach Klauselkontrolle stellt sich allerdings nicht nur bei dispositivem Recht, sondern auch bei ergänzender Vertragsauslegung, *Vonkilch* spricht von „eine[r] der Gretchenfragen sowohl der heimischen als auch der europäischen Vertragsrechtsdogmatik“.<sup>101)</sup> Der Umgang damit ist durch jenen mit dispositivem Recht nur in einem Punkt vorgeprägt: Wer schon dispositives Recht nicht gelten lassen will, wird auch mit ergänzender Vertragsauslegung wenig Freude haben.<sup>102)</sup>

Als Einstieg ins Problem und Zeugnis eines unbefangenen Umgangs mit Lücken soll das Beispiel einer unwirksamen Preisanpassungsklausel in einem Gasversorgungsvertrag dienen. Zur Rückzahlung unwirksam angepasster Entgelte urteilt der BGH in gefestigter Rsp.<sup>103)</sup>

Nach Wegfall der Klausel liege eine Lücke vor, denn „beide Parteien waren sich bei Vertragsschluss einig, dass der vereinbarte (Anfangs-)Preis nur zu Beginn des Versorgungsverhältnisses gelten und bei späteren Änderungen der allgemeinen Tarife ein anderer Preis geschuldet sein sollte“. Diese Lücke sei „im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung [...] in der Weise zu schließen, dass die Bekl die Unwirksamkeit [von Preiserhöhungen] nicht geltend machen kann, wenn sie sie nicht innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren nach Zugang der jeweiligen Jahresabrechnungen, in der die Preiserhöhung erstmals berücksichtigt worden ist, beanstandet hat“.

Der BGH sorgt sich also um den Unternehmer, der sonst lange rückwirkend und überraschend mit nicht kostendeckenden Verträgen konfrontiert wäre.<sup>104)</sup> Deshalb würde der ersatzlose Wegfall der Preisanpassungs-

klausel „zu einem nach dem ursprünglichen Regelungsplan der Parteien untragbaren Ergebnis führen“.<sup>105)</sup> Ergänzende Vertragsauslegung sei hier zulässig,<sup>106)</sup> weil „sich die mit dem Wegfall einer unwirksamen Klausel entstehende Lücke nicht durch dispositives Gesetzesrecht füllen lässt und dies zu einem Ergebnis führt, das den beiderseitigen Interessen nicht mehr in vertretbarer Weise Rechnung trägt, sondern das Vertragsgefüge völlig einseitig zu Gunsten des Kunden verschiebt“.

Weitwendige Befassungen des EuGH mit dieser sogenannten „Drei-Jahres-Lösung“ hält der BGH – wie *Fervers/Gsell* zeigen: durchaus ambitioniert<sup>107)</sup> – nicht für zielführend, schwanke die richtige Auslegung der Art 6 und 7 der KlauselRL doch ohnehin zwischen *acte éclairé* und *acte clair*.<sup>108)</sup>

Daraus lässt sich zweierlei ableiten: Einerseits gilt offenbar auch für den Umgang mit dem EuGH: Zu Tode gefürchtet, ist auch gestorben, ein Vorwurf, den sich der BGH nicht machen muss. Andererseits ist es jedenfalls mit Blick auf den BGH offenbar zu früh, die ergänzende Vertragsauslegung zu begraben, wenngleich *Pfeiffer* zu Recht die vom BGH postulierte Klarheit für „inzwischen nur noch schwerlich vertretbar“ hält.<sup>109)</sup>

97) *F. Bydliński*, System 159.

98) Vgl *Perner*, EU-Richtlinien 129.

99) Vgl *Vonkilch/Knoll*, RdW 2018, 563 (565); *Told*, JBl 2019, 623 (625).

100) Dies unter dem Extremfall-Vorbehalt, dass der Vertrag sonst undurchführbar wäre und dies dem Verbraucher zum Nachteil gereichen würde.

101) *Vonkilch*, Versicherungsrechtliche Dauerrabattrückforderung qua ergänzender Vertragsauslegung? Zak 2015, 64 (65).

102) *Leupold*, Konsumentenschutz & Justiz – a (green) new deal, VbR 2020, 1; anders *Kurz*, Anm zu EuGH Rs *Unicaja Banco*, VbR 2015, 52, (53).

103) BGH VIII ZR 80/12 NJW 2013, 991; VIII ZR 79/15 NJW 2017, 320; auch das BVerfG hat sich damit befasst, 1 BvR 2160/09, 1 BvR 851/10 NJW 2011, 1339. Krit jüngst *Fervers/Gsell*, Ergänzende Vertragsauslegung bei der AGB-Kontrolle im unionsrechtlichen Kontext, NJW 2019, 2569.

104) Allerdings schlägt der BGH die Brücke zurück zum Verbraucher: Der ersatzlose Wegfall der Klausel würde aufgrund des Vorliegens einer unzumutbaren Härte für den Unternehmer zur Gesamtnichtigkeit des Vertrags führen, was für den Verbraucher wiederum eine ungünstige, weil bereicherungsrechtliche Rückabwicklung zur Folge hätte. Diesen „Trick“ entlarven *Fervers/Gsell*, NJW 2019, 2569 (2571).

105) Diese Erkenntnis ist der Aufhänger für die kreative Argumentation des BGH. „Aus der Aufnahme einer Preisänderungsklausel bei Vertragsschluss wird deutlich, dass sich die Parteien von dem lebensnahen Bewusstsein haben leiten lassen, dass Preisänderungen im Laufe des auf unbestimmte Zeit angelegten Bezugsverhältnisses zu erwarten sind und deshalb der Gefahr einer zukünftigen Äquivalenzstörung in angemessener Weise zu begegnen ist“. „Die Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel führt [...] zu einer nicht mehr hinnehmbaren Störung des Vertragsgefüges, wenn es sich – wie im Streitfall – um ein langjähriges Gasversorgungsverhältnis handelt, der betroffene Kunde den Preiserhöhungen und den darauf basierenden Jahresabrechnungen über einen längeren Zeitraum nicht widersprochen hat und nunmehr auch für länger zurückliegende Zeitabschnitte die Unwirksamkeit der Preiserhöhungen geltend macht. In diesen Fällen vermag die vertraglich vorgesehene, nur in die Zukunft wirkende Kündigungsmöglichkeit des Energieversorgungsunternehmens die Regelungslücke im Vertrag nicht in einer für beide Seiten zumutbaren Weise zu schließen.“

106) Dass die ergänzende Vertragsauslegung auf den Extremfall beschränkt wird, kritisiert *Uffmann*, Richtungswechsel des BGH bei der ergänzenden Vertragsauslegung, NJW 2011, 1313. Allerdings macht es den Eindruck, dass der Extremfall nicht allzu eng verstanden wird.

107) *Fervers/Gsell*, NJW 2019, 2569 (2572 ff).

108) BGH VIII ZR 79/15 NJW 2017, 320; VIII ZR 241/15 NJW-RR 2017, 557.

109) *Pfeiffer*, Anm zu EuGH Rs *Dziubak*, LMK 2019, 424169; s auch *dens*, Anm zu EuGH Rs *Dziubak*, IWRZ 2020, 16; *Fervers/Gsell*, NJW 2019, 2569 (2570 f) mwN.

Wie stellt sich die Lage in Österreich dar? Wiederrum ist es zweckmäßig, Fallgruppen danach zu bilden, ob die Rechtsfolgen europarechtlich determiniert oder autonom national festgelegt wurden. Wiederrum geht es also einerseits um missbräuchliche und andererseits um intransparente Klauseln.

## 1. Missbräuchliche Klauseln

Missbräuchliche Klauseln, also Klauseln, die „entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Mißverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner“ verursachen (Art 3 Abs 1), müssen für den Verbraucher „unverbindlich“ sein (Art 6 Abs 1).

Es hat sich bereits gezeigt, dass Lücken, die durch die Klauselkontrolle entstanden sind, nach der Rsp des EuGH nach allgemeinen Regeln und nicht nur im Extremfall durch dispositive Normen geschlossen werden dürfen.

Was für ergänzende Vertragsauslegung gelten soll, war lange Gegenstand kontroverser Diskussion.<sup>110)</sup> Nach manchen war eine solche ergänzende Auslegung schon durch die *Banco Español*-Entscheidung des EuGH unzulässig, der nach allgemeinem Verständnis die geltungserhaltende Reduktion zum Opfer gefallen ist.<sup>111)</sup> Dort heißt es, es sei für ein Gericht unzulässig, „wenn es eine missbräuchliche Klausel in einem Vertrag zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher entdeckt, den Inhalt dieser Klausel abzuändern, anstatt schlicht deren Anwendung gegenüber dem Verbraucher auszuschließen“.<sup>112)</sup>

Der BGH zieht daraus die Schlussfolgerung, dass mit dem Europarecht „nur eine geltungserhaltende Reduktion unvereinbar [ist], nicht aber eine ergänzende Vertragsauslegung“.<sup>113)</sup> Ganz ähnlich geht Basedow davon aus, dass gegen ergänzende Vertragsauslegung grundsätzlich nichts spreche.<sup>114)</sup>

Dieser Befund muss seit *Dziubak* allerdings relativiert werden. Dazu hat sich schon gezeigt, dass der EuGH sich nicht mit der Lückenfüllung durch dispositives Recht beschäftigt hat. Er hat sich aber sehr wohl die Frage gestellt, wie mit ergänzender Vertragsauslegung umzugehen ist. Nach Wegfall des Umrechnungsmechanismus wäre ohne Ergänzung der Vertrag erheblich geändert worden, weil der niedrige Zinssatz des Fremdwährungskredits mit der Sicherheit einer Złoty-Zahlung kombiniert worden wäre.<sup>115)</sup>

Der EuGH erinnert daran, dass „der Vertrag für beide Parteien auf derselben Grundlage bindend bleibt, wenn er ohne die missbräuchlichen Klauseln bestehen kann“.<sup>116)</sup> Dabei sei „grundsätzlich anhand der im nationalen Recht vorgesehenen Kriterien zu prüfen, ob in einem konkreten Fall ein Vertrag aufrechterhalten werden kann, wenn einige seiner Klauseln für unwirksam erklärt wurden“.<sup>117)</sup>

Vor der Komplettnichtigkeit des Vertrags hatte das polnische Gericht bei einem in Vollzug gesetzten Fremdwährungskredit verständlicherweise einigen Respekt, sodass es sich die Frage stellte, ob man durch Vertragsergänzung abhelfen dürfte, und zwar „allein auf der Grundlage von allgemeinen nationalen Vorschriften, die die in einem Rechtsgeschäft zum Ausdruck

gebrachten Wirkungen auch nach den Grundsätzen der Billigkeit oder der Verkehrssitte bestimmen“.<sup>118)</sup> Dass hinter dieser Vorschrift ein polnisches Pendant zu § 914 ABGB steckt, wurde bereits gezeigt.<sup>119)</sup>

Der EuGH beschwört zunächst seine obiter dicta: Eine solche Abhilfe gehe nur durch „dispositive Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts oder Vorschriften, die im Falle einer entsprechenden Vereinbarung der Parteien des betreffenden Vertrags anwendbar sind“.<sup>120)</sup> Dieser für sich genommen ominöse Hinweis auf „Vorschriften, die im Falle einer entsprechenden Vereinbarung“ anwendbar sind, ist natürlich eine Referenz an Optionen und damit die umgeschriebene Terminverlustklausel in *Abanca/Bankia*.<sup>121)</sup>

In solchen Normen spiegle sich das Gleichgewicht wider, „das der nationale Gesetzgeber zwischen allen Rechten und Pflichten der Parteien bestimmter Verträge in Fällen herstellen wollte“.<sup>122)</sup> Weil richterliche Vertragsergänzung „nicht Gegenstand einer besonderen Prüfung durch den Gesetzgeber im Hinblick auf die Herstellung dieses Gleichgewichts gewesen“ zu sein „schein[e]“ (!), sei sie nicht zulässig.<sup>123)</sup>

Nimmt man den EuGH beim Wort, dann darf nicht einmal der Gesamtnichtigkeit des Vertrags durch ergänzende Vertragsauslegung abgeholfen werden. Dispositives Recht ist offenbar viel besser als ergänzende

110) Für deren Zulässigkeit *Bollenberger*, ÖBA 2016, 26 (38 ff); *Fenyves* in *Fenyves/Schauer*, VersVG Vor § 1 Rz 93 f; *Geroldinger*, ÖBA 2013, 27 (31 ff); *Graf* in *ABGB-ON*<sup>1.05</sup> § 879 Rz 302; *Kathrein/Schoditsch* in *KBB*<sup>5</sup> § 6 KSchG Rz 4; *Kellner*, Anm zu OGH 5 Ob 114/13 w, ÖBA 2014, 111 (112); *Konwitschka*, Pro ergänzende Vertragsauslegung bei missbräuchlichen Klauseln, VbR 2014, 170; *Kronthaler* in *GeKo Wohnrecht II* § 6 KSchG Rz 114 ff; *Leitner*, Verbietet die Banesto-Entscheidung die ergänzende Vertragsauslegung? VbR 2014, 171; *Palten*, Fällt die ergänzende Vertragsauslegung im Verbrauchergeschäft? VR 2014, 31 (32); *Pletzer*, Erhaltung im Einkaufszentrum, Auslegung und geltungserhaltende Reduktion – Zugleich eine Besprechung von OGH 7 Ob 93/12 w, wobl 2014, 2 (11 f); *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 878 Rz 15; *Schauer*, Der EuGH und die ergänzende Vertragsauslegung: Konsequenzen der Entscheidung C-618/10, *Banesto*, RdW 2012, 639 (641 f); referierend *Rabl*, Zur aktuellen Judikatur über die ergänzende Vertragsauslegung bei nichtigen Klauseln, ÖBA 2015, 246 (248 f); dagegen *Kern*, wbl 2016, 61 (69 f); *Kolmasch* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar<sup>4</sup> § 879 Rz 25; *Leupold/Ramharter*, ÖBA 2015, 16 (37 f); *Lukas*, Anm zu EuGH Rs *Banco Español*, JBI 2012, 440 (441); *Prader/Walzel von Wiesentreu*, Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, Zulässigkeit der ergänzenden Vertragsauslegung oder wie? RdW 2013, 383 (385); *Graf von Westphalen*, NJW 2012, 1770 (1772 f).

111) Vgl aber die Kritik von *Basedow* in *MüKoBGB*<sup>8</sup> § 306 Rz 17 ff mwN; aA auch *Kehrer*, Zur geltungserhaltenden Reduktion im Verbraucherrecht, RdW 2017, 227. Zur Abgrenzung zwischen geltungserhaltender Reduktion und ergänzender Vertragsauslegung *Fervers/Gsell*, NJW 2019, 2569 (2571); *Fidler* in *Jost/Ratka*, Praxisfragen 151 (159 ff); *Geroldinger*, ÖBA 2013, 27 (28 ff).

112) EuGH 14. 6. 2012, C-618/10, *Banco Español*, Rn 71.

113) BGH VIII ZR 80/12 NJW 2013, 991 Rz 26: „Von der geltungserhaltenden Reduktion unangemessener Klauseln zu unterscheiden ist die ergänzende Vertragsauslegung. Bei ihr geht es nicht darum, einer unangemessenen Klausel im Wege der Auslegung einen anderen, noch angemessenen Inhalt beizulegen, sondern um die Ausfüllung einer Lücke im Vertragsgefüge, die durch den Wegfall der unwirksamen Klausel entsteht.“

114) *Basedow* in *MüKoBGB*<sup>8</sup> § 306 Rz 5, 31 f.

115) EuGH 3. 10. 2019, C-260/18, *Dziubak*, Rn 35.

116) Rn 38.

117) Rn 40.

118) Rn 57.

119) Siehe oben B.2.b).

120) Rn 59.

121) Siehe schon B.2.b).

122) Rn 60.

123) Rn 61.

Vertragsauslegung, wobei zu bezweifeln ist, dass die Grenzen so klar zu ziehen sind, wie dies auf den ersten Blick scheinen mag.<sup>124)</sup> Die Reserviertheit gegenüber ergänzender Vertragsauslegung überzeugt schon deshalb nicht, das Postulat der Überlegenheit dispositiven Rechts geht aber auch inhaltlich fehl. *F. Bydlinski* rückt das Abstellen auf eine Regelung, die redliche Parteien getroffen hätten, als objektiven Maßstab nicht umsonst in die Nähe des dispositiven Rechts. Darin komme gerade der Zweck zum Ausdruck, einen angemessenen Interessenausgleich unter wechselseitiger Rücksichtnahme herzustellen, bei dem die Prinzipien des Persönlichkeitsschutzes und der Maximierung gleicher Freiheit eine zentrale Rolle spielten.<sup>125)</sup> Warum eine so verstandene ergänzende Auslegung dispositivem Recht qualitativ so unterlegen sein soll, leuchtet nicht ein.<sup>126)</sup> Das gilt in gesteigertem Maß auch für „optionale“ Bestimmungen. Der Einwand liegt nahe, dass die Ergänzung durch eine solche „optionale“ Regelungsbefugnis der Parteien die Anwendung einer Bestimmung bedeutet, die die Parteien gerade nicht gewählt haben.<sup>127)</sup> Das spitzt zwar die Frage der Superiorität solcher nicht vereinbarten Bestimmungen als Lückenfüllmaterial gegenüber wohlverständener richterlicher Ergänzung zu, hat den EuGH aber offenbar nicht interessiert.

Die polnischen Gerichte dürfen einen Vertrag jedenfalls nicht nach „Billigkeit oder der Verkehrssitte“ und damit so, wie redliche Parteien sich verhalten hätten, ergänzen. Hier ist der EuGH nicht bei einem obiter dictum stehen geblieben, sondern hat ernst gemacht. Eine Vertragsergänzung iSd § 914 ABGB hält er für unzulässig. Auch wenn der Lobgesang auf die Richtigkeitsgewähr dispositiven Rechts zutrifft, ist die Schlussfolgerung der Herabwürdigung richterlicher Vertragsergänzung weder konsequent noch klug. *Fervers/Gsell* betonen zu Recht, dass nicht ersichtlich sei, „warum eine für den Verbraucher nachteilhafte Gesamtnichtigkeit einer Lückenfüllung durch ergänzende Vertragsauslegung vorzuziehen sein sollte“,<sup>128)</sup> das dürfte nach *Dziubak* aber der Status quo der EuGH-Rsp sein.

Wiederum kann um ihr Privatrecht besorgten nationalen Gerichten nur empfohlen werden, dem EuGH geeignete Fälle vorzulegen. Die Sorge ist berechtigt, hat *Gsell* doch schon eindrücklich darauf hingewiesen, dass die vertragliche Äquivalenz „bei schematisch-formalem, ersatzlosem Wegfall einer missbräuchlichen Klausel [...] in eine Schiefelage zu geraten“ droht.<sup>129)</sup> Auch hier gilt, dass eine als sachwidrig erkannte Rechtsfolge nicht blind übernommen werden sollte, solange die europäischen Anforderungen nicht abschließend klar sind.<sup>130)</sup>

Dabei könnte bei Vorlagen zur ergänzenden Vertragsauslegung sinnvoll sein, dem EuGH eine Vorstellung davon zu vermitteln, wie diese Auslegung im konkreten Fall aussehen könnte. Die Zurückhaltung des EuGH, den Gerichten einen Freibrief zur ergänzenden Auslegung zu geben, kann ja auch damit zusammenhängen, dass ihm die Vorstellung fehlt, was daraus im konkreten Fall werden könnte.

## 2. Intransparente Klauseln

Wiederum wird mit dem – zumal inhaltlich unerfreulichen – Befund zur Rechtslage bei missbräuchlichen Klauseln keine Aussage über die Lückenfüllung nach Aufhebung intransparenter Klauseln getroffen. Sie ist nicht richtliniendeterminiert, der österr. Gesetzgeber hat sich autonom für gleiche Rechtsfolgen wie bei missbräuchlichen Klauseln entschieden. Analog zu den Ausführungen zu missbräuchlichen Klauseln kann aber auch hier eine gespaltene Auslegung zwecks Schadensbegrenzung geboten sein.<sup>131)</sup> Die schon im Grundsatz umstrittene Sanktion der Unanwendbarkeit intransparenter Klauseln muss nicht auch noch um die sachwidrige Rechtsfolge grundsätzlicher Unheilbarkeit ergänzt werden.<sup>132)</sup>

So einfach liegen die Dinge allerdings nicht. *Bollenberger* hat zu Recht die „zu erwartende Detaildiskussion“ vorhergesagt, wann denn eine Vertragslücke anzunehmen ist.<sup>133)</sup> Nicht alles, was als intransparent aufgehoben wird, muss durch die Hintertür wieder eingeführt werden. So ist die intransparente Haftungsminderung etwa kaum ein Fall für eine Ergänzung durch eine transparente Regelung.<sup>134)</sup> Wenn im Verbrauchergeschäft die Haftung „soweit gesetzlich zulässig“ ausgeschlossen wird, wird daraus nicht leicht eine Ergänzung um einen Haftungsausschluss für Sachschäden bei leichter Fahrlässigkeit.

Einer Detaildiskussion der Lückenfüllung muss indes wohl noch eine Grundsatzdiskussion vorausgehen, die hier nur angedeutet werden kann. Ergänzende Vertragsauslegung ist nämlich schon aus rein nationaler Perspektive durchaus nicht unumstritten, was (wiederum) am Wunsch des Gesetzgebers nach der Unverbindlichkeit intransparenter Bestimmungen liegt. In verschiedenen Schattierungen lassen sich zwei grundsätzliche Strömungen ausmachen: Individuelle Vertragsgerechtigkeit auf der einen Seite,<sup>135)</sup> Vertragstransparenz auf der anderen.<sup>136)</sup> Beide Ansätze werden prominent und wohlbegründet vertreten, der Knackpunkt ist die Reichweite des Transparenzgebots.

Ein Beispiel, das die verschiedenen Standpunkte illustriert, ist der in Österreich hinreichend bekannte Fall von Zinsgleitklauseln. Nach der Aufhebung solcher Klauseln in Verbraucherkreditverträgen stellte sich im sogenannten Zinsstreit die Frage, wie weiter vorzugehen sei. Das weit überwiegende Verständnis ging in die Richtung, dass die Aufhebung einer intransparenten Klausel keine Aussage über die Lückenfüllung nach Aufhebung intransparenter Klauseln getroffen. Sie ist nicht richtliniendeterminiert, der österr. Gesetzgeber hat sich autonom für gleiche Rechtsfolgen wie bei missbräuchlichen Klauseln entschieden. Analog zu den Ausführungen zu missbräuchlichen Klauseln kann aber auch hier eine gespaltene Auslegung zwecks Schadensbegrenzung geboten sein.<sup>131)</sup> Die schon im Grundsatz umstrittene Sanktion der Unanwendbarkeit intransparenter Klauseln muss nicht auch noch um die sachwidrige Rechtsfolge grundsätzlicher Unheilbarkeit ergänzt werden.<sup>132)</sup>

Ein Beispiel, das die verschiedenen Standpunkte illustriert, ist der in Österreich hinreichend bekannte Fall von Zinsgleitklauseln. Nach der Aufhebung solcher Klauseln in Verbraucherkreditverträgen stellte sich im sogenannten Zinsstreit die Frage, wie weiter vorzugehen sei. Das weit überwiegende Verständnis ging in die Richtung, dass die Aufhebung einer intransparenten Klausel keine Aussage über die Lückenfüllung nach Aufhebung intransparenter Klauseln getroffen. Sie ist nicht richtliniendeterminiert, der österr. Gesetzgeber hat sich autonom für gleiche Rechtsfolgen wie bei missbräuchlichen Klauseln entschieden. Analog zu den Ausführungen zu missbräuchlichen Klauseln kann aber auch hier eine gespaltene Auslegung zwecks Schadensbegrenzung geboten sein.<sup>131)</sup> Die schon im Grundsatz umstrittene Sanktion der Unanwendbarkeit intransparenter Klauseln muss nicht auch noch um die sachwidrige Rechtsfolge grundsätzlicher Unheilbarkeit ergänzt werden.<sup>132)</sup>

124) Vgl. *Bollenberger*, ÖBA 2016, 26 (38 ff.).

125) *F. Bydlinski*, System 162f; vgl. auch *Fenyves/Krejci*, Die Konsequenzen der Intransparenz von „Kostenklauseln“ in den AVB der Lebensversicherung, VR 2009, 16 (22f); *Schauer*, Der Dauerrabatt beim Versicherungsvertrag nach der E OGH 7 Ob 266/09 g, RdW 2011, 267 (269).

126) Vgl. *Leupold*, VbR 2020, 1; *Told/Ascher*, Anm zu EuGH Rs *Dziubak*, ZFR 2020, 21 (22); *Vonkilch*, EuGH in der Rs *Dziubak*: Ein weiterer Schwanengesang auf § 914 ABGB, Zak 2019, 428 (429).

127) IdS – freilich im Zusammenhang mit Intransparenz – schon *Graf in Leupold*, Forum Verbraucherrecht 1 (13f); vgl. auch *Vonkilch* in FS Kerschner 105 (114f).

128) *Fervers/Gsell*, NJW 2019, 2569 (2571).

129) *Gsell in Leupold*, Forum Verbraucherrecht 35 (40f).

130) Zum allerdings nationalen Transparenzproblem s. sogleich.

131) Dafür *Vonkilch*, Zak 2019, 428 (430).

132) Anders *Leupold/Ramharter*, ÖBA 2015, 16 (21 ff.); im Grundsatz für die Zulässigkeit ergänzender Auslegung *Bollenberger*, ÖBA 2016, 26 (38 ff); *Geroldinger*, ÖBA 2013, 27 (34 FN 111); *Graf in Leupold*, Forum Verbraucherrecht 1 (6 ff); *Told*, JBI 2019, 623 (625 FN 149).

133) *Bollenberger*, ÖBA 2016, 26 (40).

134) Ebenso *Graf in Leupold*, Forum Verbraucherrecht 1 (7).

135) *Graf in Leupold*, Forum Verbraucherrecht 1 (6 ff).

136) *Vonkilch* in FS Kerschner 105 ff.

sparenten Zinsgleitklausel geradezu nach ergänzender Vertragsauslegung schreie,<sup>137)</sup> was *Rummel* als „[s]o gut wie unstreitig“ bezeichnet.<sup>138)</sup>

Der dahinterstehende Gedanke ist einleuchtend: Die Parteien waren sich ja an sich einig, dass die Kreditzinsen variabel sein sollen. Diese Einigkeit belastet nicht eine Partei, sondern dient den Interessen beider, die insofern gleichsam synallagmatisch miteinander verknüpft sind. *Graf* hat zuletzt ausgeführt, was für eine ergänzende Auslegung spricht, mit der in beide Richtungen gegliedert werden kann.<sup>139)</sup> Gar kein Gleiten stünde im Widerspruch zum übereinstimmenden Wunsch der Parteien, mit dem beide ihre Interessen verfolgt haben; ein gelegentlich gefordertes Gleiten nur in eine Richtung (nämlich zugunsten des Kreditnehmers)<sup>140)</sup> führte zu nicht gerechtfertigten Windfall Profits für den Verbraucher, die geradezu Strafcharakter für den Unternehmer hätten. Ergänzende Vertragsauslegung, die das verhindert und dem Rechnung trägt, worauf die Parteien sich im Kern geeinigt haben,<sup>141)</sup> erscheint ihm daher ungleich sachgerechter und daher attraktiver.

*Vonkilch* stört an diesem Ergebnis auch kein Defizit an individueller Vertragsgerechtigkeit. Er ortet vielmehr einen Widerspruch gegen die von ihm ausgemachte und ausführlich begründete grundsätzliche Wertung der Vertragstransparenz: „Was ein Gericht post festum als den ‚hypothetischen Parteiwillen‘ ansieht, anhand dessen es eine im Vertrag konstatierte Lücke schließt, ist ex ante eben gerade nicht transparent und im Detail determiniert.“<sup>142)</sup>

Das kann man nicht leugnen. Ergänzende Vertragsauslegung ersetzt die intransparente Klausel zwar vielleicht durch eine transparente Klausel, die aber eben erst jetzt transparent ist und es nicht schon bei Vertragsschluss war. *Vonkilch* betont, dass durch die Transparenzregeln dem Verbraucher aber gerade die wirtschaftliche Tragweite seiner Pflichten bei Vertragsschluss in aller Deutlichkeit vor Augen geführt werden müsse.

Denkt man diesen Gedanken fort, ist ergänzende Vertragsauslegung wohl grundsätzlich vom Tisch.<sup>143)</sup> Auch wenn *Vonkilch* sich nämlich nur „in dubio pro Vertragstransparenz – und damit zugleich: gegen die Zulässigkeit einer ergänzenden Vertragsauslegung“ entscheiden will,<sup>144)</sup> bleibt ja offen, wo es kein solches dubium gibt, das einer ergänzenden Vertragsauslegung entgegensteht.

Das Ende ergänzender Vertragsauslegung gilt dann aber wohl auch, wenn ganz ohne Klauselkontrolle eine spätere Änderung der Umstände Lücken in einen Vertrag reißt. Dann wäre auch der klassische Pferdeboxfall,<sup>145)</sup> auf den *Graf* rekurriert, nicht mehr zu lösen. Die Bindung des Bestandzinses für eine Pferdebox wurde dabei an das entsprechende Entgelt in der Wiener Krieau gebunden. Der dort domizilierte Trabrennverein stellte allerdings seine Vermietungstätigkeit ein. Das Ergebnis des ersatzlosen Wegfalls der Wertsicherung wäre dann aus Transparenzgründen eines, das beide Parteien nie gewollt hätten, weshalb *Graf* betont, dass eine solche Ergänzung nicht nur zulässig, sondern auch notwendig sein kann.<sup>146)</sup> Der Pferdeboxfall ist dabei weniger singulär, als das auf den ersten Blick scheinen mag: In der Kreditwirtschaft steht durch die Referenzwerte-Verordnung<sup>147)</sup> der Wegfall von Referenz-

zinssätzen bevor. Der LIBOR für Schweizer Franken soll etwa Ende 2021 das Zeitliche segnen.<sup>148)</sup> Wie sollen solche Lücken je geschlossen werden?

Instinktiv werden die meisten wohl individuelle Vertragsgerechtigkeit anziehender finden als Vertragstransparenz. Das allein ist allerdings wohl zu wenig. *Bollenberger* und *Schauer* halten die Idealvorstellung von Transparenz aber ohnehin für eine Illusion, weil die Übergänge fließend seien: „Ob nun aber, mit Blick auf allgemeine Rechtsgrundsätze im Wege der Analogie eine ergänzende objektive Norm oder ob ein angemessener Interessenausgleich durch ergänzende Vertragsauslegung gesucht wird, ist in vielen Fällen kaum zu unterscheiden, weil sich die Angemessenheit ebenso an den aus der Rechtsordnung ableitbaren Wertungen orientiert.“<sup>149)</sup>

Die bloße Schwierigkeit der Abgrenzung allein spricht noch nicht eindeutig für die Zulässigkeit ergänzender Vertragsauslegung. Allerdings stellt sich vor dem Hintergrund einer Rechtslage, die bei jedem Vertrag mit größeren oder kleineren Unwägbarkeiten verbunden ist, die Frage, ob das Transparenzgebot alle Unklarheit aus der Welt schaffen will oder ob es verhindern will, dass der allgemeinen Unklarheit durch den AGB-Verwender weitere Unklarheiten hinzugefügt werden. Versteht man das Transparenzgebot als Auftrag an den AGB-Verwender, folgt daraus nämlich nicht, dass Lückenschließung denselben Maßstäben unterworfen werden muss, ja es folgt daraus nicht einmal, dass Lückenschließung überhaupt dem Transparenzgebot unterliegt.<sup>150)</sup>

Dafür spricht auch, dass sogar Lückenschließung durch dispositives Recht inhärent intransparent ist. Damit sind nicht erst Fälle komplizierter Auslegungen oder Analogien gemeint.<sup>151)</sup> Jeder Rückgriff auf dispositives Recht, das sich unter einer intransparenten Klauselschicht verbirgt, führt zu einem ab initio unvorhersehbaren Ergebnis. Mit anderen Worten: Müsste

137) OGH 4 Ob 73/03 v JBI 2004, 50 (zust. *Rummel*); RIS-Justiz RS0017758 (T 8); *Fenyves/Krejci*, VR 2009, 16 (23f); *Graf in Leupold*, Forum Verbraucherrecht 1 (8f); aA *Vonkilch* in FS Kerschner 105 (109ff); *ders*, Ist der hypothetische Parteiwille im Vertrag umschrieben (§ 6 Abs 1 Z 5 KSchG)? RdW 2003, 690ff; *ders*, Nochmals: Zum Verhältnis von „kleinem“ Transparenzgebot, Teilnichtigkeit und ergänzender Vertragsauslegung, RdW 2005, 405ff; *ders*, Zinsenstreit: OGH bekräftigt Erfordernis einer ergänzenden Vertragsauslegung, RdW 2006, 78; diesem zust. *Eccher* in Klang<sup>9</sup> § 6 Abs 1 Z 5 KSchG Rz 7.

138) *Rummel*, Anm zu OGH 1 Ob 162/05p, ÖBA 2006, 451.

139) *Graf in Leupold*, Forum Verbraucherrecht 1 (8ff).

140) *Leupold/Ramharter*, ÖBA 2015, 16 (29f).

141) Der Kernbereich von AGB-Klauseln taucht so immer wieder auf, vgl. *Bollenberger*, ÖBA 2016, 26 (35f) aber auch *Vonkilch* in FS Kerschner 105 (119), der eine ergänzende Vertragsauslegung im Kernbereich zulassen will (die sich einer Reduktion freilich sehr annähert).

142) *Vonkilch* in FS Kerschner 105 (109).

143) Der von *Vonkilch* in FS Kerschner 105 (119) angesprochene „transparente Kernbereich“ ähnelt eher einer Reduktion der Klausel.

144) *Vonkilch*, Zak 2015, 64 (66).

145) OGH 8 Ob 271/65 SZ 38/164.

146) *Graf in Leupold*, Forum Verbraucherrecht 1 (6f).

147) VO (EU) 2016/1011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. 6. 2016 über Indizes, die bei Finanzinstrumenten und Finanzkontrakten als Referenzwert oder zur Messung der Wertentwicklung eines Investmentfonds verwendet werden, ABl L 2016/171, 1.

148) Eine Ablöse durch den SARON ist geplant.

149) *Bollenberger*, ÖBA 2016, 26 (39); s auch *Schauer*, RdW 2011, 267 (269).

150) Vgl. *Geroldinger*, ÖBA 2013, 27 (34).

151) Dazu *Bollenberger*, ÖBA 2016, 26 (39).

das Endergebnis immer schon von Anfang an völlig transparent sein, dürfte es eigentlich auch keine Lückenschließung durch dispositives Recht geben.

Gibt man dem erreichbaren Ziel der Vertragsgerechtigkeit in Anbetracht dessen Priorität vor dem unerreichten Ziel absoluter Transparenz, darf nicht nur nach allgemeinen Regeln auf dispositives Recht zurückgegriffen werden, es darf auch – ebenfalls nach allgemeinen Regeln – auf ergänzende Vertragsauslegung zurückgegriffen werden.<sup>152)</sup>

Ein solcher Rückgriff ist – wie anhand intransparenter Haftungsfreizeichnungsklauseln gezeigt – kein

Automatismus. *Graf* weist auf das Begründungserfordernis jeder ergänzenden Auslegung hin, die dann zulässig sei, wenn die Gefahr der Enttäuschung legitimer Erwartungen besteht. *Bollenberger* hat auf die von ihm erwartete Detaildiskussion verwiesen. Diese Diskussion steht in Österreich tatsächlich noch aus, ist aber nicht mehr Aufgabe des vorliegenden Beitrags.

152) Vgl. *Fenyves/Krejci*, VR 2009, 16 (23), die das Spannungsverhältnis dadurch auflösen wollen, dass man eine Lückenfüllung durch ergänzende Auslegung zwar zulässt, bei schuldhaft herbeigeführter Intransparenz aber einen Schadenersatzanspruch zugesteht.



→ In Kürze

Der Beitrag beschäftigt sich mit nachträglichen Vertragslücken durch Klauselkontrolle. Er analysiert die vertragsrechtlichen Notwendigkeiten und anhand europäischer Vorgaben die nationalen Spielräume. Im Ergebnis ist Lückenschließung durch dispositives Recht grundsätzlich zulässig, Lückenfüllung durch ergänzende Auslegung nur bei Vertragslücken durch Intransparenz.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Martin Spitzer ist Universitätsprofessor am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der WU Wien. Kontaktadresse: Wirtschaftsuniversität Wien, Welthandelsplatz 1, AD, 1020 Wien.

Tel: +43 (0)1 313 36-5666, E-Mail: lehrstuhl.spitzer@wu.ac.at, Internet: www.wu.at/spitzer

Vom selben Autor erschienen:

*Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht<sup>6</sup> (2019); Kollektivinteressen im Zivilprozess, in *GS Rehbahn* (2019) 573; Schadenersatz für Datenschutzverletzungen, *ÖJZ* 2019, 629; *Burtscher/Spitzer*, Haftung für Klimaschäden, *ÖJZ* 2017, 945; *Eberhard/Spitzer*, Verbraucherschutz und Verfassungsrecht, *ÖJZ* 2017, 308.