

Österreichische

JURISTEN ZEITUNG

ÖJZ

Chefredakteur **Gerhard Hopf**Redaktion **Robert Fucik, Kurt Kirchbacher, Hans Peter Lehofer**Evidenzblatt **Christoph Brenn, Richard Hargassner, Helge Hoch, Herbert Painsi,
Eckart Ratz, Martina Weixelbraun-Mohr**Anmerkungen **Andreas Konecny, Martin Spitzer**

November 2020

21

949 – 1004

Aktuelles

EU-Kommission: Bericht über die Rechtsstaatlichkeit 2020 ➔ 949

Beiträge

Der Ersatz von Detektivkosten bei Ehestörung

Thomas Schoditsch ➔ 953

§ 7 ArtHG 2009 – eine Betrachtung des illegalen Artenhandels
aus strafrechtlicher Sicht Bernhard Mascha und Jutta Molterer ➔ 962

Evidenzblatt

Bereicherungsansprüche wegen überhöhter Rechtsanwalts honorare
verjähren in drei Jahren ➔ 984

Miteigentum – Rechtswegzulässigkeit Julian Schnur ➔ 988

Gewaltausübung als Missbrauch der Amtsgewalt ➔ 992

Forum

EuGH: Neues zur Klauselersetzung durch dispositives Recht
Martin Spitzer und Alexander Wilfinger ➔ 1002

EuGH: Neues zur Klauselersetzung durch dispositives Recht

ÖJZ 2020/117

Rekapitulation

Das AGB-Recht ist im B2C-Geschäft bekanntlich unionsrechtlich durch die KlauselRL 93/13/EWG determiniert und wird daher über weite Strecken durch den EuGH gestaltet. Für die Folgen des Wegfalls von AGB-Klauseln (vgl. Art 6 Abs 1, Art 7 Abs 1 KlauselRL) gilt das in besonderem Maße: Aus Abschreckungsgründen ist die geltungserhaltende Reduktion nichtiger Klauseln unzulässig,¹⁾ vieles deutet darauf hin, dass die ergänzende Vertragsauslegung gerade dasselbe Schicksal ereilt.²⁾ Darüber hinaus steht derzeit sogar eine Abwendung des EuGH von der aus nationaler Sicht über jeden Gerechtigkeitszweifel erhabenen Lückenfüllung durch dispositives Recht im Raum. Über eine Reihe von Entscheidungen hat sich nämlich der – vom OGH schon aufgegriffene³⁾ – Rechtssatz etabliert, dass die Ersetzung missbräuchlicher Klauseln durch Dispositivrecht auf Fälle beschränkt sei, „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“.⁴⁾

Faber ist dieser Einschränkung des klauseleretzenden Rückgriffs auf Dispositivrecht bereits auf den Grund gegangen und hat dabei aufgedeckt, dass es sich um ein versehentlich entstandenes obiter dictum handelt, das ignoriert werden sollte.⁵⁾ Im leading case *Kásler* hätte der ersatzlose Wegfall der inkriminierten Wechselkursbindungsklausel in einem Fremdwährungskreditvertrag nämlich zur sofortigen Fälligkeit des offenen Darlehensbetrags geführt, was dem Verbraucher nicht zugemutet werden sollte und durch die Anwendung einer dispositiven Norm abgefangen wurde.⁶⁾ Dass dispositives Recht ausschließlich in derartigen Situationen zum Zug kommt, wurde nicht ausgesprochen.⁷⁾ Erst das beiläufige Referat von *Kásler* in der Folgeentscheidung *Unicaja Banco und Caixabank* – die in der Sache etwas völlig anderes betraf – vermittelt diesen Eindruck, den der EuGH auch in späteren Urteilen aufrechterhielt.⁸⁾

Der Erstverfasser hat sich mit all dem kürzlich in dieser Zeitschrift auseinandergesetzt,⁹⁾ die einschlägige Rechtsprechung bis zur Rs *Dziubak* aus Oktober 2019 nachverfolgt und ist dabei zu folgendem Ergebnis gelangt: „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 Begründnis des dispositiven Rechts ist es jedenfalls zu früh.“¹⁰⁾

Neue Entwicklungen

Dass sich das Fazit bereits jetzt aktualisieren lässt, zeugt von der besonderen Dynamik des europäischen AGB-Rechts. Der EuGH hat die Diskussion um das dispositive Recht in der Zwischenzeit nämlich erneut aufgegriffen. Ob und wie viel man nun mehr weiß, zeigt das vorliegende Update.¹¹⁾

Rs *Gómez del Moral Guasch*

Zunächst interessiert dabei die Rs *Gómez del Moral Guasch* zu einem spanischen Verbraucherkreditvertrag,¹²⁾ der eine potenziell missbräuchliche Klausel enthielt, die die Darlehenszinsen an die Höhe des „IRPH der spanischen Sparkassen“ als Referenzindex koppelte.¹³⁾ „Vorbehaltlich einer Überprüfung durch das vorliegende Gericht“ ging der EuGH davon aus, dass nach spanischem Recht

ein gesetzlicher „Ersatzindex zur Anwendung kommt, wenn die Vertragsparteien nichts anderes vereinbaren“.¹⁴⁾ Dementsprechend war fraglich, ob die Klausel bei Missbräuchlichkeit durch diesen gesetzlichen Index ersetzt werden kann.¹⁵⁾ Mithin handelt es sich um die erste Entscheidung seit *Kásler*, die sich tatsächlich mit der Klauselersetzung durch dispositives Recht befasst.

Dem EuGH hätte sich also die Gelegenheit zur Ausräumung der seit *Kásler* entstandenen Missverständnisse geboten, die dieser aber ungenutzt verstreichen ließ. Sollte das vorliegende Gericht nämlich feststellen, „dass erstens die streitige Klausel missbräuchlich ist, zweitens der im Ausgangsverfahren in Rede stehende Hypothekendarlehensvertrag ohne diese Klausel keinen Bestand haben könnte und drittens die Nichtigerklärung dieses Vertrags für den Kläger des Ausgangsverfahrens besonders nachteilige Folgen hätte“, könne es den Ersatzindex heranziehen, „sofern davon auszugehen ist, dass er nach nationalem Recht dispositiven Charakter hat“.¹⁶⁾ Der Rekurs auf das Dispositivrecht wurde damit – wie in *Kásler* – zugelassen, allerdings verlangt der Gerichtshof – im Unterschied zu *Kásler* – explizit die Prüfung einer bei Nichtigkeit der Klausel drohenden, für den Verbraucher nachteiligen Undurchführbarkeit des Vertrags.¹⁷⁾ Warum es darauf ankommen soll, wird nicht begründet.¹⁸⁾

Einmal mehr steht dahinter auch kein ausgeklügeltes Konzept, vielmehr gab die konkrete Sache schlicht keinen Anlass dazu, die

- 1) EuGH 14. 6. 2012, C-618/10, *Banco Español*, Rz 69.
- 2) EuGH 3. 10. 2019, C-260/18, *Dziubak*, Rz 61; dazu *Vonkilch*, EuGH in der Rs *Dziubak*: Ein weiterer Schwanengesang auf § 914 ABGB, Zak 2019, 428; *Leupold*, Konsumentenschutz & Justiz – a (green) new deal, VbR 2020, 1; *Told/Ascher*, Anm zu EuGH Rs *Dziubak*, ZFR 2020, 21; *Spitzer*, Vertragslücken im österreichischen und europäischen Recht, ÖJZ 2020, 761 (771 ff); *Pfeiffer*, Anm zu EuGH Rs *Dziubak*, LMK 2019, 424/169; *ders.*, Anm zu EuGH Rs *Dziubak*, IWRZ 2020, 16; *Hubert Schmidt* in BeckOK, BGB⁵⁵ § 306 Rz 5; *Bonin* in BeckOGK, BGB (Stand 1. 6. 2020) § 306 Rz 97.
- 3) OGH 25. 4. 2018, 9 Ob 85/17 s ÖBA 2018, 639 (krit *Faber*) = *ecolex* 2019, 217 (*Schoditsch*).
- 4) EuGH 21. 1. 2015, verb Rs C-482/13, C-484/13, C-485/13 und C-487/13, *Unicaja Banco und Caixabank*, Rz 33; für die eingeschränkte Zulässigkeit des Rückgriffs auf dispositives Recht daher *Graf von Westphalen*, Ersetzung einer missbräuchlichen Klausel durch dispositives nationales Recht? BB 2019, 67 (74); *Gsell*, Grenzen des Rückgriffs auf dispositives Gesetzesrecht zur Ersetzung unwirksamer Klauseln in Verbraucherverträgen, JZ 2019, 751 (758); *Fervers/Gsell*, Ergänzende Vertragsauslegung bei der AGB-Kontrolle im unionsrechtlichen Kontext, NJW 2019, 2569 (2569 ff); *Told*, Folgen missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen (1. Teil), JBl 2019, 541 (551 ff); zweifelnd auch *Hubert Schmidt* in BeckOK, BGB⁵⁵ § 306 Rz 3; *Bonin* in BeckOGK, BGB § 306 Rz 96; aA *Mäsch* in *Staudinger*, BGB (2019) § 306 Rz 10; *Roloff/Looschelders* in *Erman*, BGB¹⁶ § 306 Rz 3.
- 5) *Faber*, Auslegung von EuGH-Entscheidungen (1. Teil), JBl 2017, 697 (709 ff); *ders.*, Kein Schließen von Vertragslücken durch dispositives Recht nach Wegfall missbräuchlicher AGB-Klauseln in Verbraucherverträgen? ÖJZ 2018, 989 (990 ff, 994 ff).
- 6) EuGH 30. 4. 2014, C-26/13, *Kásler*, Rz 76 ff.
- 7) Vgl auch *Harry Schmidt* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht¹² (2016) § 306 BGB Rz 4 d; *Gsell*, JZ 2019, 751 (752 ff).
- 8) EuGH 21. 1. 2015, verb Rs C-482/13, C-484/13, C-485/13 und C-487/13, *Unicaja Banco und Caixabank*; 17. 3. 2016, C-613/15, *Ibercaja Banco*; 7. 8. 2018, verb Rs C-96/16 und C-94/17, *Santander und Escobedo Cortés*; 26. 3. 2019, verb Rs C-70/17 und C-179/17, *Abanca und Bankia*; 3. 10. 2019, C-260/18, *Dziubak*.
- 9) *Spitzer*, ÖJZ 2020, 761.
- 10) *Spitzer*, ÖJZ 2020, 761 (768).
- 11) Vgl zum Folgenden auch *Wilfinger*, Unwirksame AGB-Klauseln, dispositives Recht und EuGH, VuR 2020 (in Druck).
- 12) EuGH 3. 3. 2020, C-125/18, *Gómez del Moral Guasch*.
- 13) Rz 20.
- 14) Rz 65; zum spanischen Hintergrund *Anderson*, Can It Be Unfair to Use an Official Interest Index in a Mortgage Loan? EuCML 2020, 161 (164).
- 15) Rz 57.
- 16) Rz 66.
- 17) Vgl dementsprechend *Zühlsdorff*, Anm zu EuGH Rs *Gómez del Moral Guasch*, IWRZ 2020, 180.
- 18) Auch der Verweis auf EuGH 26. 3. 2019, verb Rs C-70/17 und C-179/17, *Abanca und Bankia* führt nicht weiter; s *Spitzer*, ÖJZ 2020, 761 (764 ff).

vorangegangene Entscheidungskette zu hinterfragen. Da es sowohl in *Kásler* (Wechselkursbindung) als auch in *Gómez del Moral Guasch* (Zinsgleitklausel) um die Berechnung der Darlehensschuld ging, sind die Fälle schließlich sehr ähnlich gelagert. Entsprechend stark orientiert sich die Begründung in *Gómez del Moral Guasch* an *Kásler*: Die Lückenfüllung durch dispositives Recht sei zulässig, „wenn die Ungültigerklärung der missbräuchlichen Klausel das Gericht zwingen würde, den Vertrag insgesamt für nichtig zu erklären, was für den Verbraucher besonders nachteilige Folgen hätte.“¹⁹⁾ Damit ist die in *Kásler* hinreichende Bedingung für den Klauselersatz angesprochen, die erst später als notwendige Bedingung ausgelegt wurde.²⁰⁾ Sonst „könnte dies für den Verbraucher besonders nachteilige Folgen haben, so dass die aus der Nichtigerklärung des Vertrags resultierende Abschreckungswirkung beeinträchtigt werden könnte. Im Fall eines Darlehensvertrags hätte eine solche Nichtigerklärung nämlich grundsätzlich zur Folge, dass der noch offene Darlehensbetrag sofort in einem Umfang fällig wird, der die finanzielle Leistungsfähigkeit des Verbrauchers möglicherweise übersteigt, und würde daher eher diesen als den Darlehensgeber bestrafen, der infolgedessen nicht davon abgeschreckt würde, solche Klauseln in die von ihm angebotenen Verträge aufzunehmen.“²¹⁾ Das entspricht der Begründung in *Kásler* fast wörtlich²²⁾ und führt – ergänzt um das zwischenzeitlich entstandene obiter dictum über die Notwendigkeit einer den Verbraucher belastenden Undurchführbarkeit – zu den Kriterien, die der EuGH dem vorlegenden Gericht in der Folge nannte.

Die Ausführungen sind aber vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Erfüllung dieser Kriterien aufgrund der Nähe zu *Kásler* konkret nicht in Zweifel stand. Es drohte nämlich wiederum die Gesamtfälligkeit der Darlehenssumme, die für den Verbraucher typischerweise ungünstig ist. *Gómez del Moral Guasch* war daher kein echter Prüfstein, an dem sich die Vorjudikatur bewähren hätte müssen, sondern ein materiell bereits entschiedener Fall. Der Gehalt beschränkt sich insofern auf die Zulässigkeit der Ersetzung einer missbräuchlichen Zinsgleitklausel durch einen gesetzlichen „Dispositivindex“, einen darüber hinausgehenden Erkenntnisgewinn bringt *Gómez del Moral Guasch* nicht. Was vielsprechend klingt, stellt sich als kaum weiterführend heraus.

Verb Rs *Caixabank und Banco Bilbao*

Umgekehrt verhält es sich mit den rezenten verb Rs *Caixabank und Banco Bilbao*,²³⁾ in denen sich der EuGH versteckt nochmals zum Problemkreis äußert. Die inkriminierte Klausel regelte die Kostentragung für die Eintragung und Löschung einer Hypothek und erlegte dem Verbraucher die gesamte Kostenlast auf.²⁴⁾ Da der Verbraucher mit Blick auf diese nichtige Klausel bereits Zahlungen geleistet hatte, wurde dem EuGH die Frage vorgelegt, ob die Erstattung solcher Zahlungen versagt werden darf.²⁵⁾ Der Gerichtshof steht dem zunächst naheliegenderweise kritisch gegenüber, weil die nichtige Klausel aus Abschreckungsgründen weder angewendet noch abgeändert werden dürfe²⁶⁾ und die gerichtliche Feststellung der Missbräuchlichkeit folglich dazu führen müsse, „dass die Sach- und Rechtslage wiederhergestellt wird, in der sich der Verbraucher ohne diese Klausel befunden hätte.“²⁷⁾ Daran anknüpfend hält er allerdings fest, dass die Nichtigkeit der Klausel „die Anwendung etwaiger Vorschriften des nationalen Rechts rechtfertigen kann, die die Verteilung der Kosten für die Bestellung und Löschung einer Hypothek regeln, wenn eine Vereinbarung der Parteien fehlt. Legen diese Vorschriften dem Darlehensnehmer die Gesamtheit oder einen Teil dieser Kosten auf, stehen weder Art 6 Abs 1 noch Art 7 Abs 1 der Richtlinie 93/13 dem entgegen, dass

dem Verbraucher die Erstattung des Teils dieser Kosten, den er selbst zu tragen hat, versagt wird.“²⁸⁾

Das wird zwar nicht als solche ausgewiesen, ist im Ergebnis aber die Ersetzung der missbräuchlichen Klausel durch dispositives Recht, was innerhalb der Entscheidungsbegründung völlig konsequent ist. Es soll ja die Rechtslage wiederhergestellt werden, in der sich der Verbraucher ohne die missbräuchliche Klausel befunden hätte.²⁹⁾ Stellt man das Urteil in den hier interessierenden größeren Zusammenhang, muss der unverkrampte Zugang des EuGH in *Caixabank und Banco Bilbao* freilich überraschen. Hätte der EuGH sein eigenes obiter dictum beherzigt und den Rückgriff auf Dispositivrecht daher nur bei drohender Undurchführbarkeit des Vertrags zum Nachteil des Verbrauchers zugelassen, müsste die Anwendung der in Rede stehenden nationalen Bestimmungen schließlich ausscheiden: Der ersatzlose Wegfall der Kostentragungsklausel würde den hypothekarisch besicherten Kreditvertrag nicht undurchführbar machen, geht der EuGH doch offenbar davon aus, dass dann allein der Unternehmer für die Eintragungs- und Löschungskosten aufzukommen hätte.³⁰⁾ Insofern benachteiligte gerade die Anwendung der dispositiven Norm den Verbraucher, der die Kosten in diesem Fall teilweise selbst tragen müsste, während ihm der gezahlte Betrag sonst vollumfänglich zu erstatten wäre.

Caixabank und Banco Bilbao wird zwar keine Rechtsprechungsänderung eingeläutet haben, zumal die an den Tag gelegte Selbstverständlichkeit und das Fehlen einer Auseinandersetzung mit der Vorjudikatur nahelegen, dass sich der EuGH der Tragweite seiner Ausführungen nicht bewusst war. Umso mehr verdeutlicht die Entscheidung aber, wie festgefahren die Begründungsmuster zur Lückenfüllung durch Dispositivrecht sind. Streift der Gerichtshof den versehentlich geschöpften Rechtssatz über die drohende Undurchführbarkeit zum Nachteil des Verbrauchers ab, erweisen sich dispositive Normen nämlich plötzlich ganz allgemein als sachgerechter Klauselersatz.

Dass an dieser Sachgerechtigkeit auch sonst nicht gezweifelt wird, hat im Übrigen jüngst die Rs *Banca Transilvania* in Erinnerung gerufen:³¹⁾ Das dispositive Recht abbildende Klauseln unterliegen nicht der KlauselRL, weil dahingehend kein unionsrechtliches Kontrollbedürfnis besteht. Es dürfe nämlich angenommen werden, „dass der nationale Gesetzgeber eine ausgewogene Regelung aller Rechte und Pflichten der Parteien bestimmter Verträge getroffen hat.“³²⁾

Folgerungen

Wie steht der EuGH also letztendlich zum dispositiven Recht? Diese Frage lässt sich auch unter Berücksichtigung der jüngsten Entscheidungen nicht eindeutig beantworten, weshalb der Eingangsbefund uneingeschränkt aufrecht bleibt: Der Rückgriff auf

19) Rz 61.

20) Vgl *Faber*, ÖJZ 2018, 989 (991).

21) Rz 63.

22) Vgl EuGH 30. 4. 2014, C-26/13, *Kásler*, Rz 82 ff.

23) EuGH 16. 7. 2020, verb Rs C-224/19 und C-259/19, *Caixabank und Banco Bilbao*.

24) Rz 31.

25) Rz 49. Aus der Entscheidung geht nicht hervor, ob der Verbraucher die Zahlungen direkt an die Bank geleistet hatte.

26) Rz 50 f.

27) Rz 52.

28) Rz 54.

29) Rz 52.

30) Vgl Rz 55.

31) EuGH 9. 7. 2020, C-81/19, *Banca Transilvania*.

32) Rz 26; vgl schon EuGH 21. 3. 2013, C-92/11, *RWE Vertrieb*, Rz 28; 20. 11. 2018, C-51/17, *OTP Faktoring*, Rz 53.

dispositives Recht war bislang in keinem Fall versperrt, der Stehsatz über die Undurchführbarkeit zum Nachteil des Verbrauchers hat sich in keinem Fall ausgewirkt. Alles ist offen, für ein Begräbnis des Dispositivrechts ist es nach wie vor zu früh.

Tendenziell stehen *Gómez del Moral Guasch* und *Caixabank und Banco Bilbao* dem dispositiven Recht sogar wohlgesonnen gegenüber. *Gómez del Moral Guasch* erweist sich im Ergebnis nämlich als Neuaufgabe von *Kásler*, wo die besondere Eignung dispositiver Normen zur Abwendung nachteiliger Folgen von Vertragslücken hervorgehoben wurde; in *Caixabank und Banco Bilbao* wirft der EuGH implizit sämtliche Vorbehalte über Bord und erkennt, dass sich der wiederherzustellende „klausellose“ Zustand

auch aus dispositiven Bestimmungen ergeben kann, die den Verbraucher nicht ausschließlich begünstigen.

Vor diesem diffusen Hintergrund sei erneut auf die Rolle der nationalen Gerichte hingewiesen, die durch gezielte Vorlagefragen Einfluss auf die Rechtsentwicklung nehmen können. Heilsam könnte dabei die Einleitung von Vorabentscheidungsverfahren sein, die anstelle von komplizierten Wechselkursbindungs- und Zinsgleitklauseln „bodenständigere“ Probleme betreffen.³³⁾

Martin Spitzer, WU Wien/

Alexander Wilfing, Universität Hamburg

33) Siehe schon *Spitzer*, ÖJZ 2020, 761 (766).