

Alexander Wilfinger

## Feststellungsbegehren im AGB-Recht

Im typischen Klauselprozess geht es entweder um Zahlung oder um Unterlassung. Aktuelle materiellrechtliche und prozessuale Entwicklungen rücken allerdings zunehmend auch Feststellungsbegehren in den Fokus. Der Beitrag untersucht die Vereinbarkeit europäischer Vorgaben mit nationalen Grundsätzen der Feststellungsklagebefugnis im Individualprozess und greift vor dem Hintergrund der Umsetzung der VerbandsklagenRL Fragen des kollektiven Rechtsschutzes auf.

### ÖJA 2024/10

- I. Einleitung
  - A. Gesamteindruck
  - B. Prozesspraxis
- II. Feststellung der Unwirksamkeit
  - A. EuGH: Recht auf Feststellung
  - B. EuGH: keine Subsidiarität
  - C. Vereinbarkeit mit nationalen Grundsätzen
    1. Ausgangspunkt
    2. Vertragsnichtigkeit – Klauselunwirksamkeit
    3. Feststellungsfähigkeit von Elementen
  - D. Ablehnung durch den OGH?
  - E. Zusammenfassung
- III. Feststellung der Missbräuchlichkeit
  - A. Bedeutung des Unwirksamkeitsgrunds
  - B. Rechtsgrund im Prozess
    1. Auswahl und Begrenzung
    2. Rechtskraft rechtlicher Qualifikationen
    3. Zwischenergebnis
  - C. Antragsmöglichkeit
  - D. Feststellungsfähigkeit
  - E. Zusammenfassung
- IV. Kollektiver Rechtsschutz
  - A. KSchG-Verbandsklage
    1. Unterlassungsanspruch
    2. Prozessbezogenheit und Wirkungserstreckung
    3. Missbräuchlichkeit
  - B. Neue Verbandsklage
    1. Unterlassung
    2. Abhilfe und Zwischenfeststellung
- V. Ergebnisse

---

Dr. Alexander Wilfinger ist Universitätsassistent am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der WU Wien.

## I. Einleitung

### A. Gesamteindruck

Im AGB-Recht kommt derzeit viel zusammen: Eine immer strengere Kontrolle zieht immer gravierendere Rechtsfolgen nach sich, die immer leichter durchgesetzt werden können.

Dahinter stehen verschiedene Faktoren. Mitunter setzt der OGH rein nationale Akzente, wenn er in kundenfeindlichster Auslegung etwa hunderttausendfach gebräuchliche Wertsicherungsklauseln in Mietverträgen kippt.<sup>1)</sup> Manche Weichen werden im Zusammenspiel mit dem EuGH neu gestellt, wovon die zunehmende Kontrolle von Klauseln zeugt, die noch vor wenigen Jahren als Regelung von Hauptleistungspflichten unangetastet geblieben wären. Wenn demnach etwa die Chipgebühr im Fitnesscentervertrag,<sup>2)</sup> die Mobilfunk-Servicepauschale<sup>3)</sup> oder die Kreditbearbeitungsgebühr<sup>4)</sup> entfällt, gelangt man ganz ins europäische Fahrwasser. Dank eifriger Auslegung der KlauselRL<sup>5)</sup> durch den EuGH ist mittlerweile ja hinlänglich bekannt, dass entstandene Vertragslücken kaum mehr gefüllt werden können,<sup>6)</sup> daraus resultierende Rückforderungsansprüche nicht ohne weiteres verjähren<sup>7)</sup> und Gerichte bei alldem besonders große Rücksicht auf prozessbeteiligte Verbraucher nehmen müssen.<sup>8)</sup> Einen zusätzlichen Impuls liefert die VerbandsklagenRL,<sup>9)</sup> die nach langem Warten endlich auch in Österreich umgesetzt wird – derzeit liegt der Ministerialentwurf einer Umsetzungs-Novelle vor (QEG; §§ 619ff ZPO)<sup>10)</sup> – und sicherstellen soll, dass Kunden im Massengeschäft entsprechend massenhaft zu ihrem Recht kommen.<sup>11)</sup> Viele Zutaten ergeben also insgesamt einen Mix, in dem sich Beruhigung kaum einstellen wird.

<sup>1)</sup> OGH 21. 3. 2023, 2 Ob 36/23t; 24. 5. 2023, 8 Ob 37/23h.

<sup>2)</sup> OGH 18. 10. 2022, 4 Ob 59/22p.

<sup>3)</sup> *Kellner/Liebel*, Die AGB-rechtliche Zulässigkeit von „Servicepauschalen“ im Telekommunikationsrecht, ÖJZ 2023, 397 einerseits und *Schumacher*, Unzulässige Zusatzgebühren im Telekombereich, ÖJZ 2023, 948 andererseits.

<sup>4)</sup> Dazu etwa *Perner/Spitzer*, Zulässigkeit(?) von Kreditbearbeitungsentgelten, ÖBA 2023, 779; *Kellner*, Kreditbearbeitungsentgelt 2 – Die Saga von der CaixaBank, ÖBA 2024, 18; *Schumacher/Wenda*, Kreditbearbeitungsgebühren nach 4 Ob 59/22p, ÖBA 2024, 101; jeweils mwN.

<sup>5)</sup> RL 93/13/EWG.

<sup>6)</sup> Zur Entwicklung etwa *Told*, Folgen missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen, JBl 2019, 541, 623; *Spitzer*, Vertragslücken im österreichischen und europäischen Recht, ÖJZ 2020, 761; *Wilfinger*, EuGH Dexia Nederland und die Folgen für das österreichische AGB-Recht, ÖBA 2021, 326; *Perner/Spitzer*, Vertragsflickschusterei von Käsler bis Gupfinger – Der EuGH und die Lücken, ÖJZ 2022, 1053; *Graf*, EuGH lässt OGH abblitzen: Keine Anwendung dispositiven Rechts bei Klauselnichtigkeit! *ecolex* 2023, 109; *Piekenbrock*, Dispositives Recht anstelle missbräuchlicher Klauseln nach Dexia und Gupfinger, ZIP 2024, 49.

<sup>7)</sup> Näher etwa *Zoppel*, Der EuGH und die Verjährung von Bereicherungsansprüchen des Verbrauchers, ZFR 2021, 283; *Graf*, Der EuGH und das österreichische Verjährungsrecht, JBl 2024, 69 (73 ff); *Vollmaier*, Verjährungsfragen im Bankgeschäft, ÖBA 2024, 169 (170 ff).

<sup>8)</sup> Näher *Geroldinger*, Rechtsdurchsetzung im Verbraucherrecht – prozessuale Aspekte, GA 21. ÖJT II/1 (2022) 179 ff; *Korp*, Neue Regeln im Zusammenspiel zwischen der Klausel-RL und dem nationalen Verfahrensrecht, ÖBA 2022, 902; *H. Roth*, Kompetenzwidrige Eingriffe des EuGH in die nationalen Zivilprozessrechte, JZ 2023, 100; *Lutschounig*, Klauselprüfung im Mahn- und Zwangsvollstreckungsverfahren, ZFR 2023, 108.

<sup>9)</sup> RL (EU) 2020/1828.

<sup>10)</sup> Verbandsklagen-Richtlinie-Umsetzungs-Novelle – VRUN (333/ME).

<sup>11)</sup> Siehe *Perner*, Kollektiver Rechtsschutz und Versicherungsrecht, VersR 2023, 1329 (1337 f); *Perner*, (Neue) Verbandsklagen am Finanzmarkt, in *Kronthaler/Laimer*, Innsbrucker Forum für Bank- und Versicherungsrecht 2024 (2024) 137 (157 ff).

## B. Prozesspraxis

In den betreffenden Verfahren geht es typischerweise entweder um Zahlung oder um Unterlassung: Im Individualprozess machen Kunden regelmäßig Rückforderungsansprüche geltend, wofür dann vorfrageweise die Wirksamkeit der einschlägigen Klauseln zu beurteilen ist, was etwa die letzte FX-Klagewelle veranschaulicht hat.<sup>12)</sup> Genauso denkbar sind umgekehrte Parteirollen, wenn sich der Kunde unter Verweis auf unzulässige Klauseln gegen einen Anspruch des Unternehmers verteidigt. Das illustriert der bekannte Fall des Einrichtungsstudios *Gupfinger*, dessen Klage auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens wegen grundlosen Stornos der gekauften Küche letztlich abgewiesen wurde, weil der Kaufvertrag eine missbräuchliche Schadenspauschalierung enthielt.<sup>13)</sup> Praktisch besonders relevant ist schließlich die im AGB-Recht schon lange etablierte – und weiterhin mögliche<sup>14)</sup> – Verbandsklage nach § 28 KSchG, mit der klagebefugte Verbände die Unterlassung der Verwendung gesetzwidriger Klauseln begehren.<sup>15)</sup>

Feststellungsbegehren spielten demgegenüber bislang eine eher untergeordnete Rolle.<sup>16)</sup> Im Verbandsprozess kann nach § 28 KSchG von vornherein nur „auf Unterlassung geklagt werden“, im Individualprozess lässt sich die Feststellung der (Un-)Wirksamkeit einer Klausel zwar auf § 228 ZPO stützen, der allerdings einige Hürden bereithält: Wird auch auf Leistung geklagt oder könnte auf Leistung geklagt werden, gerät das erforderliche rechtliche Interesse angesichts der grundsätzlichen Subsidiarität<sup>17)</sup> der Feststellungsklage unter Druck.<sup>18)</sup> In Deutschland scheiden solche Klagen sogar kategorisch aus, weil die Judikatur die Feststellungsfähigkeit der Unwirksamkeit einzelner Klauseln verneint; es handle sich bloß um Elemente eines Rechtsverhältnisses.<sup>19)</sup>

## II. Feststellung der Unwirksamkeit

### A. EuGH: Recht auf Feststellung

Mindestens im Anwendungsbereich der KlauselRL ist diese Zurückhaltung allerdings überholt. Weitgehend unbemerkt hat der EuGH zwischenzeitig nämlich auch die Feststellungsklage für sich entdeckt.

Leitentscheidung ist die Rs *BNP Paribas* zu französischen Fremdwährungskreditnehmern, die die Missbräuchlichkeit von Klauseln über den „Finanzierungsmechanismus“ geltend

<sup>12)</sup> Dazu etwa *Zoppel*, Fremdwährungskredite: Überlegungen anlässlich der aktuellen Rechtsprechung des OGH, ÖJZ 2022, 864; *Wilfinger*, FX-Kredit und Bestimmtheit der Fremdwährungsschuld in der Rechtsprechung, ZFR 2022, 478; S. *Kietaibl*, FX-Kredit: Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung bei Nichtigkeit des Geldwechselvertrags, ÖBA 2023, 708; jeweils mwN.

<sup>13)</sup> OGH 25. 4. 2023, 4 Ob 236/22t; EuGH 8. 12. 2022, C-625/21, *Gupfinger*.

<sup>14)</sup> Erläut 333/ME 27. GP 2.

<sup>15)</sup> Die Grenzen dieser Klagebefugnis werden zunehmend ausgetestet; vgl *Leupold*, Abhilfe oder Beseitigung? Whatever works! VbR 2024, 1.

<sup>16)</sup> In den FX-Fällen wurde zwar regelmäßig (auch) die Feststellung der Unwirksamkeit des Kreditvertrags oder bestimmter Klauseln begehrt, eine Auseinandersetzung mit spezifischen Fragen der Feststellungsklagebefugnis konnte aber meistens unterbleiben; zu Ausnahmen noch unten II.D.

<sup>17)</sup> Etwa RIS-Justiz RS0038817; RS0038849; *Planitzer* in *Kodek/Oberhammer*, ZPO-ON § 228 Rz 22.

<sup>18)</sup> Vgl OGH 28. 10. 2009, 7 Ob 68/09i; 16. 12. 2009, 7 Ob 198/09g; jeweils wurde die Subsidiarität letztlich aufgrund des Dauerschuldcharakters der vorliegenden Versicherungsverträge und der „Turbulenzen“ in der fraglichen Causa verneint, die erneute Streitigkeiten nahelegten; ähnlich OGH 26. 1. 2005, 3 Ob 234/04i.

<sup>19)</sup> BGH BeckRS 2018, 28992; OLG Brandenburg NJOZ 2016, 283; OLG Köln BeckRS 2019, 36421.

machten und dazu Anträge auf Feststellung der Missbräuchlichkeit sowie Rückerstattung überhöhter Zinsen stellten. Dabei zweifelten die französischen Gerichte offenbar nicht an der grundsätzlichen Zulässigkeit dieser Feststellungsanträge, denn die eigentlichen Schwierigkeiten lagen im Verjährungsrecht: Dem EuGH wurde unter anderem die Frage vorgelegt, ob die KlauselRL der Anwendung von Verjährungsvorschriften auf die Feststellung der Missbräuchlichkeit einer Klausel oder eventuelle Rückerstattungen entgegenstehe.<sup>20)</sup>

Hinsichtlich des Feststellungsbegehrens ist aus österr Sicht schon die Fragestellung ungewohnt, weil Diskussionen über eine Verjährung der Feststellungsklagebefugnis nach § 228 ZPO kaum geführt werden.<sup>21)</sup> Auch für den EuGH war eindeutig, dass der Feststellungsantrag „*keiner Verjährungsfrist unterliegen kann*“.<sup>22)</sup>

Interessanter als dieses Ergebnis ist im vorliegenden Zusammenhang aber seine Begründung, die die Anforderungen der KlauselRL rekapituliert: Missbräuchliche Klauseln, deren Verwendung durch angemessene und wirksame Mittel insgesamt ein Ende zu setzen ist (Art 7 Abs 1), sind unverbindlich (Art 6 Abs 1), also als von Anfang an nicht existent anzusehen; sie können gegenüber dem Verbraucher keine Wirkungen haben, sodass die gerichtliche Feststellung der Missbräuchlichkeit zur Wiederherstellung der „klausellosen“ Sach- und Rechtslage führen muss. Aus dieser allgemeinen Vorstellung werden dann konkrete Schlüsse gezogen: Damit ein wirksamer Schutz dieser Rechte gewährleistet wird, müsse der Verbraucher die Möglichkeit haben, „*die Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel jederzeit nicht nur als Verteidigungsmittel geltend zu machen, sondern auch, um die Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel gerichtlich feststellen zu lassen*“.<sup>23)</sup> Für Österreich hat *Schumacher* daraus bereits überzeugend gefolgert, dass der Klage eines Verbrauchers auf Feststellung der Nichtigkeit einer missbräuchlichen Klausel das rechtliche Interesse nicht mehr abgesprochen werden kann.<sup>24)</sup>

## B. EuGH: keine Subsidiarität

Das gilt umso mehr, als der EuGH diesen Standpunkt jüngst bekräftigt und präzisiert hat. In der Rs *Provident Polska* hatten Kreditnehmer die Bank auf Feststellung der Unwirksamkeit von Klauseln über Bearbeitungsgebühren geklagt, woraufhin die Bank eine Widerklage auf Leistung ausständiger Entgelte einbrachte. Daneben stand im Raum, dass die Verbraucher bei Wegfall der Klauseln bereits gezahlte Beträge rückfordern könnten. Da die Feststellungsklagebefugnis auch in Polen ein Rechtsschutzinteresse voraussetzt, das die dortige Rechtsprechung bei möglicher Leistungsklage verneint, stellte das Vorlagegericht die Frage, ob diese Subsidiarität mit der KlauselRL vereinbar ist.<sup>25)</sup>

<sup>20)</sup> EuGH 10. 6. 2021, C-776/19 bis C-782/19, *BNP Paribas*, Rn 10ff, 24.

<sup>21)</sup> Vgl etwa *Vollmaier in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 1451 Rz 2 mwN: als prozessuales Institut unterliege die Feststellungsklage keiner Verjährung. Im prominenten 3-Banken-Streit stellte sich zuletzt etwa die spezielle Frage, ob Aktionärsklagen auf Feststellung der Nichtigkeit von Vorstands- und Aufsichtsratsbeschlüssen einer zeitlichen Begrenzung unterliegen; vgl BGH NJW 2018, 2796; *Rüffler*, Die Aktionärsklage, ÖJZ 2021, 405 (415) mwN. Der OGH musste darauf nicht näher eingehen, weil er die Feststellungsklagebefugnis insgesamt verneinte; OGH 28. 6. 2023, 6 Ob 178/22b, Rz 202ff.

<sup>22)</sup> EuGH 10. 6. 2021, C-776/19 bis C-782/19, *BNP Paribas*, Rn 38.

<sup>23)</sup> EuGH 10. 6. 2021, C-776/19 bis C-782/19, *BNP Paribas*, Rn 35ff.

<sup>24)</sup> *Schumacher*, Anm zu EuGH C-776/19 bis C-782/19, VbR 2021, 221 (222), der dabei von „Nichtig-erklärung“ spricht; zust *Vollmaier*, ÖBA 2024, 169 (171).

<sup>25)</sup> EuGH 23. 11. 2023, C-321/22, *Provident Polska*, Rn 36ff.

Dass dafür unmittelbar an *BNP Paribas* angeknüpft werden könnte, dürfte der EuGH nicht erkannt haben, zumindest geht er darauf mit keinem Wort ein.<sup>26)</sup> Die Begründung in *Provident Polska* fällt entsprechend eigenständig aus und spricht zusätzliche Gesichtspunkte an: Subsidiarität gegenüber möglichen Rückforderungsansprüchen rief unnötige Schwierigkeiten, Belastungen, Kosten und rechtliche Unsicherheiten der Verbraucher hervor, die diese von der Geltendmachung ihrer Rechte abhalten könnten; die Konsequenz der Klagsabweisung unter Verweis auf die „bessere“ Leistungsklage wäre obendrein unökonomisch und liefe folglich dem Allgemeininteresse an einer geordneten Rechtspflege zuwider.<sup>27)</sup> Dass damit ausgerechnet die Prozessökonomie als traditionelles nationales Hauptargument für den Vorrang der Leistungsklage europäisch gegen einen solchen Vorrang sprechen soll, ist bezeichnend für die geringe Aussagekraft dieses Topos.<sup>28)</sup> Schließlich dürfe das Rechtsschutzinteresse auch nicht durch die Widerklage auf Erfüllung der in der Klausel festgelegten Pflichten entfallen, weil das damit für den Verbraucher verbundene Kostenrisiko umso weniger gerechtfertigt wäre, als seine Verwirklichung ausschließlich von der Initiative des Unternehmers abhinge.<sup>29)</sup>

Der EuGH stärkt der Feststellungsklage also auf allen Ebenen den Rücken. Verbraucher haben nach der KlauselRL ein eigenständiges Recht auf Feststellung der Unwirksamkeit missbräuchlicher Klauseln, das gegenüber Leistungsansprüchen nicht subsidiär ist.

## C. Vereinbarkeit mit nationalen Grundsätzen

### 1. Ausgangspunkt

Wendet man sich davon ausgehend wieder dem österr Recht zu, läge es zunächst nahe, die Judikaturlinie mehr oder weniger wohlwollend als weiteren Fremdkörper im nationalen System hinzunehmen. Das Recht auf Feststellung reihte sich insofern direkt neben Schauplätze wie die weitgehenden amtswegigen Prüf- und Aufklärungspflichten, denen nicht einmal die Rechtskraft zwingend entgegensteht,<sup>30)</sup> und kostenrechtliche Privilegien des Verbrauchers ein.<sup>31)</sup> Auch im Prozessrecht, wo die kräftigen europäischen Impulse angesichts der begrenzten EU-Gesetzgebungskompetenz für das Zivilverfahren mitunter sogar als übergreifig emp-

<sup>26)</sup> Anders noch SA *Pikamäe* 22. 6. 2023, C-321/22, *Provident Polska*, Rn 28.

<sup>27)</sup> EuGH 23. 11. 2023, C-321/22, *Provident Polska*, Rn 74f; ausführlich schon SA *Pikamäe* 22. 6. 2023, C-321/22, *Provident Polska*, Rn 33ff; dahingehend kritisch *Paulmichl*, Rechtliches Interesse bei Feststellungsklagen, GPR 2024, 88 (89).

<sup>28)</sup> Siehe etwa die Kritik bei *Bähr*, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen (1883) 168ff; *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I/1 (1925) 317; *Bodmer*, Die allgemeine Feststellungsklage im schweizerischen Privatrecht (1984) 100ff; *Jacobs*, Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens (2005) 438ff.

<sup>29)</sup> EuGH 23. 11. 2023, C-321/22, *Provident Polska*, Rn 76; zust *Paulmichl*, GPR 2024, 88 (90); zum Problem OGH 23. 4. 2014, 4 Ob 52/14x. Auch die deutsche Judikatur lässt das Feststellungsinteresse grundsätzlich mit Erhebung einer Leistungswiderklage entfallen; etwa BGH NJW 1973, 1500; näher *H. Roth* in *Stein/Jonas*, ZPO<sup>23</sup> § 256 Rz 92ff. Da der Verbraucher die Feststellungsklage dann aber für erledigt erklären kann, wobei die Kosten regelmäßig dem Beklagten aufzuerlegen seien, wird von der Vereinbarkeit mit den europäischen Anforderungen ausgegangen; *Kothe-Marxmeier*, Anm zu EuGH C-321/22, EuZW 2024, 179 (179).

<sup>30)</sup> Näher *Lutschounig*, ZFR 2023, 108.

<sup>31)</sup> Vgl EuGH 16. 7. 2020, C-224/19 und C-259/19, *Caixabank*, Rn 93ff; 21. 3. 2024, C-714/22, *Profi Credit Bulgaria*, Rn 79ff.

funden werden,<sup>32)</sup> ist der EuGH im Streben nach effektivem Verbraucherschutz eben nicht für besondere Zurückhaltung bekannt.

## 2. Vertragsnichtigkeit – Klauselunwirksamkeit

Auf den zweiten Blick fällt der Befund zur Feststellungsklage allerdings deutlich positiver aus. Wertungsmäßig hat der vom EuGH gezogene Schluss von der angeordneten Nichtigkeitsstrafung auf eine robuste Feststellungsklagebefugnis nämlich viel für sich. Er ist dem österr. Recht auch nicht fremd.

Damit sind Fälle angesprochen, in denen zwischen Vertragsparteien Streit über das Vorliegen von Wurzelmängeln wie Geschäftsunfähigkeit (§ 865 ABGB), Gesetz- oder Sittenwidrigkeit (§ 879 ABGB) herrscht, die zur Nichtigkeit führen. In dieser Situation kommt der OGH jener Partei entgegen, die Sicherheit über die Vertragsnichtigkeit anstrebt: „Eine auf § 865 ABGB gegründete Klage, mit welcher die deklarative Feststellung der Nichtigkeit [ . . . ] begehrt wird, ist eine materiell-rechtliche Feststellungsklage“<sup>33)</sup> was nicht nur für die Geschäftsunfähigkeit, sondern auch für die übrigen genannten Wurzelmängel gilt.<sup>34)</sup> Man habe es also nicht mit gewöhnlichen Feststellungsklagen nach § 228 ZPO zu tun, vielmehr folge die Klagebefugnis – wie etwa in Servitutsstreitigkeiten nach § 523 ABGB<sup>35)</sup> – ausnahmsweise unmittelbar aus dem materiellen Recht, sodass sich insb. die Frage der Subsidiarität gegenüber möglichen Leistungsansprüchen nicht stelle.<sup>36)</sup>

Die Judikaturlinie wird in der Lehre seit jeher kritisiert<sup>37)</sup> und ist insofern unglücklich, als sie maßgebend auf ein historisches Missverständnis zurückgeht.<sup>38)</sup> Bis zur relativ späten Etablierung von Gestaltungsklagen<sup>39)</sup> behalf man sich bei der Vertragsanfechtung wegen Drohung, List und Irrtums (§§ 870ff ABGB) nämlich mit dem Provisorium besonderer „Nichtigkeitsklagen“ auf Feststellung der Vertragsunwirksamkeit.<sup>40)</sup> Dabei betonte vor allem *Ehrenzweig*, dass sich solche Klagen nicht auf § 228 ZPO, sondern auf das materielle Recht stützten und ein „zusätzliches“ rechtliches Interesse daher nicht erforderlich sei.<sup>41)</sup> Dass sich die Frage später mit der allgemeinen Einordnung als Gestaltungsklagen erübrigte, konnte die aufgekommene Idee einer besonderen vertragsrechtlichen Feststellungsklage nicht mehr aus

<sup>32)</sup> Siehe *H. Roth*, JZ 2023, 100.

<sup>33)</sup> RIS-Justiz RS0014650.

<sup>34)</sup> Zur Nichtigkeit wegen anfänglicher Unmöglichkeit (§ 878 ABGB), Gesetz- und Sittenwidrigkeit (§ 879 ABGB) etwa OGH 8. 5. 1974, 1 Ob 68/74; 24. 1. 2019, 6 Ob 55/18h; zur Missachtung von Formvorschriften OGH ZBl 1930, 781.

<sup>35)</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0011506; RS0012120; RS0012155; RS0112360.

<sup>36)</sup> OGH EvBl 1956, 517; JBl 1965, 420; RIS-Justiz RS0038877; vgl. demgegenüber aber auch RIS-Justiz RS0038429.

<sup>37)</sup> Vgl. nur *Frauenberger-Pfeiler* in *Fasching/Konecny*, ZPG<sup>3</sup> § 228 ZPO Rz 33 f.

<sup>38)</sup> Herausgearbeitet von *Petschek*, Entscheidungsanmerkungen, ZBl 1930, 781 (783); *Petschek*, Das Feststellungsurteil nach österreichischem Recht, AnwZ 1932, 249 (251 ff).

<sup>39)</sup> Als Pionier gilt *Schrutka-Rechtenstamm*, Rezension von Wach, Feststellungsanspruch, GrünhutsZ 16 (1889) 617 (619); zur Entwicklung *Schlosser*, Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile (1966) 18 ff.

<sup>40)</sup> OGH ZBl 1930, 780; ZBl 1930, 781; EvBl 1956, 517. In OGH JBl 1928, 25 lautete das Begehren auf Nichtigerklärung, was aber offenbar sowohl von den Parteien als auch von den Gerichten als Feststellungsklage verstanden wurde. Später auch RIS-Justiz RS0014803 zur Geltendmachung von *laesio enormis* (§ 934 ABGB).

<sup>41)</sup> *Ehrenzweig*, System I/1, 270 FN 6; s. auch *Sperl*, Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege I/2 (1928) 313; nicht eindeutig *Unger*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II (1859) 145 ff, 149 FN 36.



der Welt schaffen. Der OGH übertrug sie nämlich einigermaßen apodiktisch auf Fälle, in denen Geschäfte tatsächlich nichtig sind und die Feststellungsklage daher sehr wohl passt. Aus den zivilrechtlichen Unwirksamkeitsgründen (zB §§ 865, 878, 879 ABGB) lasse sich die Feststellungsklagebefugnis direkt ableiten, weshalb etwa keine Subsidiarität gegenüber Bereicherungsansprüchen wegen rechtsgrundloser Leistung bestehe.<sup>42)</sup>

Vom Ergebnis her lässt sich die Judikaturlinie als sinnvolle Ablehnung einer strengen Subsidiarität verstehen, weil aus einem Vertragsverhältnis zahlreiche Rechte und Pflichten folgen können und die Klärung einzelner Rückforderungsansprüche daher zu vieles offen lässt. Das erscheint zunächst ohnehin evident und wird regelmäßig hervorgehoben.<sup>43)</sup> Dass die besondere materiellrechtliche Konnotation dennoch mindestens hilfreich ist, zeigen aber etwa Entscheidungen zum fehlenden Interesse an der Feststellung der Unwirksamkeit eines Bestandverhältnisses bei anhängiger Räumungsklage.<sup>44)</sup> Nicht einmal Dauerschuldverhältnisse halten der allgemeinen Subsidiaritätsprüfung also zuverlässig stand. Zielschuldverhältnisse wie Kaufverträge sind nochmals anfälliger,<sup>45)</sup> obwohl das Bestehen des Vertrags auch hier für verschiedenste Ansprüche (Erfüllung, Nacherfüllung, Bereicherung, Schadenersatz) oder schlicht für die Erforderlichkeit eines Deckungsgeschäfts relevant sein kann. Die Rückführung auf den Unwirksamkeitsgrund schaltet dieses Risiko von vornherein aus.

Dass der OGH bei Vertragsnichtigkeit damit seit langem genau jenen Zugang verfolgt, den der EuGH nun zur Klauselunwirksamkeit entwickelte, legt trotz aller Unsicherheit schon für sich genommen eine gewisse Berechtigung nahe. Löst man sich von letztlich irrelevanten Kategorisierungsfragen – materiellrechtliche oder allgemeine Feststellungsklage? –, lässt sich der Spieß in der Draufsicht ja auch umdrehen: Fällt die Vorstellung eines selbständigen Abwehrrechts<sup>46)</sup> wirklich so schwer, wenn der Gegner eine aufrechte vertragliche Beziehung oder die Geltung unzulässiger Vertragsbestandteile mit allen dazugehörigen Pflichten behauptet?<sup>47)</sup>

Dazu passt *Zeuners* allgemeine Beobachtung, dass die negative Feststellungsklage keineswegs „*bar jeden materiellrechtlichen Gehaltes*“ sei, sondern unmittelbar der gesetzlichen Wertung zum Durchbruch ver helfe, in bestimmten Fällen keinen Vertrag entstehen zu lassen. Gerade in der Aufstellung von Unwirksamkeitsgründen zeige sich nämlich die bewusste Regelung, dass der Betroffene selbst bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen für die Rechtsbegründung von seinem Gegner nichts zu fordern habe.<sup>48)</sup> Darauf beruhe die Abwehrfunktion der negativen Feststellungsklage: „*Die Rechtsanmaßung des Beklagten wird zurückgewiesen und der Beklagte gewissermaßen vom Kläger ferngehalten, indem mit dem Nichtbestehen des behaupteten Rechtsverhältnisses eine im materiellen Recht begründete Freiheit des Klägers und*

<sup>42)</sup> OGH JBl 1965, 420; daraus entstand RIS-Justiz RS0038429.

<sup>43)</sup> So schon OGH JBl 1928, 25; aus der L etwa *Frauenberger-Pfeiler in Fasching/Konecny*, ZPG<sup>3</sup> § 228 ZPO Rz 33 f.

<sup>44)</sup> RIS-Justiz RS0038429. In OGH 26. 2. 2008, 1 Ob 213/07 s, dürfte freilich auch der Umstand eine Rolle gespielt haben, dass nicht alle Parteien des fraglichen Vertragsverhältnisses am Prozess beteiligt waren.

<sup>45)</sup> Siehe etwa *Touaillon*, Beiträge zur Lehre von der Feststellungsklage, JBl 1915, 351 (351); RGZ 61, 242.

<sup>46)</sup> Siehe die entsprechende Charakterisierung bei *Böhm*, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage (1979) 61 FN 72.

<sup>47)</sup> Vgl auch *Neuner*, Privatrecht und Prozeßrecht (1925) 76.

<sup>48)</sup> *Zeuner*, Gedanken zur Unterlassungs- und negativen Feststellungsklage, in FS Dölle I (1963) 295 (317 f).

seiner Sphäre von rechtlichen Beschränkungen und Beeinträchtigungen zur Geltung gebracht wird.<sup>49)</sup>

Dieses Verständnis überzeugt auch insofern, als die genuin zivilrechtliche Ordnungsentscheidung, ob ein bestimmter Mangel „nur“ gerichtliche oder außergerichtliche Anfechtbarkeit bewirkt oder direkt zur Unwirksamkeit führt, andernfalls beachtliche prozessuale Nebenwirkungen hätte. Während ein gerichtlich geltend zu machendes Anfechtungsrecht ohne weiteres zur Gestaltungsklage berechtigt, müsste man bei bereits außergerichtlich erfolgter Gestaltung oder Nichtigkeit auf die wohlwollende Zulassung der Feststellungsklage hoffen, obwohl etwa der Geschäftsunfähige im Streitfall natürlich genauso auf die Klagemöglichkeit angewiesen ist wie der Irrende.<sup>50)</sup> Wie sehr die Grenze unter diesem Gesichtspunkt verschwimmt, macht brennglasartig die – für die AGB-Kontrolle besonders relevante – relative Nichtigkeit deutlich, die sich von Anfechtbarkeit bekanntlich insgesamt kaum mehr sinnvoll abgrenzen lässt.<sup>51)</sup> Dann sollte man die Einordnung aber nicht künstlich durch prozessuale Reflexe aufladen: Jedenfalls verlangt die materiellrechtliche Ausgangslage nach einer wirksamen Rechtsschutzmöglichkeit, auf jeden Fall muss sich der bestreitende Gegner die Klage gefallen lassen.<sup>52)</sup>

### 3. Feststellungsfähigkeit von Elementen

Angesichts dessen fragt sich, warum eine entsprechende Feststellungsklagebefugnis für AGB-Klauseln nicht ohnehin längst auch in Österreich anerkannt ist. Unterinstanzliche Gerichte haben eine Übertragung der Judikatur zur Vertragsnichtigkeit zwar bereits erwogen,<sup>53)</sup> der OGH hat sie durch Prüfung der Subsidiarität aber zumindest implizit abgelehnt.<sup>54)</sup> Zuletzt wurde das Feststellungsinteresse überhaupt hinsichtlich einer ganzen Reihe bekämpfter Klauseln eines Fremdwährungskreditvertrags verneint,<sup>55)</sup> worauf gleich zurückzukommen ist.

<sup>49)</sup> Zeuner in FS Dölle I 295 (320).

<sup>50)</sup> Im Gegensatz zur Anfechtbarkeit ist die Klage bei Unwirksamkeit immerhin nicht unter dem Gesichtspunkt der Verjährungsunterbrechung erforderlich (§§ 1487, 1497 ABGB). Selbst dieser Unterschied relativiert sich allerdings, wenn man die unbefristete Möglichkeit einer einredeweisen Geltendmachung des Gestaltungsrechts befürwortet; eingehend *Kodek, Die Einrede im Zivilrecht* (2020) 359 ff, 394 ff.

<sup>51)</sup> Siehe nur P. Bydlinski, Die „relative“ Nichtigkeit – Versuch einer Neubestimmung, *ÖJZ* 2022, 1027 mwN. Obwohl etwa Wucher anerkanntermaßen relative Nichtigkeit bewirkt (§ 879 Abs 2 Z 4 ABGB), dürfte der OGH anstelle der negativen Feststellungsklage denn auch zur Geltendmachung mittels Rechtsgestaltungsklage tendieren und die Grenze damit zusätzlich verwischen; vgl OGH 24. 10. 2019, 4 Ob 188/19 d JBl 2020, 785 (*Kogler*); aus der älteren Judikatur etwa OGH 28. 10. 1971, 1 Ob 270/71.

<sup>52)</sup> Auch der denkbare Einwand, die Anfechtungsklage sei anders als die Feststellungsklage konstruktiv unvermeidlich, relativiert sich schon mit Blick auf die großzügige Judikatur zur inzidenten Rechtsgestaltung im Leistungsurteil (*Geroldinger in Fasching/Konecny, ZPG*<sup>3</sup> § 226 ZPO Rz 66 f). Theoretisch käme es nach dieser Maßgabe ja durchaus in Frage, den Irrenden iS einer Subsidiarität auf eine mögliche Leistungsklage zu verweisen und isolierte Gestaltungsklagen entsprechend abzuweisen. Dennoch geht die herrschende Ansicht richtigerweise davon aus, dass die Klagebefugnis bereits aus der Ausübung des eingeräumten Gestaltungsrechts folgt (RIS-Justiz RS0016250). Dasselbe gilt für die Feststellungsklage: Der Betroffene sichert seine Stellung durch Betätigung des Unwirksamkeitsgrunds gegenüber dem bestreitenden Gegner ab. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Feststellungsklage genauso unvermeidlich wie die Anfechtungsklage zur Geltendmachung eines Willensmangels.

<sup>53)</sup> Vgl die Begründung der Zulassungsaussprüche durch das OLG Wien zu OGH 15. 12. 2022, 3 Ob 76/22 f, sowie zu 28. 2. 2023, 4 Ob 203/22 i.

<sup>54)</sup> OGH 28. 10. 2009, 7 Ob 68/09 i; 16. 12. 2009, 7 Ob 198/09 g.

<sup>55)</sup> OGH 28. 2. 2023, 4 Ob 203/22 i.



Dahinter dürfte der augenfällige Unterschied zwischen Vertragsnichtigkeit und Klauselunwirksamkeit stecken: Letztere betrifft nicht das gesamte Rechtsverhältnis, sondern nur einzelne Vertragsbestandteile. Das klingt zunächst vernachlässigbar, ist im Grundsatz aber durchaus berücksichtigungswürdig, weil der Gegner vor allzu kleinteiliger Rechtsverfolgung bewahrt werden soll. Deutsche Gerichte tragen diesem Umstand wie erwähnt Rechnung, indem sie die Feststellungsfähigkeit der Unwirksamkeit einzelner AGB-Klauseln von vornherein verneinen: Bei der abstrakten Bewertung einer Vertragsklausel handle es sich lediglich um ein Element der Rechtsbeziehung zwischen den Parteien<sup>56)</sup> und hinsichtlich solcher Elemente scheidet die Feststellungsklage ganz allgemein aus.<sup>57)</sup> In anderem Kontext bemerkt der BGH dazu, dass der Kläger nicht die Möglichkeit haben solle, „den Prozeßgegner und die Gerichte wiederholt mit derselben Rechtssache zu befassen, indem er zunächst über die Rechtsgrundlagen und dann über den Anspruch selbst entscheiden läßt“.<sup>58)</sup> Schlimmstenfalls könnte sich das festgestellte Element aufgrund anderer Elemente später ja sogar als unerheblich erweisen, „der Richter also vergebens bemüht“ werden.<sup>59)</sup> Anstelle solcher schiebchenweisen<sup>60)</sup> Belästigungen ist durch möglichst weit gefasste Begehren sofort für nachhaltigen Rechtsfrieden zu sorgen.<sup>61)</sup>

Unter diesem Gesichtspunkt erweist sich die Zurückhaltung beim Filetieren von Rechtsverhältnissen als spezielle Ausprägung des allgemeinen Subsidiaritätsgedankens. Sie muss sich damit einerseits der hier nicht zu vertiefenden Kritik stellen, die man der oft bevormundenden Subsidiarität insgesamt entgegenhalten kann.<sup>62)</sup> Andererseits ist sie bei AGB-Klauseln aber schon deshalb unangebracht, weil sich der Kunde den Vorwurf künstlicher Aufspaltung gerade nicht machen lassen muss. Im Unterschied zu möglichen anderen Elementen ist die Klausel ja kein beliebiger Baustein, der nur im größeren Gesamtzusammenhang interessiert, sondern für sich genommen der zentrale Streitpunkt.<sup>63)</sup> Selbst wenn mehrere Klauseln problematisch sind, kann der Kunde sinnvollerweise auch nur einzelne Bestimmungen herausgreifen, weil sich die prozessökonomische Intention sonst leicht in ihr Gegenteil verkehrt und zur grundlosen Aufblähung des Verfahrens zwingt.<sup>64)</sup> Wie bei zweifellos zulässigen Teilklagen,<sup>65)</sup> denen der Beklagte im Interesse einer endgültigen Erledigung<sup>66)</sup> den Zwischenantrag auf Feststellung des Nichtbestehens der Forderung entgegenhalten kann (§§ 236, 259

<sup>56)</sup> BGH BeckRS 2018, 28992, freilich in einem speziellen insolvenzrechtlichen Zusammenhang; s auch OLG Brandenburg NJOZ 2016, 283; OLG Köln BeckRS 2019, 36421.

<sup>57)</sup> Etwa *Becker-Eberhard* in MüKoZPO<sup>6</sup> § 256 Rz 24ff mwN.

<sup>58)</sup> BGH NJW 1995, 1097.

<sup>59)</sup> *Bötticher*, Anm zu BAG 2 AZR 650/57, SAE 1960, 189 (190); zust *Baur*, Vereinbarungen der Parteien über präjudizielle Rechtsverhältnisse im Zivilprozeß, in FS *Bötticher* (1969) 1 (11).

<sup>60)</sup> So *H. Roth* in *Stein/Jonas*, ZPO<sup>23</sup> § 256 Rz 27b.

<sup>61)</sup> *Kummer*, Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht (1954) 46f; *Oberhammer/Weber* in *Oberhammer/Domej/Haas*, ZPO<sup>3</sup> Art 88 Rz 7.

<sup>62)</sup> Siehe FN 28.

<sup>63)</sup> Zu Wertsicherungsklauseln schon *Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen III (1966) 58.

<sup>64)</sup> Allgemein zu diesem Gesichtspunkt *Brehm*, Rechtsschutzbedürfnis und Feststellungsinteresse, in FG 50 Jahre BGH III (2000) 89 (102, 105f); *Jacobs*, Gegenstand 344ff; *Foerste* in *Musielak/Voit*, ZPO<sup>20</sup> § 256 Rz 12.

<sup>65)</sup> Vgl die Parallele bei *Bähr*, Urteile 168f.

<sup>66)</sup> Die Judikatur verneint eine Rechtskraftwirkung der Entscheidung über die Teilklage hinsichtlich späterer Nachforderungen, was vor allem bei Abweisung der Teilklage mit guten Gründen kritisiert wird; zum Ganzen *Gerolding* in *Kodek/Oberhammer*, ZPO-ON § 411 Rz 90f mwN.

Abs 2 ZPO),<sup>67)</sup> steht es dem AGB-Verwender außerdem ohnehin frei, den Streitgegenstand durch Widerklage auf Feststellung der Wirksamkeit sonstiger Klauseln zu erweitern.<sup>68)</sup> Bei wohlverstandener Anwendung von § 228 ZPO fügt sich die feststellungsfreundliche Linie des EuGH also insgesamt in das österr. Recht ein.

#### D. Ablehnung durch den OGH?

Zweifel daran könnten allerdings angesichts der erwähnten Entscheidung zu enttäuschten Fremdwährungskreditnehmern aufkommen, die ihre Bank auf Feststellung der Unwirksamkeit mehrerer Klauseln des zugrundeliegenden Vertrags geklagt und in den Unterinstanzen verloren hatten.<sup>69)</sup> Dabei ließ das OLG Wien die Revision gerade zur hier interessierenden Frage zu, „*ob ein Verbraucher die Feststellung der Unwirksamkeit einzelner Vertragsklauseln begehren könne, wenn sein Feststellungsinteresse allein in seinem Anspruch auf einen Vertrag, der keine missbräuchlichen Klauseln beinhalte, bestehe*“.

Der OGH stellte den Konnex zur EuGH-Judikatur nicht her, sondern gab eine recht allgemeine Antwort: Unzulässig seien Feststellungsbegehren, die keine konkrete streitverhindernde oder sonstige Rechtswirkung zwischen den Parteien, sondern nur die Klärung abstrakter Rechtsfragen bezwecken. Das Feststellungsinteresse setze also eine unmittelbare Wirkung des festzustellenden Rechts auf die Rechtsposition des Klägers voraus. Demnach sei das gestellte Feststellungsbegehren lediglich hinsichtlich einer Klausel zulässig, wonach „*die ‚Rahmenbedingungen für Finanzierungen‘ sowie unsere ‚Allgemeinen Geschäftsbedingungen‘*“ für diese sowie zukünftige Finanzierungen gelten (Klausel c.). Die Unwirksamkeit dieses intransparenten Verweises sei über den konkreten Anlassfall hinaus bedeutsam, weil bis zum Ende der Vertragslaufzeit in fast einem Jahrzehnt noch Streitigkeiten über die anzuwendenden Bestimmungen entstehen könnten.<sup>70)</sup> Für die übrigen fünf bekämpften Klauseln fehle das Feststellungsinteresse.

Was zunächst restriktiv und daher unionsrechtlich verdächtig klingt, ist im konkreten Fall auf den zweiten Blick nachvollziehbar. Die Entscheidung ist nämlich im größeren Zusammenhang der gefestigten Rechtsprechung zu sehen, die die FX-Klagewelle der letzten Jahre hervorgebracht hat:

Zwei der beanstandeten Klauseln betrafen den Konvertierungsmechanismus und stellten für die Umrechnung rückgeführter Eurozahlungen in Frankenbeträge im Wesentlichen auf den bankintern bestimmten Wechselkurs – das Devisenfixing – ab (Klauseln a. und b.). Entgegen dem ersten Eindruck ist der Stellenwert solcher Konvertierungsklauseln im Gesamtkonstrukt gering, weil der OGH vom „Trennungsmodell“ ausgeht: Neben dem Kreditvertrag besteht ein davon unabhängiger Geldwechselvertrag, weshalb die Nichtigkeit von Umrechnungsklauseln den Kreditvertrag nicht berührt; der Kunde hat die Fremdwährung dann schlicht ander-

<sup>67)</sup> BGH NJW 1977, 1637: typischer Anwendungsfall; außerdem etwa *Schumann*, Die Zwischenfeststellungsklage als Institut zwischen Prozessrecht und materiellem Recht, in FS Georgiades (1973) 543 (550); *H. Roth* in *Stein/Jonas*, ZPO<sup>23</sup> § 256 Rz 9, 102.

<sup>68)</sup> Ein Zwischenfeststellungsantrag kommt nur dann in Betracht, wenn das festzustellende Rechtsverhältnis oder Recht präjudiziell ist, also die Entscheidung über das Klagebegehren von dessen Bestehen oder Nichtbestehen abhängt (§ 236 Abs 1 ZPO). Lautet das Klagebegehren nur auf Feststellung der Unwirksamkeit einer bestimmten Klausel und strebt der Beklagte Sicherheit über die Wirksamkeit einer anderen Klausel an, ist das nicht der Fall.

<sup>69)</sup> OGH 28. 2. 2023, 4 Ob 203/22i.

<sup>70)</sup> OGH 28. 2. 2023, 4 Ob 203/22i, Rz 11, 15.

weitig zu beschaffen.<sup>71)</sup> Mithin reduziert sich die Bedeutung der betreffenden Klauseln auf das Angebot zum Abschluss von Geldwechselverträgen unter den genannten Bedingungen, weshalb der OGH die erforderliche Wirkung auf die Rechtsposition der Kunden und damit das Feststellungsinteresse verneinte.<sup>72)</sup> Überspitzt stieß sich ja auch niemand an der Abweisung einer Klage des Passanten gegen eine Wechselstube auf Feststellung der Unwirksamkeit ausgehängter Bedingungen. Dass das Angebot dem Kunden – im Unterschied zur *invitatio ad offerendum* an den Passanten – schon eine gesicherte Rechtsposition vermittelt und realistischerweise bereits früheren Konvertierungsvorgängen zugrunde gelegt wurde, lässt diesen Vergleich zwar hinken. Im Ergebnis ist der Standpunkt des OGH aber doch zumindest verständlich.

Ähnlich vorgeprägt ist die Entscheidung hinsichtlich zweier weiterer Klauseln, die den zentralen Punkt der Kreditvaluta regelten und dabei nicht übermäßig deutlich machten, welcher Betrag eigentlich in welcher Währung aufgenommen wird (Klauseln d. und f.). Bleibt die Kreditsumme unbestimmt, erübrigt sich die Feststellung der Unwirksamkeit konkreter Klauseln schon insofern, als Gesamtnichtigkeit des Vertrags droht.<sup>73)</sup> In Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung berücksichtigte der OGH aber überzeugend die jahrelange geräuschlose Vertragsabwicklung. Die Kunden hatten nämlich anderweitig Kenntnis vom aufgenommenen Frankenbetrag erlangt und diesen nie beanstandet, sodass kein Zweifel an ihrem Bindungswillen übrigblieb (§ 863 ABGB).<sup>74)</sup> Damit bezog sich das Feststellungsbegehren aber auf nur mehr am Papier bestehende Regelungen, die längst vom zwischenzeitigen Geschehen überholt worden waren. Dass sich die Beklagte nicht mehr damit auseinandersetzen muss,<sup>75)</sup> leuchtet ein.

Schließlich ist die Abweisung auch hinsichtlich der letzten Klausel konsequent, wonach der Kreditnehmer mit seiner Unterschrift die ordnungsgemäße Aufklärung über Risiken bestätigte (Klausel e.). Der rechtliche Gehalt derart verkappter Wissenserklärungen ist ja äußerst begrenzt. Das zeigt sich einerseits daran, dass der OGH auch eine Kontrolle durch Unterlassungsklagen nach § 28 KSchG ablehnt, weil es sich gar nicht um „Vertragsbestimmungen“ handle.<sup>76)</sup> Andererseits rückte ein lediglich auf Tatsachenbestätigungen bezogenes Feststellungsbegehren auch in die Nähe der unzulässigen Tatsachenfeststellungsklage,<sup>77)</sup> zumal es letztlich um den Inhalt des Aufklärungsgesprächs geht, den die Unterinstanzen im konkreten Prozess ohnehin festgestellt hatten.

Insgesamt ist die Entscheidung also nicht als Ablehnung weitgehender Feststellungsmöglichkeiten im AGB-Recht zu sehen. Sie entpuppt sich vielmehr als Beleg dafür, dass selbst die rechtsschutzfreundliche EuGH-Judikatur eine Berücksichtigung der konkreten Umstände nicht erspart, die im Einzelfall auch dazu führen können, dass das Feststellungsinteresse fehlt.

<sup>71)</sup> RIS-Justiz RS0134062; OGH 13. 12. 2022, 7 Ob 183/22 w; näher S. *Kietaibl*, ÖBA 2023, 708 (709) mwN.

<sup>72)</sup> OGH 28. 2. 2023, 4 Ob 203/22i, Rz 12.

<sup>73)</sup> Vgl OGH 2. 2. 2022, 6 Ob 51/21 z.

<sup>74)</sup> Näher *Zoppel*, ÖJZ 2022, 684 (865 f); *Wilfinger*, ZFR 2022, 478 (480 ff); jeweils mwN.

<sup>75)</sup> OGH 28. 2. 2023, 4 Ob 203/22i, Rz 13.

<sup>76)</sup> RIS-Justiz RS0121188; vgl aber OGH 19. 5. 2009, 3 Ob 12/09 z: analoge Anwendung von § 6 Abs 1 Z 11 KSchG aufgrund drohender beweisrechtlicher Nachteile; dazu *Labner*, Der Beweisvertrag im Zivilprozess (2023) 126 mwN. Zum Ganzen *Apathy/Frössel* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB<sup>5</sup> § 30 KSchG Rz 13.

<sup>77)</sup> Etwa *Frauenberger-Pfeiler* in *Fasching/Konecny*, ZPG<sup>3</sup> § 228 ZPO Rz 68 ff; *Becker-Eberhard* in *MüKoZPO*<sup>6</sup> § 256 Rz 28 f.

## E. Zusammenfassung

Während sich der EuGH oft den Vorwurf blinden und eindimensionalen Verbraucherschutzes machen lassen muss, verdient die Judikatur zur Feststellung der Klauselnichtigkeit mithin uneingeschränkte Zustimmung. *BNP Paribas* führt die Klagebefugnis auf die durch die KlauselRL verliehene Stellung zurück, *Provident Polska* zeigt, dass sich wohlfeile Subsidiarität weder damit verträgt noch im praktischen Ergebnis überzeugt. So bringt der EuGH auf den Punkt, was auch national für die Feststellung der Vertragsnichtigkeit ausschlaggebend ist. Will man den Anforderungen der KlauselRL Rechnung tragen, genügt es dementsprechend, diese Grundsätze ernst zu nehmen und missbräuchliche Klauseln nicht anders zu behandeln als gesetz- und sittenwidrige Verträge.

Daraus folgt gleichzeitig, dass sich das geschärfte Problembewusstsein konsequenterweise nicht auf den durch die KlauselRL determinierten Bereich beschränken sollte: Auch wenn der AGB-Verwender bestreitet, dass Klauseln aufgrund der Geltungskontrolle (§ 864 a ABGB) oder wegen Intransparenz (§ 6 Abs 3 KSchG) unwirksam sind, spricht die Interessenlage für die Feststellungsklagebefugnis zur Bestätigung des Unwirksamkeitsgrunds, und zwar unabhängig davon, ob es sich um ein Verbraucher- oder ein Unternehmergeschäft handelt.

## III. Feststellung der Missbräuchlichkeit

### A. Bedeutung des Unwirksamkeitsgrunds

Demnach können Vertragspartner des AGB-Verwenders allgemein auf Feststellung der Unwirksamkeit einzelner Klauseln klagen, um Sicherheit über den Inhalt des Rechtsverhältnisses zu schaffen. Allerdings bleibt im Verbrauchergeschäft angesichts der außergewöhnlichen europäischen Entwicklung der letzten Jahre auch diese Feststellung eigentlich auf halbem Weg stehen. Hier ist Unwirksamkeit nicht mehr gleich Unwirksamkeit, denn die Vorgaben der KlauselRL, aus denen der EuGH die erwähnten strengen Rechtsfolgen von der Lückenfüllung über die Verjährung bis zum Prozess gewinnt, beziehen sich nur auf missbräuchliche Klauseln (Art 3 Abs 1). Solche sind unverbindlich (Art 6 Abs 1), ihrer Verwendung ist durch angemessene und wirksame Mittel insgesamt ein Ende zu setzen (Art 7 Abs 1), was dem EuGH als Anknüpfungspunkt dient. Nicht erfasst sind intransparente Klauseln, bei denen die Richtlinie lediglich eine Auslegung contra proferentem fordert (Art 5).<sup>78)</sup>

Aus nationaler Sicht ergibt sich damit ein differenziertes Bild: Bei gröblicher Benachteiligung (§ 879 Abs 3 ABGB) sind die Richtlinienvorgaben unmittelbar einschlägig, was auch die meisten Fälle des Klauselkatalogs nach § 6 Abs 1 und 2 KSchG betrifft.<sup>79)</sup> Die Nichtigkeitsfolge der Intransparenz (§ 6 Abs 3 KSchG) ist demgegenüber nicht europäisch determiniert, sondern war eine autonome Entscheidung des nationalen Gesetzgebers.<sup>80)</sup> Die Geltungskontrolle (§ 864 a ABGB) ist überhaupt rein österr Provenienz.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die nationale Auslegungsfrage, inwieweit europäische Vorgaben auch in Bereichen berücksichtigt werden, in denen keine Umsetzungspflicht

<sup>78)</sup> Davon zu unterscheiden ist die immer wieder diskutierte Frage, ob Intransparenz nach den Vorstellungen des EuGH für sich genommen zu Missbräuchlichkeit führt; dagegen EuGH 12. I. 2023, C-395/21, D.V., Rn 46 ff.

<sup>79)</sup> Zu Ausnahmen jüngst im Kontext der Wertsicherungsklauseln *Parapatits*, Wertsicherung in Mietverträgen und Klauselkontrolle, in FS Lovrek (2024) 567 (572 ff).

<sup>80)</sup> Kritisch etwa F. Bydliński, Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft, AcP 204 (2004) 309 (377); Bollenberger, Vertragsabschluss unter beiderseitig verdünnter Willensfreiheit, ÖBA 2016, 26 (30).

und damit keine Pflicht zur richtlinienkonformen Interpretation besteht.<sup>81)</sup> Ein Zugang wäre, die österr Entscheidung für rechtsfolgende Gleichbehandlung aller Kontrollschritte weiterzuführen und den Vorstellungen des EuGH entsprechend einheitlich Rechnung zu tragen.<sup>82)</sup> Demnach genügt die Feststellung der Unwirksamkeit, weil sich daraus alles Weitere ergäbe.

Mit Blick auf die außergewöhnliche Tragweite der fraglichen Rechtsfolgen, die – in den Worten des OGH – mitunter „*diametral der Systematik und den Wertungen des Zivilrechts*“ widersprechen,<sup>83)</sup> befürwortet die herrschende Ansicht indes eine gespaltene Auslegung: Da der EuGH aus der KlauselRL etwas gemacht hat, womit bei ihrer Umsetzung nicht zu rechnen war, tritt die ursprünglich intendierte Einheitlichkeit hinter inhaltliche Schadensbegrenzung zurück. Unter dieser überzeugenden Prämisse beschränken sich die europäischen Sonderrechtsfolgen im Wesentlichen auf die Inhaltskontrolle (§ 879 Abs 3 ABGB; § 6 Abs 1 und 2 KSchG), für die Geltungs- (§ 864a ABGB) und Transparenzkontrolle (§ 6 Abs 3 KSchG) bleibt alles beim Alten.<sup>84)</sup>

Damit gewinnt die Frage des Unwirksamkeitsgrunds aber naturgemäß erheblich an Bedeutung. Entfällt eine Klausel wegen Intransparenz, ist etwa nach wie vor zu prüfen, ob im Wege ergänzender Vertragsauslegung oder im dispositiven Recht eine Ersatzlösung gefunden werden kann und ob die Rechtsprechung einschlägig ist, wonach Rückforderungsansprüche mitunter kenntnisunabhängig bereits nach drei Jahren verjähren;<sup>85)</sup> entfällt dieselbe Klausel als missbräuchlich, scheidet eine Ersetzung mit wenigen Ausnahmen von vornherein aus und dürfte der Lauf der Verjährungsfrist erst mit konkreter Kenntnis der Missbräuchlichkeit beginnen.<sup>86)</sup> Kurzum ist aus Verbrauchersicht die Missbräuchlichkeit vorteilhafter, für Unternehmer ist spiegelbildlich die Intransparenz das geringere Übel.

## B. Rechtsgrund im Prozess

### 1. Auswahl und Begrenzung

Mit dieser jungen materiellrechtlichen Entwicklung hält das Prozessrecht nicht unbedingt Schritt. Typischerweise stützen Kläger ihr Begehren ja nachvollziehbarerweise auf jeden erdenklichen Rechtsgrund und ziehen Gerichte dann ebenso nachvollziehbar jenen Tatbestand heran, der konkret am unkompliziertesten zur Entscheidung führt. Oft liegt dabei das Transparenzgebot näher, zumal die Judikatur überaus hohe Anforderungen an das danach geschul-

<sup>81)</sup> Allgemein Jäger, Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht (2006) 107 ff; Perner, EU-Richtlinien und Privatrecht (2012) 127 ff.

<sup>82)</sup> Mit Blick auf die geltungserhaltende Reduktion Kronthaler in Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner, GeKo Wohnrecht II § 6 KSchG Rz 91 f; allgemein Haghofner, Rentenwahlrecht ohne wirksame Rechnungsgrundlagen, VbR 2021, 46 (48).

<sup>83)</sup> OGH 22. 9. 2021, 4 Ob 131/21 z zur Unzulässigkeit der Lückenfüllung durch dispositives Recht.

<sup>84)</sup> Fidler, Unionsrechtliche Entwicklungen bei der richterlichen Vertragsergänzung, JBl 2014, 693 (702); Graf, Grund und Grenzen ergänzender Vertragsauslegung bei Nichtigkeit intransparenter AGB-Klauseln, in Leupold, Forum Verbraucherrecht 2016 (2016) 1 (2); A. Vonkilch, EuGH in der Rs Dziubak: Ein weiterer Schwanengesang auf § 914 ABGB, Zak 2019, 428 (430); Told, JBl 2019, 623 (624 f); Spitzer, ÖJZ 2020, 761 (768 ff); Schauer, Transparenzgebot, ergänzende Vertragsauslegung und die Judikatur, VR 2021 H 6, 33 (42 ff, 46 ff).

<sup>85)</sup> Vgl OGH 2. 9. 2021, 9 Ob 44/21 t; Vollmaier, ÖBA 2024, 169 (169 f) mwN.

<sup>86)</sup> Siehe schon oben, I.A.

dete klare Bild von der Vertragslage stellt.<sup>87)</sup> Dementsprechend heißt es in Klauselurteilen nicht selten, dass die inkriminierte Klausel bereits wegen Intransparenz unwirksam sei und eine gröbliche Benachteiligung deshalb nicht mehr geprüft werden müsse.<sup>88)</sup> Damit fällt die Missbräuchlichkeit als wesentlich durchschlagskräftigerer Unwirksamkeitsgrund aber unter den Tisch.

Zur Vermeidung dieses Risikos könnten Kläger immerhin von der durch die Rechtsprechung eingeräumten Möglichkeit Gebrauch machen, sich ausdrücklich nur auf einen bestimmten Rechtsgrund zu stützen und die Prüfungsbefugnis des Gerichts so darauf einzuschränken.<sup>89)</sup> Die Strategie ist freilich riskant, weil sie die Erfolgchancen naturgemäß schmälert.<sup>90)</sup> Außerdem steht sie insofern auf einem schwachen Fundament, als die Einschränkungsbefugnis in der Lehre einhellig abgelehnt wird,<sup>91)</sup> um Mehrfachprozesse durch einseitiges Aufspalten des Streitgegenstands zu vermeiden.<sup>92)</sup>

## 2. Rechtskraft rechtlicher Qualifikationen

Vor allem kann sich der Verbraucher seiner Sache aber nicht einmal dann völlig sicher sein, wenn das Gericht die Entscheidung tatsächlich auf Missbräuchlichkeit stützt. In möglichen Folgeprozessen stellt sich die Frage schließlich erneut: Wurde etwa die Unwirksamkeit einer gröblich benachteiligenden Wertsicherungs- oder Zinsgleitklausel festgestellt und klagt der Unternehmer später auf Zahlung oder wird er auf Rückzahlung in Anspruch genommen, kann er sich natürlich nicht auf die Klausel stützen, deren Unwirksamkeit bereits bindend feststeht. Könnte er aber vorbringen, die Klausel sei lediglich intransparent, um in ergänzender Vertragsauslegung einen Ersatzindex zu begründen? Könnte er gegen einen Rückforderungsanspruch mit der Begründung den Verjährungseinwand erheben, dass der Verbraucher nicht von den verjährungsrechtlichen EuGH-Privilegien profitiere, weil gar keine Missbräuchlichkeit vorliege?

<sup>87)</sup> Siehe nur P. Bydliński, Thesen zur praktischen Handhabung des „Transparenzgebots“ (§ 6 Abs 3 KSchG), JBl 2011, 141.

<sup>88)</sup> Etwa OGH 17. 12. 2020, 7 Ob 186/20h, Rz 32; 9. 11. 2022, 7 Ob 97/22y, Rz 23; 13. 12. 2022, 7 Ob 153/22h, Rz 40 (Rentenoption in der Lebensversicherung); 27. 7. 2021, 4 Ob 106/21y, Rz 19 (Regelungen zur Betriebskostentragung); 23. 1. 2024, 2 Ob 238/23y, Rz 12 (Kreditbearbeitungsgebühr). Es gibt freilich auch Fälle, in denen umgekehrt die Intransparenz wegen feststehender Missbräuchlichkeit nicht mehr geprüft wird, zB OGH 25. 2. 2021, 3 Ob 179/20z, Rz 57 (Einlösungsfrist für Gut-schein).

<sup>89)</sup> RIS-Justiz RS0037610; RS0019055.

<sup>90)</sup> Eine Eventualhäufung überzeugte nicht: Bleibt das Tatsachensubstrat gleich und liegt insofern derselbe Streitgegenstand vor, handelte es sich nicht um Eventualbegehren im eigentlichen Sinn; dem Gericht innerhalb desselben Streitgegenstands ohne weiteres eine rechtliche Prüfreihefolge vorgeben zu können, dürfte von der Judikatur nicht intendiert sein und wird in der L ohnehin abgelehnt; vgl Geroldinger in Fasching/Konecny, ZPG<sup>3</sup> Vor § 226 ZPO Rz 76.

<sup>91)</sup> Etwa Fasching, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts<sup>2</sup> (1990) Rz 1448; Rechberger/Klicka in Rechberger/Klicka, ZPO<sup>5</sup> Vor § 226 Rz 16; Geroldinger in Fasching/Konecny, ZPG<sup>3</sup> Vor § 226 ZPO Rz 76.

<sup>92)</sup> Oberhammer, Anm zu OGH 1 Ob 210/97g, wobl 1998, 185 (185). Vermittelnd könnte man auch annehmen, dass der Kläger durch seine Qualifikation zwar die Prüfung anderer Rechtsgründe vermeiden kann, ein Nachschieben dieser anderen Rechtsgründe in späteren Prozessen aber ausscheidet, wenn es sich insgesamt um denselben Streitgegenstand handelt.



Damit ist die schwierige und in Österreich bislang kaum behandelte<sup>93)</sup> Frage angesprochen, ob und inwieweit die vom Gericht vorgenommene rechtliche Qualifikation in Rechtskraft erwächst. Die Diskussion gleicht einer Neuaufgabe der allgemeinen Rechtskraftdebatte unter spezielleren Vorzeichen. So wird einerseits betont, die Bindung an die rechtliche Einordnung könne zur Absicherung des Sinngehalts der rechtskräftigen Entscheidung erforderlich sein,<sup>94)</sup> während andere an die gesetzliche Begrenzung der Rechtskraft auf die Entscheidung über den geltend gemachten Anspruch erinnern (§ 411 ZPO), die die Begründung bewusst ausklammert.<sup>95)</sup>

Während sich der OGH noch nicht näher mit der Problematik befasste,<sup>96)</sup> bejahte die ältere deutsche Judikatur eine Rechtskraft rechtlicher Einordnungen immer wieder,<sup>97)</sup> womit der BGH aber in einer jüngeren Grundsatzentscheidung aufräumte:<sup>98)</sup> Ein GmbH-Geschäftsführer war zu Schadenersatz für nicht abgeführte Sozialversicherungsbeiträge verurteilt worden. In dessen späterer Insolvenz meldete die Gläubigerin die titulierte Forderung als Forderung aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung an, um sicherzustellen, dass sie von einer etwaigen Restschuldbefreiung nicht betroffen wäre (§ 302 Nr 1 InsO = § 215 Z 1 IO). Der BGH verneinte allerdings eine Bindungswirkung hinsichtlich der Vorsatzqualifikation. Das Urteil solle nämlich keine Folgen erzeugen, die über die Absicht der Parteien hinausgingen und derer sich die Parteien während des Prozesses nicht bewusst gewesen wären. Gerade die Gefahr, nach § 302 Nr 1 InsO keine Restschuldbefreiung erlangen zu können, spreche folglich dagegen, dem Schuldner allein aufgrund einer Verurteilung zur Zahlung das künftige Bestreiten des Rechtsgrunds zu versagen. Außerdem entstünde sonst regelmäßig Unsicherheit über den Rechtskraftumfang, weil in den häufigen Fällen von Anspruchskonkurrenz nicht immer zweifelsfrei ersichtlich wäre, ob sich das Gericht zu einer bestimmten Anspruchsgrundlage bekennt und ob andere ausscheiden. Schließlich müsse man sonst eine Beschwer durch die Gründe anerkennen<sup>99)</sup> und die Erhebung „unnötiger“ Rechtsmittel allein aufgrund der Entscheidungsbegründung in Kauf nehmen, was das bewusst enge Rechtskraftkonzept aber gerade verhindern wolle.

Zwar bezog der BGH seine Ausführungen ausdrücklich nur auf die konkret entscheidungserhebliche Frage der Vorsatzqualifikation im späteren Insolvenzverfahren, was schon deshalb nachvollziehbar ist, weil sich die Entscheidungswirkungen letztlich immer nur mit Blick auf konkrete Fälle sinnvoll ausmessen lassen. Bei aller Unsicherheit überzeugt es aber dennoch

<sup>93)</sup> Siehe aber *Kralik*, Die Vorfrage im Verfahrensrecht (1953) 119 und jüngst *Geroldinger* in *Kodek/Oberhammer*, ZPO-ON § 411 Rz 50.

<sup>94)</sup> Mit Abstufungen etwa *Zeuner*, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge (1959) 32 ff; *Kralik*, Vorfrage 119; *Henckel*, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess (1961) 295 ff; *Althammer* in *Stein/Jonas*, ZPO<sup>23</sup> § 322 Rz 114 ff.

<sup>95)</sup> Zuletzt insb *H. Roth*, Materielle Rechtskraft und rechtliche Qualifikation, ZZZ 124 (2011) 3 (11); s auch *Brox*, Die Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung, ZZZ 81 (1968) 379 (389).

<sup>96)</sup> Gelegentlich findet sich nur der knappe Hinweis, dass die rechtliche Beurteilung nicht in Rechtskraft erwachse; vgl OGH RZ 1936, 225; 13. 3. 2008, 6 Ob 175/07i.

<sup>97)</sup> Vgl RGZ 126, 234 (237); 144, 54 (58, 61); BGH BeckRS 1951, 31204959; BGH NJW 1965, 688.

<sup>98)</sup> BGH NJW 2010, 2210.

<sup>99)</sup> Dazu etwa auch *Grunsky*, Rechtskraft von Entscheidungsgründen und Beschwer, ZZZ 76 (1963) 165 (172 ff); *Brox*, ZZZ 81, 379 (388 f); *Oberhammer*, Objektive Grenzen der materiellen Rechtskraft: Bindung und Präklusion, JBl 2000, 205 (215); *Grunsky*, Überlegungen zur Konkurrenz mehrerer Klageabweisungsgründe, in FS Schumann (2001) 159 (161 f); *Althammer* in *Stein/Jonas*, ZPO<sup>23</sup> § 322 Rz 113; *Geroldinger* in *Kodek/Oberhammer*, ZPO-ON § 411 Rz 50.

ganz allgemein, jene Wertungen zu betonen, derer man sich sicher sein kann:<sup>100</sup>) Wie sein deutsches Pendant (§ 322 dZPO) hält § 411 ZPO die Rechtskraftgrenzen ganz bewusst eng, um das Prozessrisiko absehbar und steuerbar zu machen. Die Parteien sollen weder vorsichtshalber Bedacht auf alle Entscheidungsgründe nehmen müssen, noch soll sie die Rechtskraft in ihrer Reichweite später überraschen.<sup>101</sup>)

Das betrifft auch die rechtliche Einordnung, wobei die Überlegung hilfreich ist, dass diese Einordnung nie um ihrer selbst willen interessiert, sondern immer mit Blick auf mögliche Konsequenzen in Folgeprozessen: Ob die Leistung aus vorsätzlicher oder fahrlässiger Schädigung zusteht, bedeutet in der Insolvenz, ob Restschuldbefreiung möglich ist (§ 215 Z 1 IO). Ob – zurückkommend auf das Ausgangsproblem – die Klausel missbräuchlich oder intransparent ist, wirkt sich auf Lückenfüllung und Verjährung aus.

Für die Parteien werden diese Fragen nicht immer denselben Stellenwert haben. Es ist etwa ohne weiteres vorstellbar, dass sich ein AGB-Verwender mit der Nichtigkeit seiner Klausel abfindet, den für ihn besonders nachteiligen Ausschluss der ersatzweisen Anwendung dispositiven Rechts aber vehement bestreitet und in die Entscheidung dieser Frage entsprechend mehr Ressourcen investieren möchte als in die Entscheidung über die Nichtigkeit selbst. Beredtes Zeugnis legt der erwähnte Fall *Gupfinger* ab, in dem das klagende Einrichtungsstudio seinen Schadenersatzanspruch von vornherein nicht auf die missbräuchliche Klausel stützte, sondern auf § 921 ABGB.<sup>102</sup>)

Haben im Erstprozess – sinnvollerweise – ökonomische oder sachverhaltsseitige Gesichtspunkte bestimmt, auf welche von mehreren Anspruchsgrundlagen in welcher Variante oder Qualifikation das Gericht seine Entscheidung stützt, kommt hinzu, dass der Rechtskraftumfang damit letztlich von einer unkalkulierbaren Zufälligkeit abhinge.<sup>103</sup>) Selbst bei ausdrücklicher Beschränkung auf einen bestimmten Rechtsgrund durch den Kläger<sup>104</sup>) oder wenn von vornherein lediglich ein Rechtsgrund in Betracht kommt, müssen die Parteien diesen Rechtsgrund aber nur auf das dort gestellte Begehren beziehen.<sup>105</sup>) Mit einer endgültigen Entscheidung über verschiedene spätere Folgen der rechtlichen Einordnung müssen sie nämlich insgesamt nicht rechnen.

Mit dem BGH spricht Wertungskonsistenz also grundsätzlich dafür, die rechtliche Einordnung trotz ihrer besonders engen Verknüpfung mit der Hauptfrageentscheidung<sup>106</sup>) als Vorfrage zu behandeln und eine Bindungswirkung für Folgeprobleme entsprechend zu verneinen. Im Einklang mit der Begrenzung der Rechtskraft auf den geltend gemachten Anspruch (§ 411 ZPO) sollen sich die Parteien in jeder Hinsicht darauf verlassen können, dass die Entscheidung keine über das Klagebegehren hinausgehenden Wirkungen entfaltet.

<sup>100</sup>) Dem BGH dementsprechend zust *H. Roth*, ZZZ 124, 3 (4, 11); *Althammer* in *Stein/Jonas*, ZPO<sup>23</sup> § 322 Rz 117.

<sup>101</sup>) Etwa *Oberhammer*, JBl 2000, 205 (211 ff); *Geroldinger* in *Kodek/Oberhammer*, ZPO-ON § 411 Rz 41 ff mwN.

<sup>102</sup>) Vgl OGH 25. 4. 2023, 4 Ob 236/22t; EuGH 8. 12. 2022, C-625/21, *Gupfinger*.

<sup>103</sup>) *A. Blomeyer*, Zum Urteilsgegenstand im Leistungsprozess, in FS Lent (1957) 43 (58).

<sup>104</sup>) RIS-Justiz RS0037610; RS0019055.

<sup>105</sup>) Anders wohl *Bader*, Zur Tragweite der Entscheidung über die Art des Anspruchs bei Verurteilungen im Zivilprozess (1966) 57 ff, 61 f.

<sup>106</sup>) Das betont zu Recht *Althammer* in *Stein/Jonas*, ZPO<sup>23</sup> § 322 Rz 112.

### 3. Zwischenergebnis

Aus der Perspektive des Verbrauchers ergibt sich damit ein insgesamt unbefriedigendes Zwischenergebnis: Dass das Gericht die vorteilhaftere Missbräuchlichkeit prüft, ist nicht gesichert, sofern man nicht alles auf eine Karte setzt und den geltend gemachten Rechtsgrund explizit darauf einschränkt. Nachhaltiger Erfolg ist jedenfalls ausgeschlossen, weil die rechtliche Qualifikation nicht in Rechtskraft erwächst. Wer die Feststellung der Unwirksamkeit einer AGB-Klausel begehrt, bekommt eben nur diese Feststellung.

### C. Antragsmöglichkeit

Es liegt nahe, dass der EuGH mit diesem Ergebnis nicht zufrieden wäre. Nimmt man seine Leitentscheidung *BNP Paribas* erneut in den Blick, erhellt denn auch die Bedeutung eines bisher vernachlässigten Umstands. Genau genommen sprach der EuGH darin nämlich vom Recht des Verbrauchers, „die Missbräuchlichkeit“ einer Vertragsklausel gerichtlich feststellen zu lassen,<sup>107)</sup> womit die KlauselRL wörtlich verstanden nicht nur ein Recht auf Feststellung der Klauselunwirksamkeit, sondern auch ein Recht auf Feststellung der Missbräuchlichkeit selbst verleiht.

Vor dem Hintergrund österr Grundsätze ist das kein semantisches Detail. Es hat sich ja gezeigt, dass die Ablehnung der Rechtskraft rechtlicher Qualifikationen nur an der bezweckten Verschlinkung des Prozesses im wohlverstandenen Parteiinteresse liegt. Geschäftsgrundlage dieser gesetzgeberischen Entscheidung für ein enges Rechtskraftkonzept war aber die damit korrespondierende Möglichkeit der Parteien, Vorfragen durch entsprechende Feststellungsanträge zu Hauptfragen zu machen und die Rechtskraftgrenzen so bewusst zu erweitern.<sup>108)</sup> Im erwähnten Urteil zur mangelnden Bindung an die Vorsatzqualifikation in der Insolvenz kommt darauf auch der BGH zurück, weil der Gläubigerin die Erhebung einer dahingehenden Feststellungsklage überlassen bleibe.<sup>109)</sup> Genauso streicht *Geroldinger* überzeugend heraus, dass die Antragsmöglichkeit notwendige Kehrseite der Ablehnung einer Bindung an die rechtliche Einordnung ist: Zurückhaltung beim Rechtskraftumfang erscheine unter der Voraussetzung vorzugswürdig, dass die nähere rechtliche Qualifikation mit Feststellungsklage oder Zwischenfeststellungsantrag bindend geklärt werden kann.<sup>110)</sup>

Aus Parteienperspektive stellt diese Befugnis sicher, dass das Gericht die Prüfung der Missbräuchlichkeit nicht unter Verweis auf sonstige Kontrolltatbestände ablehnt. Gleichzeitig erübrigt sich das Problem der Beschwer durch die Gründe und unnötiger prophylaktischer Rechtsmittel, weil Nachteile nur hinsichtlich der unmittelbaren Entscheidung über das Klagebegehren drohen: Wurde lediglich Leistung oder die Feststellung der Klauselunwirksamkeit begehrt, ist die Partei durch die rechtliche Begründung nicht einmal materiell beschwert, weil diese Einordnung nach den dargestellten Grundsätzen keine Bindungswirkung entfaltet; wurde auch die Feststellung der Missbräuchlichkeit beantragt, ist die Partei durch eine für sie nachteilige Entscheidung schon formell beschwert.

<sup>107)</sup> EuGH 10. 6. 2021, C-776/19 bis C-782/19, *BNP Paribas*, Rn 38.

<sup>108)</sup> *Hahn*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen II/1<sup>2</sup> (1881) 291.

<sup>109)</sup> BGH NJW 2010, 2210; *H. Roth*, ZJP 124, 3 (12f, 21, 25f); in etwas anderem Kontext auch *Grunsky* in FS Schumann 159 (168).

<sup>110)</sup> *Geroldinger* in *Kodek/Oberhammer*, ZPO-ON § 411 Rz 50.

#### D. Feststellungsfähigkeit

Europäisch wie national ist die Feststellungsklagebefugnis damit vorgezeichnet. Auf dem Boden von § 228 ZPO steht ihr aber eine letzte Hürde entgegen:<sup>111)</sup> Die Feststellungsfähigkeit rechtlicher Qualifikationen wird grundsätzlich verneint,<sup>112)</sup> weshalb der OGH zuletzt etwa Begehren auf Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Obduktion<sup>113)</sup> oder der Ablehnung einer Bewerbung<sup>114)</sup> abwies.

Die Feststellung der Missbräuchlichkeit nun auf dieser Ebene abzulehnen, erweckte allerdings von vornherein den Verdacht, den Schwanz mit dem Hund wedeln zu lassen: Der Bedarf nach Sicherheit über den Rechtsgrund der Klauselunwirksamkeit ist ja evident, die prinzipielle Ablehnung einer dahingehenden Rechtskraftwirkung des Nichtigkeitsverdikts liegt nur an der Rücksichtnahme auf den Dispositionsgrundsatz. Man brächte die Parteien also um genau jene Möglichkeit, aufgrund derer die rechtliche Qualifikation nicht von vornherein rechtskräftig wird, wofür durchgreifende Bedenken bestehen müssten.

Solche Bedenken sind allerdings nicht auszumachen, im Gegenteil sollte man den normativen Gehalt der Begrenzung auf Rechtsverhältnisse und Rechte ganz allgemein nicht überschätzen.<sup>115)</sup> Mit Ausnahme der Absage an Tatsachenfeststellungsklagen<sup>116)</sup> ist die Feststellungsfähigkeit nämlich primär im Gesamtgefüge des § 228 ZPO zu sehen, wo die sachgerechte Begrenzung der Klagebefugnis vor allem über das Feststellungsinteresse erfolgt.<sup>117)</sup> Dass sich hinter der Feststellungsfähigkeit dabei kaum eigenständige Wertungsgesichtspunkte finden und die Begründungsmuster dementsprechend fast beliebig austauschbar sind,<sup>118)</sup> hat sich bereits zur Elementenfeststellung gezeigt, wo für die bezweckte Vermeidung unnötiger Aufsplitterung genauso gut auf das Feststellungsinteresse recurriert werden kann.

Dasselbe gilt für rechtliche Qualifikationen, was in jenen Fällen besonders deutlich wird, in denen die Rechtsprechung sehr wohl großzügig ist: Das Interesse der Parteien eines Dauerschuldverhältnisses an Klarheit über dessen Inhalt ist etwa unzweifelhaft und wird entsprechend berücksichtigt, wenn der OGH Klagen auf Feststellung der (Nicht-)Anwendbarkeit des MRG oder der Einordnung als Miete oder Pacht ermöglicht.<sup>119)</sup> Ebenso wenig lässt sich die zentrale Funktion der Feststellung der Haftung für zukünftige Schäden bestreiten,<sup>120)</sup> weshalb die in der Lehre mitunter angemeldeten Bedenken hinsichtlich der Feststellungsfähigkeit –

<sup>111)</sup> Darauf hinweisend *Geroldinger* in *Kodek/Oberhammer*, ZPO-ON § 411 Rz 50.

<sup>112)</sup> RIS-Justiz RS0038902.

<sup>113)</sup> OGH 30. 8. 2017, 1 Ob 142/17 i.

<sup>114)</sup> OGH 3. 5. 2021, 8 ObA 16/21 t.

<sup>115)</sup> *Zeuner*, Überlegungen zum Begriff des Rechtsverhältnisses i.S. von § 256 ZPO, in FS Schumann (2001) 595 (602).

<sup>116)</sup> Vgl Materialien zu den neuen österreichischen Civilprozessgesetzen. Herausgegeben vom k.k. Justizministerium I (1897) 781.

<sup>117)</sup> *Zeuner* in FS Schumann 595 (603f); *H. Roth* in *Stein/Jonas*, ZPO<sup>23</sup> § 256 Rz 27b; *Becker-Eberhard* in *MüKoZPO*<sup>6</sup> § 256 Rz 27; *Becker-Eberhard*, Die (nur beschränkte) Regulierungswirkung der besonderen Prozessvoraussetzungen der Feststellungsklage, in FS H. Roth (2021) 159 (164). Vgl auch Materialien I 279, wo zur Verhütung des Missbrauchs lediglich auf das Feststellungsinteresse abgestellt wird.

<sup>118)</sup> Etwa *Grunsky*, Rezension von Trzaskalik, Rechtsschutzzone, AcP 179, 410 (410).

<sup>119)</sup> *Fasching*, Kommentar III 59f; *Frauenberger-Pfeiler*, Zur Feststellung „des Gewährleistungsanspruchs“, *ecolex* 2008, 500 (501); *Frauenberger-Pfeiler* in *Fasching/Konecny*, ZPG<sup>3</sup> § 228 ZPO Rz 45f; *Planitzer* in *Kodek/Oberhammer*, ZPO-ON § 228 Rz 10.

<sup>120)</sup> *F. Bydlinski*, Schadensentstehung und Verjährungsbeginn im österreichischen Recht, in FS Steffen (1995) 65 (73).

festgestellt werde nämlich lediglich die Sorgfaltswidrigkeit<sup>121)</sup> – zu Recht unberücksichtigt bleiben. Schließlich ist auf die Qualifikation als Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung zurückzukommen, die den Gläubiger im deutschen Zwangsvollstreckungs- (§ 850f Abs 2 dZPO) und Insolvenzrecht (§ 302 Nr 1 InsO) privilegiert: Sie wird zwar nicht schon mit dem Zahlungsurteil rechtskräftig, kann aber zum Gegenstand einer Feststellungsklage gemacht werden.<sup>122)</sup> Das erscheint dem BGH offenbar so evident, dass er die Feststellungsfähigkeit nicht einmal als Hürde wahrnimmt.<sup>123)</sup>

Erweist sich die Feststellungsfähigkeit für sich genommen mithin als einigermaßen inhaltsleer,<sup>124)</sup> sind rechtliche Qualifikationen im Grundsatz nicht anders zu behandeln als sonstige Feststellungsgegenstände: Hat der Beklagte die rechtlich geschützte Position des Klägers bestritten und insofern gestört, muss er sich im Wege der Feststellungsklage auf deren Anerkennung fixieren lassen. „Weigerungsgründe“ können dabei zwar etwa die Vermeidung bedeutungsloser oder – in einem Ganz-oder-Garnicht-Zugang – übertrieben kleinteiliger Streitigkeiten sein, was sich in den Tatbestandsvoraussetzungen der Feststellungsfähigkeit und des Feststellungsinteresses gleichermaßen niederschlägt. Angesichts der dargestellten materiell- und prozessrechtlichen Interessenlage spricht aber keiner dieser Gründe gegen die Feststellung der Missbräuchlichkeit einer verwendeten Klausel.

## E. Zusammenfassung

Wie schon die Feststellung der Klauselunwirksamkeit überzeugt also auch die Feststellung der Missbräuchlichkeit. Den Anstoß gab zwar jeweils der EuGH, in der Sache handelt es sich aber nicht um europäische Fremdkörper, sondern um konsequente Anwendungsfälle des § 228 ZPO. Funktional muss sich der Unternehmer gegenüber dem Verbraucher zur Missbräuchlichkeit bekennen, weil diese Einordnung eine maßgebende Weiche für die weitere Beziehung stellt.

Entfällt diese Weichenstellung, etwa weil außerhalb des Anwendungsbereichs der KlauselRL keine rechtsfolgenseitigen Unterschiede bestehen, entfällt auch der Bedarf nach derart präzisen Begehren. Hier genügt die Feststellung der Unwirksamkeit, auf den insofern überflüssigen Streitpunkt des konkreten Grundes muss sich der Verwender nicht einlassen.

## IV. Kollektiver Rechtsschutz

### A. KSchG-Verbandsklage

#### 1. Unterlassungsanspruch

Während Feststellungsbegehren im Individualprozess damit einen festen Platz haben, wird im Verbandsverfahren nach § 28 KSchG üblicherweise erst gar nicht danach gefragt. Unab-

<sup>121)</sup> *Fasching*, Kommentar III 63f; *Frauenberger-Pfeiler* in *Fasching/Konecny*, ZPG<sup>3</sup> § 228 ZPO Rz 58f.

<sup>122)</sup> BGH NJW 1990, 834; NJW 2003, 515; NJW 2010, 2210; OLG Hamm ZRI 2024, 172; zust *Gaul*, Die privilegierte Zwangsvollstreckung wegen einer Forderung aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung als Problem der Funktionsteilung zwischen Prozessgericht und Vollstreckungsgericht, in FS Gerhardt (2004) 259 (297ff); *H. Roth*, ZZP 124, 3 (21, 25f); *Althammer* in *Stein/Jonas*, ZPO<sup>23</sup> § 322 Rz 117, 122f.

<sup>123)</sup> Wird die Frage der Feststellungsfähigkeit des Verschuldens abstrakt gestellt, wird sie demgegenüber regelmäßig verneint; s *Petschek*, ZBl 1931, 147 (147); OGH ZVR 1966, 328; JBl 1967, 530; mit Blick auf die betroffenen Fälle zu Recht krit aber *Ertl*, Die Verjährung künftiger Schadenersatzansprüche, ZVR 1993, 33 (36).

<sup>124)</sup> Anders freilich *Jacobs*, Gegenstand 183ff.

hängig von den Feinheiten der dogmatischen Einordnung der Verbandsklagebefugnis<sup>125)</sup> ist der Verband dafür schließlich auf eine spezielle gesetzliche Grundlage angewiesen, wobei sich § 28 KSchG sehr deutlich ausdrückt. Es kann „auf Unterlassung geklagt werden“, was den Umkehrschluss derart nahelegt, dass eine Feststellungsklagebefugnis des Verbands soweit ersichtlich nie vertreten wurde.

Die Beschränkung auf den Unterlassungsanspruch ist denn auch Ausdruck eines bewussten Konzepts: Der Streit soll zwischen dem Verband und dem AGB-Verwender geführt werden, Verbraucher sind daran gänzlich unbeteiligt und nur insofern mittelbar begünstigt, als dem unterlegenen Unternehmer die Verwendung der Klausel insgesamt verboten wird. Berufung sich der Unternehmer dennoch weiterhin auf die Klausel, kann der siegreiche Verband gewissermaßen Unterlassungsexekution zugunsten Dritter führen.<sup>126)</sup>

Dieses Modell hat sich bewährt und besticht durch seine Einfachheit, eröffnet gerade dadurch allerdings auch einzelne Angriffsflächen.

## 2. Prozessbezogenheit und Wirkungserstreckung

Zunächst ist bemerkenswert, dass Unternehmern damit auch prozessbezogene Unterlassungspflichten auferlegt werden, weil sogar die Vertretung des eigenen Standpunkts im Individualprozess strafbewehrt ist (§§ 355 ff EO). Dieser Umstand kontrastiert schließlich mit der sonstigen Zurückhaltung gegenüber derartigen Eingriffen in den Justizgewährungsanspruch, die außerdem für außerprozessuale Störfeuer im laufenden Verfahren sorgen. So lehnt die Rechtsprechung einstweilige Verfügungen gegen die Vorlage von Beweismitteln<sup>127)</sup> eigentlich genauso ab wie Ansprüche auf Unterlassung späteren Prozessvorbringens.<sup>128)</sup> In Deutschland erstreckt sich ein nach dem UKlaG erstrittenes Verbot der Klauselverwendung dementsprechend explizit nicht auf Gerichtsprozesse, weil Prozesshandlungen ganz grundsätzlich nicht Gegenstand von Unterlassungstiteln sein könnten.<sup>129)</sup> Abhilfe schafft vielmehr § 11 UKlaG, wonach die Klausel „als unwirksam anzusehen“ ist, wenn sich der Verbraucher im Individualprozess auf die Wirkung des Unterlassungsurteils beruft. Es wird also eine besondere Rechtskrafterstreckung zugunsten des Verbrauchers normiert.<sup>130)</sup>

Das hat viel für sich: Der Unternehmer wird geschont, der Verbraucher gelangt ohne jeden Reibungsverlust zum Ziel. Wie bei der Exekution von Pflichten zur Abgabe von Willenserklärungen, die zur Vermeidung unnötiger und verzögernder Strapazen mit der Rechtskraft des Urteils von selbst erfolgt (§ 367 EO),<sup>131)</sup> macht man sich damit die Rechtskraft zunutze,

<sup>125)</sup> Näher etwa *Kunz*, Die Prozessstandschaft (2019) 65 ff.

<sup>126)</sup> Siehe nur *Geroldinger*, Ergänzende Auslegung von Verbraucherverträgen trotz Verbots der geltungserhaltenden Reduktion? ÖBA 2013, 27 (40); *Spitzer*, Kollektivinteressen im Zivilprozess, in *GS Rebhahn* (2019) 573 (583f) mwN.

<sup>127)</sup> OGH 18. 2. 2021, 6 Ob 16/21b EvBl 2021/125 (*Werderitsch*).

<sup>128)</sup> OGH 25. 1. 2023, 6 Ob 244/22h; für Deutschland *Rixecker* in *MüKoBGB*<sup>9</sup> Anh zu § 12 Rz 298 mwN.

<sup>129)</sup> *Piekenbrock* in *Staudinger*, BGB (2022) § 1 UKlaG Rz 48.

<sup>130)</sup> Zu den damit verbundenen dogmatischen Schwierigkeiten etwa *Gaul*, Die Erstreckung und Durchbrechung der Urteilswirkungen nach §§ 19, 21 AGBG, in *FS Beitzke* (1979) 997 (1014, 1042 ff); *Micklitz/Rott* in *MüKoBGB*<sup>6</sup> § 11 UKlaG Rz 3f mwN.

<sup>131)</sup> Siehe *Hahn*, *Materialien II/1*<sup>2</sup> 466: „Der Zwang zur Erklärung würde den Gläubiger nur aufhalten und den Schuldner ohne Noth belästigen.“ Außerdem *Kohler*, Ungehorsam und Vollstreckung im Civilprozeß, *AcP* 80 (1893) 141 (268); *Kipp*, Die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen und zu Rechtshandlungen, in *FG Jhering* (1892) 41 (44).



die zukünftige Streitigkeiten über die Klausel ohne weiteres erübrigt.<sup>132)</sup> Dass der EuGH dieses Modell gutheißt – die AGB-Verbandsklage ist durch Art 7 Abs 2 KlauselRL determiniert –, überrascht nicht.<sup>133)</sup>

Der EuGH geht freilich noch einen Schritt weiter. Nach Art 7 Abs 2 KlauselRL müssen Verbände „die Gerichte oder die zuständigen Verwaltungsbehörden anrufen können, damit diese darüber entscheiden, ob Vertragsklauseln [. . .] missbräuchlich sind, und angemessene und wirksame Mittel anwenden, um der Verwendung solcher Klauseln ein Ende zu setzen“. Eine effektive und abschreckende Umsetzung dieser Vorgabe erlaube eine Wirkungserstreckung auf unbeteiligte Verbraucher nicht nur, sondern „erfordert“ sie sogar.<sup>134)</sup> Andernfalls wäre der Nutzen der Verbandsklage für Verbraucher nämlich gering, überhaupt könnten missbräuchliche Klauseln nur dann wirksam bekämpft werden, wenn der stattgebenden Entscheidung „eine gewisse Breitenwirkung zugestanden wird“.<sup>135)</sup>

Nun gewährleistet zwar auch das Unterlassungsgebot – ergänzt um die Urteilsveröffentlichung (§ 30 KSchG; § 25 UWG) – eine „gewisse Breitenwirkung“ und lässt sich die Unionsrechtskonformität der österr Lösung insofern durchaus begründen.<sup>136)</sup> Es ist aber zumindest zweifelhaft, ob die rein faktische, vom Willen des Gerichts und dem Betreiben des Verbands abhängige Wohltat gegenüber Verbrauchern den aufgestellten Anforderungen gerecht wird,<sup>137)</sup> was die Nagelprobe unterstreicht: Hielte ein Gericht die bereits nach § 28 KSchG untersagte Klausel im Individualprozess doch für zulässig, wozu es nach geltendem Recht zweifellos berechtigt ist, wäre nicht unbedingt mit Applaus aus Luxemburg zu rechnen.<sup>138)</sup>

### 3. Missbräuchlichkeit

Während es sich dabei um ein eher unrealistisches Szenario handeln dürfte, ist eine zweite Konsequenz der KSchG-Unterlassungskonstruktion im Licht der KlauselRL auch praktisch problematisch. Die Zulässigkeit der Klausel sowie der konkrete Unzulässigkeitsgrund sind bloße Vorfragen der Unterlassungspflicht und dementsprechend nicht von der Rechtskraft eines stattgebenden Urteils umfasst.<sup>139)</sup> Das führt dazu, dass eine sinnvolle Wirkungserstreckung auf Individualprozesse auch eine Erweiterung der objektiven Grenzen voraussetzte,<sup>140)</sup>

<sup>132)</sup> Anschaulich *Leonhard*, Der Anspruchsbegriff des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, ZJP 15 (1891) 327 (350); *Picker*, Die Drittwiderspruchsklage in ihrer geschichtlichen Entwicklung als Beispiel für das Zusammenwirken von materiellem Recht und Prozeßrecht (1981) 346.

<sup>133)</sup> EuGH 26. 4. 2012, C-472/10, *Invitel*, Rn 32 ff zum ähnlichen ungarischen Recht.

<sup>134)</sup> EuGH 26. 4. 2012, C-472/10, *Invitel*, Rn 38.

<sup>135)</sup> SA *Trstenjak* 6. 12. 2011, C-472/10, *Invitel*, Rn 51, auf die der EuGH in seiner Begründung verweist.

<sup>136)</sup> *Geroldinger*, ÖBA 2013, 27 (40) mwN. Vgl nunmehr auch Art 15 VerbandsklagenRL zur Vorlage rechtskräftiger Entscheidungen als Beweismittel; näher *Kodek/Dangl*, Unterlassungs- und Abhilfentscheidungen und Abhilfevergleiche, in *Anzenberger/Klauer/Nunner-Krautgasser*, Kollektiver Rechtsschutz im Europäischen Rechtsraum (2022) 105 (111).

<sup>137)</sup> Vgl *Pfeiffer* in *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht<sup>7</sup> Art 7 KlauselRL Rz 14: Die Klausel müsse für alle betroffenen Verbraucher unverbindlich sein.

<sup>138)</sup> Unterschiedliche Ergebnisse sind freilich von vornherein unbedenklich, wenn sie an den unterschiedlichen Maßstäben liegen. So gilt das Gebot der kundenfeindlichsten Auslegung nur im Verbandsprozess und können im Individualprozess die Umstände des Einzelfalls umfassend berücksichtigt werden, was wiederum die FX-Fälle veranschaulichen; vgl *Wilfinger*, ZFR 2022, 478 (480 ff).

<sup>139)</sup> *Jelinek*, Die „Verbandsklage“, in *Krejci*, Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz (1981) 785 (832).

<sup>140)</sup> Aus deutscher Sicht *Micklitz/Rott* in *MüKoBGB*<sup>6</sup> § 11 UKlaG Rz 3.

ohne dabei freilich die unterschiedlichen Kontrollmaßstäbe aus den Augen zu verlieren (kundenfeindlichste Auslegung, Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls).<sup>141)</sup>

Vor allem stellt sich für den klagenden Verband aber dasselbe Problem wie für den Verbraucher im Individualprozess: Beschränkt er sich nicht explizit auf den bestimmten Rechtsgrund, ist nicht gesichert, dass die günstigere Missbräuchlichkeit geprüft wird; selbst wenn sich das Urteil darauf stützt, könnte sich der Unternehmer zukünftig noch auf den Standpunkt stellen, die Klausel sei bloß aus anderen Gründen unwirksam.<sup>142)</sup> Führt man sich die rechtsfolgenseitigen Konsequenzen und die Vorgabe der KlauselRL erneut vor Augen, wonach vom Verband angerufene Gerichte „darüber entscheiden, ob Vertragsklauseln [. . .] missbräuchlich sind“ (Art 7 Abs 2), erhärtet sich der Verdacht einer europäischen Schlagseite.

Im Unterschied zur subjektiven Rechtskrafterstreckung, die wohl einer speziellen gesetzlichen Grundlage bedürfte, erscheint Abhilfe in diesem Zusammenhang aber schon de lege lata möglich. Einerseits war die materiellrechtliche Bedeutung des Nichtigkeitsgrunds im Zeitpunkt der Schaffung der Unterlassungskonstruktion nämlich noch nicht vorhersehbar, weshalb § 28 KSchG nicht als bewusste Ablehnung einer dahingehenden Handhabe zu verstehen ist. Für solche Begleitmaßnahmen bestand schlicht kein Bedarf. Andererseits sprechen im Verhältnis zwischen klagendem Verband und beklagtem Unternehmer keine berücksichtigungswürdigen Interessen gegen die Fixierung auf die Missbräuchlichkeit, wobei natürlich irrelevant ist, dass sich Unternehmer möglicherweise lieber in § 864 a ABGB oder § 6 Abs 3 KSchG flüchten. Gerade diese Strategie dürfte ja unionsrechtswidrig sein, auch im Verbandsprozess wird die KlauselRL ein Recht auf Feststellung der Missbräuchlichkeit verleihen.

Mangels Rechtskrafterstreckung ist Verbrauchern im Verbandsprozess aber nicht mit einer spruchmäßigen Feststellung geholfen, die die gesetzliche Grundlage derzeit ohnehin nicht trägt. Zielführend und systemkonform ist vielmehr eine Konkretisierung des durch § 28 KSchG verliehenen Anspruchs dahingehend, dass nicht nur die Verwendung der Klausel und die Berufung auf die Klausel unterbleiben müssen, sondern auch die Bestreitung der Missbräuchlichkeit. Das ist zwar eine untypische Unterlassungspflicht, unterscheidet sich dahingehend aber nicht von der Berufung auf die Klausel<sup>143)</sup> und lässt sich insofern ohne weiteres auf § 28 KSchG stützen, wodurch eine Breitenwirkung zugunsten von Verbrauchern im Ergebnis sichergestellt ist. Ein einschlägiges Vorbild liegt mit § 28 a KSchG<sup>144)</sup> außerdem besonders nahe: Wer im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern (unter anderem) im Zusammenhang mit „der Vereinbarung von missbräuchlichen Vertragsklauseln“ gegen ein gesetzliches Gebot oder Verbot verstößt und dadurch die allgemeinen Interessen der Verbraucher verletzt, kann vom Verband ebenfalls auf Unterlassung geklagt werden. Diesen Anspruch auf Unterlassung gesetzwidriger Geschäftspraktiken<sup>145)</sup> bejaht der OGH schon länger auch in Fällen, in denen sich Unternehmer gegenüber ihren Kunden im Nachgang zu verlorenen § 28 KSchG-Verbandsprozessen darauf berufen, der Vertrag habe nun aufgrund ergänzender Vertragsauslegung einen bestimmten anderen Inhalt.<sup>146)</sup> In der Lehre wurde dieser

<sup>141)</sup> Dazu Basedow, Kollektiver Rechtsschutz und individuelle Rechte, AcP 182 (1982) 335 (353 ff).

<sup>142)</sup> Siehe oben, III.B.2.

<sup>143)</sup> Siehe oben, IV.A.2.

<sup>144)</sup> Die Bestimmung setzt die UnterlassungsklagenRL 2009/22/EG um und dient der Erweiterung des Anwendungsbereichs von § 28 KSchG; Kathrein/Schoditsch in P. Bydlinski/Perner/Spitzer, KBB<sup>7</sup> § 28 a KSchG Rz 1.

<sup>145)</sup> Vgl auch § 14 UWG.

<sup>146)</sup> OGH 19. 3. 2014, 7 Ob 11/14i; 21. 3. 2018, 7 Ob 168/17 g.

Standpunkt zwar aus guten Gründen kritisiert,<sup>147)</sup> seither haben sich die Vorzeichen aber drastisch geändert, weil sich die unionsrechtliche Unzulässigkeit der Praxis bei missbräuchlichen Klauseln mittlerweile kaum mehr bestreiten lässt. Dann hat die Unterlassungsklagebefugnis aber nicht nur in diesem Teilbereich der ergänzenden Vertragsauslegung,<sup>148)</sup> sondern allgemein hinsichtlich der Missbräuchlichkeit viel für sich; auf eine genaue Abgrenzung der Anwendungsbereiche von § 28 und § 28a KSchG legt der OGH nachvollziehbarerweise ohnehin keinen Wert.<sup>149)</sup>

## B. Neue Verbandsklage

### 1. Unterlassung

Von der neuen Verbandsklage sind dahingehend – auf Basis des Ministerialentwurfs – zunächst keine besonderen Impulse zu erwarten, die Regelungen zur Unterlassungsklage durch Qualifizierte Einrichtungen (QE) knüpfen nämlich im Wesentlichen an die etablierten Verbandsklagen an (§ 5 QEG; §§ 619ff ZPO).<sup>150)</sup> Die erfreuliche Offenheit der materiellrechtlichen Anspruchsgrundlage unterstreicht allerdings, dass gezieltes Vorgehen gegen das Bestreiten der Missbräuchlichkeit möglich ist: Nach § 5 Abs 1 QEG ist die QE allgemein berechtigt, „die Unterlassung (Beendigung und Verbot) eines rechtswidrigen Verhaltens eines Unternehmers zu verlangen, wenn dieses die kollektiven Interessen von Verbrauchern beeinträchtigt oder zu beeinträchtigen droht“. Jegliche verbraucherschädliche Rechtsverletzung soll erfasst sein, um „die ganze Vielfalt des Geschäftslebens in den sensiblen Schutzbereichen“ abzudecken.<sup>151)</sup> Die angestrebte Flexibilität spricht umso mehr dafür, die rechtsfolgenreichere Bedeutung des Unwirksamkeitsgrunds im Unterlassungsbegehren abzubilden.

### 2. Abhilfe und Zwischenfeststellung

Demgegenüber steht die Verbandsklage auf Abhilfe: QE können gleichartige Ansprüche von mindestens 50 Verbrauchern, die sich aus dem rechtswidrigen Verhalten des Unternehmers ergeben, im eigenen Namen gemeinsam geltend machen (§ 5 Abs 2 QEG; §§ 623ff ZPO). Was die Materialien als „völlig neues Verfahrenskonzept“ bezeichnen,<sup>152)</sup> erinnert im Ergebnis stark an die bekannte Sammelklage österr Prägung, weil Verbraucher der Abhilfeklage mit ihren Individualansprüchen beitreten müssen (§ 628 ZPO) und nach der Klärung gemeinsamer Grundlagen schlussendlich ebenso individuell über diese Ansprüche entschieden wird

<sup>147)</sup> Etwa Graf, Von nichtigen Klauseln, rechtswidrigen Geschäftspraktiken, Verbandsprozessen und ergänzender Vertragsauslegung, *ecolex* 2014, 1043 (1044f); Ch. Kietaiabl, Anm zu OGH 7 Ob 11/14i, ÖBA 2014, 685; A. Vonkilch, Versicherungsrechtliche Dauerrabattrückforderung qua ergänzender Vertragsauslegung? *Zak* 2015, 64 (65f); Palma, Ist die außergerichtliche Geltendmachung von zweifelhaften Ansprüchen eine gesetzwidrige Praxis? *ZFR* 2015, 162 (165f); Fidler, Einseitige Vertragsergänzung als gesetzwidrige Geschäftspraxis, *JBl* 2018, 741 (744); zust aber Leupold/Ramharter, Die ergänzende Auslegung von Verbraucherverträgen im Lichte des Europarechts, ÖBA 2015, 16 (35ff).

<sup>148)</sup> Vgl Ch. Kietaiabl, ÖBA 2014, 685 (685f): Der Anspruch nach § 28a KSchG könnte damit begründet werden, dass Lückenfüllung durch ergänzende Vertragsauslegung im Verbrauchergeschäft schlechthin unzulässig ist.

<sup>149)</sup> OGH 19. 3. 2014, 7 Ob 11/14i; 21. 3. 2018, 7 Ob 168/17g.

<sup>150)</sup> Zur Frage der Richtlinienanforderungen an die Wirkungserstreckung Dangel, Die Richtlinie über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher (2023) 144ff mwN.

<sup>151)</sup> Erläut 333/ME 27. GP 3, 7 mit Hinw auf die Parallele zu § 28a KSchG.

<sup>152)</sup> Erläut 333/ME 27. GP 3.

(§ 626 Abs 1 ZPO).<sup>153</sup>) Die österr Umsetzung ist damit deutlich weniger kollektiv ausgefallen als etwa ihr deutsches Pendant (VDuG).<sup>154</sup>)

Symptomatisch dafür ist der Umgang mit Feststellungsbegehren: Während § 41 VDuG in Deutschland Musterfeststellungsklagen über das (Nicht-)Vorliegen von tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen von Ansprüchen oder Rechtsverhältnissen erlaubt,<sup>155</sup>) die gegenüber Abhilfeklagen explizit nicht subsidiär sind (§ 41 Abs 2 VDuG), sind österr Verbände nicht selbständig feststellungsklagebefugt.<sup>156</sup>) § 624 Abs 2 ZPO sieht lediglich vor, dass Abhilfeklagen Zwischenfeststellungsanträge enthalten können. Die Regelung ist allerdings nur bedingt glücklich:

Zunächst erinnert die darin aufgestellte Voraussetzung eines rechtlichen Interesses der Verbraucher an der alsbaldigen Feststellung des jeweiligen Rechtsverhältnisses oder Rechts unvermittelt an allgemeine Grundsätze der Feststellungsklage (§ 228 ZPO) und des Zwischenfeststellungsantrags (§ 236 ZPO).<sup>157</sup>) Das wirft aber die Frage auf, weshalb eine spezielle Regelung dann überhaupt getroffen wurde und sich die QE nicht einfach des allgemeinen Instrumentariums bedienen kann. Der Kläger kann die Feststellung präjudizieller, über den konkreten Streit hinaus bedeutsamer Rechtsverhältnisse und Rechte schließlich schon nach § 236 ZPO beantragen. Dass diese Möglichkeit bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung besteht (§ 236 Abs 1 ZPO), während § 624 Abs 2 ZPO die Antragstellung nur in der Klage erlaubt, trägt nicht zur Aufklärung bei, sondern stiftet zusätzlich Verwirrung.

Trotz aller begrifflicher Überschneidungen wird eine sinnvolle Erfassung des Verbands-Zwischenfeststellungsantrags nur möglich sein, wenn man sich dessen völlig eigenständiger Stoßrichtung vergewissert, die sich erst auf den zweiten Blick erschließt.<sup>158</sup>) Im Unterschied zu den allgemeinen Feststellungsmöglichkeiten, die eine über den konkreten Rechtsstreit hinausreichende Bedeutung der betreffenden Frage verlangen und sich insofern in die Zukunft richten, zielt § 624 Abs 2 ZPO nämlich ausschließlich auf die Gliederung des anhängigen Abhilfeverfahrens ab. Nach den Materialien liege die Feststellung *„deshalb im Interesse der Verbraucher, weil die Entscheidung über die Ansprüche auf Abhilfe einer größeren Zahl an Verbrauchern jeweils ganz oder zum Teil davon abhängt. Das den Ansprüchen aller Verbraucher Gemeinsame kann daher in einem ersten Schritt gemeinsam verhandelt und entschieden werden.“*<sup>159</sup>) In der Diktion des § 236 ZPO setzt man damit ganz auf die Präjudizialität: Ein vorgelagerter Streitpunkt wird herausgegriffen und vorab geklärt, um im Anschluss – sofern

<sup>153</sup>) Vgl *Perner/Spitzer*, Torschlusspanik? ÖJZ 2024, 449; näher zum Ablauf *Dangl*, Die „Verbandsklage auf Abhilfe“ nach dem Ministerialentwurf zur Umsetzung der VerbandsklagenRL – ein (Kurz-)Überblick, Zak 2024, 147.

<sup>154</sup>) Kritisch etwa die Stellungnahmen *HG Wien*, 19/SN-333/ME 3f; *Scholz-Berger/Koller*, 24/SN-333/ME 12 ff; *Klauser*, 25/SN-333/ME 4f, 6f; *VKI*, 41/SN-333/ME 12 ff.

<sup>155</sup>) Zum weiten Anwendungsbereich etwa *Röthemeyer*, VDuG § 41 Rz 6ff. Die Musterfeststellungsklage war bereits zuvor etabliert (§§ 606ff dZPO aF).

<sup>156</sup>) Vgl die dahingehenden Anregungen bei *Leupold*, Die neue Verbandsklagen-Richtlinie – ausgewählte Auslegungs- und Umsetzungsfragen, in *Reiffenstein/Blaschek*, Konsumentenpolitisches Jahrbuch 2021 (2021) 71 (98); *Dangl*, Verbandsklagen 184f. Fraglich könnte allenfalls sein, ob Feststellungsbegehren unter den Begriff der Abhilfe subsumiert werden können; so etwa *HG Wien*, 19/SN-333/ME 1. Ein Beispiel für eine kollektive Feststellungsklage im österr Recht liefert § 54 ASGG; zur Einordnung *Kunz*, Prozessstandschaft 71 ff mwN.

<sup>157</sup>) Im Unterschied zu § 259 Abs 2 ZPO kann der beklagte Unternehmer freilich keinen Zwischenfeststellungsantrag stellen; dazu aus deutscher Sicht *Röthemeyer*, VDuG § 41 Rz 4f.

<sup>158</sup>) Siehe die überzeugenden Ausführungen in der Stellungnahme des OGH 509 Präs 31/24s.

<sup>159</sup>) Erläut 333/ME 27. GP 16.

nicht ohnehin ein Vergleich zustande kommt (§ 631 ZPO)<sup>160</sup>) – über die einzelnen Ansprüche zu entscheiden (§ 626 Abs 1 Satz 3 ZPO). Ob die gesonderte Feststellung in späteren Konflikten nützlich werden könnte, spielt demgegenüber keine Rolle; nach § 628 Abs 4 ZPO erstrecken sich die Wirkungen der Entscheidung des Gerichts ohnehin nur „auf den vom Verbraucher geltend gemachten Anspruch auf Abhilfe“, sodass die Erzeugung über die begehrte Abhilfe hinausreichender Rechtskraft von vornherein ausscheiden dürfte.<sup>161</sup>) Kostenrechtlich wird dieses Verständnis in § 7a Abs 1 RATG abgebildet,<sup>162</sup>) wonach die QE den Zwischenfeststellungsantrag bewertet und das Gericht diesen Betrag als Bemessungsgrundlage „für das gesamte Verbandsklageverfahren auf Abhilfe bis zur Entscheidung über den Zwischenfeststellungsantrag zugrunde zu legen“ hat. Solange sich das Verfahren „den allen Ansprüchen gemeinsamen Tat- und Rechtsfragen widmet“, gebe es nämlich keine Grundlage dafür, „die Einzelsprüche als die Bemessungsgrundlage erhöhend heranzuziehen, weil nicht über sie verhandelt wird“.<sup>163</sup>)

Insgesamt dient § 624 Abs 2 ZPO damit weniger zur Schaffung von Rechtskraft als zur Herbeiführung eines Zwischenurteils: Die amtswegige Erlassung eines Grundurteils (§ 393 Abs 1 ZPO) kommt nach herrschender Ansicht ja nur in Betracht, wenn sämtliche Anspruchsvoraussetzungen geklärt sind, sodass ein Herausgreifen und Abschichten<sup>164</sup>) einzelner Vorfragen ausscheidet.<sup>165</sup>) Daran ändert die Umsetzung der VerbandsklagenRL – entgegen zahlreicher Anregungen aus der Literatur<sup>166</sup>) – nichts,<sup>167</sup>) was zu Recht als entscheidender Schwachpunkt gilt,<sup>168</sup>) mit Scholz-Berger/Koller versagt der Entwurf „bei der Aufgabe, eine sinnvolle Verfahrensstrukturierung im Sinne eines funktionierenden Kollektivverfahrens vor-

<sup>160</sup>) Vgl den Erfahrungsbericht bei *Klauser/Kunz*, Mechanismen zur Durchsetzung kollektiver Verbraucherinteressen in Österreich, in *Anzenberger/Klauser/Nunner-Krautgasser*, Kollektiver Rechtsschutz im Europäischen Rechtsraum (2022) 3 (27).

<sup>161</sup>) Der Umsetzungsentwurf äußert sich zur Wirkung eines Zwischenfeststellungsurteils nach § 624 Abs 2 ZPO nicht. Im Vorfeld befürwortete *Geroldinger*, GA 21. ÖJT II/1, 155f eine enge Begrenzung der Rechtskraft derartiger Zwischenentscheidungen; weitergehend, allerdings mit Blick auf das Gruppenverfahren nach dem Entwurf einer ZVN 2007, das gerade auf die spruchmäßige Feststellung gemeinsamer Tat- und Rechtsfragen ausgerichtet sein sollte, *Rieder*, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Gruppenverfahren (2011) 84ff, 180ff; *Kodek*, Kollektiver Rechtsschutz als Herausforderung für das nationale und internationale Verfahrensrecht, ÖJZ 2022, 305 (313). Vgl für Deutschland § 11 Abs 3 VDuG: „Rechtskräftige Urteile über Verbandsklagen binden ein zur Entscheidung eines Rechtsstreits zwischen einem angemeldeten Verbraucher und dem verklagten Unternehmer berufenes Gericht, soweit dessen Entscheidung den Lebenssachverhalt der Verbandsklage und einen mit der Abhilfeklage geltend gemachten Anspruch oder ein mit der Musterfeststellungsklage geltend gemachtes Feststellungsziel betrifft“; dazu etwa *Stadler in Musielak/Voit*, ZPO<sup>21</sup> § 11 VDuG Rz 6; kritisch zur ähnlichen Vorgängerregelung *Scholl*, Die Musterfeststellungsklage nach §§ 606ff. ZPO – Eine kritische Würdigung mit Bezügen zum französischen, niederländischen und US-amerikanischen Recht, ZfPW 2019, 317 (346f).

<sup>162</sup>) Auch darauf hinweisend OGH 509 Präs 31/24s.

<sup>163</sup>) Erläut 333/ME 27. GP 21.

<sup>164</sup>) Vgl *Lühmann*, Anforderungen und Herausforderungen der RL (EU) 2020/1828 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen von Verbrauchern, ZIP 2021, 824 (831).

<sup>165</sup>) *Schumann* in *Kodek/Oberhammer*, ZPO-ON § 393 Rz 8ff mwN.

<sup>166</sup>) Etwa *Spitzer* in *GS Rebhahn* 573 (577f); *Kodek*, ÖJZ 2022, 305 (314); *Scholz-Berger*, Kollektiver Rechtsschutz für VerbraucherInnen im europäischen Justizraum, GVRZ 2022, 11 Rz 6; *Geroldinger*, GA 21. ÖJT II/1, 154ff; *Dangl*, Verbandsklagen 175 mwN.

<sup>167</sup>) *Dangl*, Zak 2024, 147 (148).

<sup>168</sup>) Siehe nur *Scholz-Berger/Koller*, 24/SN-333/ME 14ff; *Klauser*, 25/SN-333/ME 4f, 6f; *VKI*, 41/SN-333/ME 12f.



*zusehen, leider sehr weitgehend*.<sup>169)</sup> Immerhin hat der Verband aber die Möglichkeit, durch entsprechende Zwischenfeststellungsanträge auf ein „Zwischenfeststellungsurteil“ über die jeweilige Frage hinzuwirken (§ 624 Abs 2 ZPO), das funktional gewissermaßen zwischen Grund- und Grundlagenurteil (§ 393 Abs 1 und 2 ZPO) angesiedelt ist: Es ergeht nur auf Antrag, dürfte aber keine über den Abhilfeprozess hinausreichenden Wirkungen erzeugen (§ 628 Abs 4 ZPO).<sup>170)</sup>

Eine derart vor die Klammer gezogene Frage kann – zurückkommend auf das AGB-Recht – etwa die Unwirksamkeit einer Klausel im Allgemeinen<sup>171)</sup> oder deren Missbräuchlichkeit im Speziellen sein. Zwar reicht § 624 Abs 2 ZPO („Recht oder Rechtsverhältnis“) gerade nicht so weit wie § 41 VDuG, wonach alle tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen von Ansprüchen oder Rechtsverhältnissen taugliche Feststellungsziele der Musterfeststellungsklage sein können.<sup>172)</sup> Ist aber schon im Individualprozess davon auszugehen, dass sowohl die Klauselunwirksamkeit als auch die Missbräuchlichkeit feststellungsfähig ist,<sup>173)</sup> bestehen dahingehend auch im kollektiven Abhilfeverfahren keine Bedenken. Überhaupt hätte die allgemein wünschenswerte flexiblere Handhabung der Feststellungsfähigkeit den erfreulichen Reflex einer entsprechenden Erweiterung des Anwendungsbereichs des Zwischenfeststellungsurteils nach § 624 Abs 2 ZPO, was das Problem allerdings nicht beseitigt, sondern lediglich die ärgsten Symptome kuriert: Eine einheitliche Auslegung des feststellungsfähigen Rechts oder Rechtsverhältnisses im Individual- und Verbandsprozess ist angesichts der unterschiedlichen Vorzeichen und Wirkungen zwar nicht erforderlich, an der restriktiven Grundhaltung des Gesetzgebers wird aber jedenfalls bei Tatsachen und wohl auch bei zahlreichen Rechtsfragen kein interpretatorischer Weg vorbeiführen.<sup>174)</sup>

## V. Ergebnisse

Damit lassen sich die wesentlichen Ergebnisse zusammenfassen:

1. Die KlauselRL verleiht Verbrauchern ein Recht auf Feststellung der Unwirksamkeit missbräuchlicher Klauseln. Diese Klagebefugnis ist nicht subsidiär gegenüber Leistungsklagen. Sie entspricht § 228 ZPO und ist im nationalen Recht sinnvollerweise auf sämtliche Unwirksamkeitsgründe und auf das Unternehmergeschäft zu erweitern.
2. Darüber hinaus besteht im Verbrauchergeschäft angesichts der materiellrechtlichen Bedeutung des konkreten Unwirksamkeitsgrunds ein Interesse an der Feststellung der Miss-

<sup>169)</sup> *Scholz-Berger/Koller*, 24/SN-333/ME 14.

<sup>170)</sup> Unter der Prämisse, dass nach § 628 Abs 4 ZPO keine über das konkrete Abhilfebegehren hinausreichende Bindungswirkung besteht, erscheint die Möglichkeit der Stellung „allgemeiner“ Zwischenfeststellungsanträge nach §§ 236, 259 Abs 2 ZPO (dazu etwa *Scholz-Berger/Koller*, 24/SN-333/ME 15 f; *Klauser*, 25/SN-333/ME 7) zweifelhaft. Es fehlt dann ja zwangsläufig an der über den Rechtsstreit hinausreichenden Bedeutung; dazu *Scholz-Berger* in *Kodek/Oberhammer*, ZPO-ON § 236 Rz 7, 14 ff.

<sup>171)</sup> Vgl schon *Geroldinger*, GA 21. ÖJT II/1, 156; BGH NJW 2022, 311 Rz 20 ff.

<sup>172)</sup> Hier beziehen sich die meisten Fragen darauf, ob das konkrete Feststellungsziel noch die Kollektivebene – um die es der Musterfeststellungsklage geht – oder bereits die individuelle Berechtigung betrifft; vgl BT-Drs 19/2439, 17. Das wird etwa bei der Feststellung der Haftung dem Grunde nach oder bei der Ermittlung eines bestimmten Vertragsinhalts durch ergänzende Auslegung diskutiert, wobei die Musterfeststellungsklage im Ergebnis tendenziell zugelassen wird, weil regelmäßig die Möglichkeit einer Generalisierung bestehe; näher BGH NJW 2022, 311 Rz 33 ff; *Röthemeyer*, VDuG § 41 Rz 9 ff mwN.

<sup>173)</sup> Siehe oben, III.D.

<sup>174)</sup> Näher *Scholz-Berger/Koller*, 24/SN-333/ME 15 f.



bräuchlichkeit selbst. Diese rechtliche Qualifikation ist auf dem Boden von § 228 ZPO feststellungsfähig.

3. Auch im Verbandsprozess auf Unterlassung (§§ 28, 28a KSchG; § 5 Abs 1 QEG, §§ 619ff ZPO) kann der Bedeutung des Unwirksamkeitsgrunds Rechnung getragen werden, indem die Unterlassung der Bestreitung der Missbräuchlichkeit begehrt wird.

4. Im Rahmen einer Verbandsklage auf Abhilfe (§ 5 Abs 2 QE; §§ 623ff ZPO) kann ein Zwischenantrag auf Feststellung der Unwirksamkeit oder der Missbräuchlichkeit gestellt werden (§ 624 Abs 2 ZPO), wenn diese Fragen für das Abhilfebegehren präjudiziell sind. Ziel ist nicht die Schaffung von Rechtskraft, sondern die innerprozessuale Abschtigung des Streitpunkts.