

Rechtsprechung als Auslöser von Wirtschaftskrisen!?

Berücksichtigung rückwirkender wirtschaftlicher Folgen im Rahmen der Entscheidungsfindung?

*Ulrich Ernst Palma**

I. Einleitung

Für Österreich ordnet § 12 ABGB an, dass die in einzelnen Fällen ergangenen Verfügungen und die von Richterstühlen in besonderen Rechtsstreitigkeiten gefällten Urteile nie die Kraft eines Gesetzes haben, sie können auf andere Fälle oder auf andere Personen nicht ausgedehnt werden. Hiermit wollte der österreichische Gesetzgeber festhalten, dass die Aufgabe der Gerichte die Entscheidung von Einzelfällen ist und allgemein verbindliches Recht bloß durch den Gesetzgeber geschaffen werden kann. Man kann diese Bestimmung als frühen Ausdruck der Gewaltenteilung deuten, wenngleich sie aus der Perspektive des Jahres 1811 der Absicherung der Macht des Monarchen diene. Historisch lässt sich auch nachweisen, dass mit dieser Regelung der Rspr. ermöglicht werden sollte, frühere Ansichten zu korrigieren, sofern Notwendigkeit dazu bestünde.¹ Von der praktischen Bedeutung der (vor allem höchstgerichtlichen) Rspr. vermittelt diese Regelung dem unbefangenen Leser aber einen unzureichenden Eindruck. Hat die Rspr. einmal eine Rechtsansicht kundgetan, kann man regelmäßig erwarten, dass sie diese auch in zukünftigen Entscheidungen vertreten wird. Höchstgerichtliche Entscheidungen sind somit jedenfalls äußerst wichtige Rechtserkenntnisquellen, von vielen werden sie sogar als subsidiäre Rechtsquellen verstanden.²

Es macht für die Rechtspraxis auch wenig Unterschied, ob z.B. die Überwälzung von gewissen Vertragsabschlusskosten – man denke bspw. an Maklerkosten oder Rechtsgeschäftsgebühren – von einem auf den ande-

* Dr. iur.

1 G. Kodek in: P. Rummel/M. Lukas (Hrsg.), ABGB-Kommentar, 4. Aufl., Wien 2015, § 12 Rn. 1 ff. m. w. N..

2 F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien 1991, S. 504 ff.; G. Kodek (Fn. 1), § 12 Rn. 21 m. w. N.; a.A. F. Kerschner/J. Kehrner in: A. Fenyves/F. Kerschner/A. Vonkilch (Hrsg.), ABGB-Kommentar, 3. Aufl., Wien 2014, § 12 Rn. 24.

ren Vertragspartner vom Gesetzgeber explizit verboten wird oder ob die höchstgerichtliche Rspr. eine solche Praxis bzw. Vertragsklausel als rechtswidrig qualifiziert. Auch wenn das Höchstgericht dann formal bloß eine Einzelfallentscheidung getroffen hat, wird dessen Ansicht spätestens, wenn zustimmende Folgeentscheidungen ergehen, in der Rechtspraxis gleich einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung aufgefasst.

Bemerkenswert ist i.d.Z. aber ein Aspekt. § 3 ABGB ordnet an, dass die Wirksamkeit eines Gesetzes und die daraus entspringenden rechtlichen Folgen gleich nach der Kundmachung ihren Anfang nehmen. § 5 ABGB ordnet an, dass Gesetze nicht zurückwirken und sie daher auf vorhergegangene Handlungen und auf vorher erworbene Rechte keinen Einfluss haben. Auch wenn die praktische Bedeutung von § 3 ABGB heute gering ist – ihm wurde weitgehend derogiert³ – und entgegen dem Anschein von § 5 ABGB Gesetze sehr wohl eine Rückwirkung aufweisen können,⁴ beschreiben die beiden Regelungen trotzdem den Standardfall: Gesetze wirken üblicherweise nicht zurück, sondern bloß ab ihrer ordentlichen Kundmachung.

Anders verhält es sich hingegen mit der Rspr.. Diese legt nämlich „nur“ bereits geltendes Recht aus. Weil die Rspr. aber bloß das geltende Recht auslegt, kommt es aus praktischer Sicht zu einer faktischen Rückwirkung.⁵ Um beim soeben dargestellten Bsp. zu bleiben: Verbietet der Gesetzgeber die Überwälzung von Vertragsabschlusskosten, wird dieses Verbot i.d.R. bloß pro futuro gelten. Erkennt jedoch die Rspr., dass ihre Überwälzung rechtswidrig – bspw. aufgrund gröblicher Benachteiligung gem. § 879 Abs. 3 ABGB – ist, so kommt dem aus praktischer Sicht Rückwirkung zu. Es sind somit auch in der Vergangenheit geschlossene Rechtsverhältnisse davon betroffen und aufgrund der Unwirksamkeit der Vertragsbestimmung können oftmals Rückforderungsansprüche zwischen den Parteien ent- bzw. bestehen.

In diesem Lichte erscheint es unzweifelhaft, dass höchstgerichtliche Entscheidungen gleichsam wie Gesetze massive wirtschaftliche Auswirkungen haben können. Aufgrund der dargestellten faktischen Rückwirkung vielleicht manchmal sogar noch größere als diese.

Bezüglich der rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen soll an dieser Stelle klargestellt werden, dass damit im vorliegenden Beitrag vor allem solche

3 Vgl. M. Schauer in: A. Kletečka/M. Schauer (Hrsg.), ABGB-Onlinekommentar, 1.02 Aufl., Wien 2017, § 3 Rn. 1.

4 Vgl. Art 49 Abs. 1 S 2 B-VG.

5 Vgl. bloß U. Torggler, Die Kunst, Recht fortzubilden, in: U. Torggler (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung und ihre Grenzen, Wien 2019, S. 47 (52).

gemeint sind, die ein potenziell systemrelevantes Ausmaß erreichen. Dies ist dadurch bedingt, dass die „normalen“ rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen systemimmanent und wohl allein schon aus diesem Grund nicht berücksichtigungswürdig sind. Eine Berücksichtigung von rückwirkenden Folgen erscheint deswegen erst überlegenswert, sobald diese eine gewisse Systemrelevanz aufweisen und damit über die unmittelbaren Beteiligten hinaus auch „öffentliche Interessen“ berühren können.

Insofern soll im Rahmen dieses Beitrags die Frage erörtert werden, ob solche rückwirkenden wirtschaftlichen Auswirkungen bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt werden können. Genauer, ob deren Berücksichtigung allfällig bloß ein tatsächliches Phänomen ist, welches in der Rspr. mitunter angetroffen bzw. erahnt werden kann, oder ob dies auch methodisch lege artis wäre. Zu diesem Zweck soll zunächst unter Pkt. II dem tatsächlichen Phänomen nachgegangen werden. Im Anschluss daran finden sich unter Pkt. III methodische Überlegungen dazu aus österreichischer Sicht. In Pkt. IV soll geprüft werden, ob ein „rechtspolitischer“ Bedarf danach besteht.

II. Zugang des EuGH und nationale Beispielfälle

Im Rahmen dieses Abschnitts soll dem tatsächlichen Phänomen nachgegangen werden. Hierzu wird zunächst auf die Rspr. des EuGH eingegangen. Nachfolgend werden verschiedene nationale Beispiele dargestellt.

1. Zugang des EuGH

Ein Gericht, welches explizit gewillt ist, die wirtschaftlichen Folgen seiner Entscheidungen zumindest unter bestimmten Umständen zu berücksichtigen und abzufedern, ist der EuGH.

Derartiges wäre zunächst nach einer Nichtigkeitsklage gem Art 263 f. AEUV möglich, denn Art 264 Abs. 2 AEUV sieht vor, dass der Gerichtshof im Rahmen eines Nichtigkeitsurteils über eine Handlung – eine solche Handlung kann z.B.⁶ eine Verordnung sein – diejenigen Wirkungen der Handlung bezeichnen kann, deren Fortwirkung er für notwendig hält.

6 Zum Begriff der Handlung vgl. H. P. Nehl in: T. Jaeger/K. Stöger (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar, 281. Lfg., Wien 2022, Art 263 AEUV Rn. 24.

Neben anderen Aspekten können auch wirtschaftliche Gesichtspunkte eine solche Fortgeltung rechtfertigen.⁷ Dies gleicht der Befugnis von nationalen Verfassungsgerichten, die bei der Prüfung, ob generelle Rechtsakte gegen höherrangiges Recht – z.B. Verfassungskonformität einfacher Gesetze – verstoßen, den rechtswidrigen Rechtsakt nicht zwingend ex tunc aufheben müssen.⁸

Doch auch im praktisch bedeutsameren Vorabentscheidungsverfahren kann der EuGH die Auswirkungen seiner Entscheidungen begrenzen. Grds. ist es so, dass die im Vorabentscheidungsverfahren getroffenen Auslegungsentscheidungen des EuGH darlegen, wie die jeweils gegenständliche Vorschrift des Unionsrechts seit ihrem Inkrafttreten richtig auszulegen war. Insofern wirken auch sie auf diesen Zeitpunkt zurück.⁹ Weil eine solche Rückwirkung aber enorme wirtschaftliche Auswirkungen haben kann, hat der EuGH eine Art Zeitzündentheorie entwickelt, durch die er die Wirkungen von Auslegungsentscheidungen zeitlich begrenzt.

Erstmals genutzt bzw. gleichsam erfunden – eine positive Grundlage¹⁰ gibt es nämlich nicht – wurde dieses Instrument in der Entscheidung *Defrenne II*¹¹. Frau *Defrenne* war bei der belgischen Fluggesellschaft Sabena als Stewardess beschäftigt und erhielt für ihre Arbeit ein geringeres Entgelt als ihre männlichen Kollegen. Gegenstand des Verfahrens war die Frage, ob sie unmittelbar aus Art 119 EWGV – heute Art 157 AEUV, der verkürzt den Grundsatz gleicher Lohn für gleiche Arbeit normiert – Ansprüche gegen ihren Arbeitgeber ableiten könne. Dies wurde vom EuGH bejaht. Die Regierungen Irlands und des Vereinigten Königreichs äußerten jedoch Bedenken hinsichtlich der wirtschaftlichen Auswirkungen dieser Entscheidung. Sie befürchteten, dass in zahlreichen Wirtschaftszweigen Ansprüche geltend gemacht würden und daraus ernsthafte finanzielle Konsequenzen für Unternehmen entstünden, die sogar einige von ihnen in den Konkurs treiben könnten. Der EuGH ging auf diese Bedenken ein. Er betonte zwar zunächst, dass bei allen gerichtlichen Entscheidungen die praktischen

7 Vgl. H. P. Nehl (Fn. 6), Art 264 AEUV Rn. 9.

8 In Österreich kann der VfGH dem Gesetzgeber sogar eine Reparaturfrist gewähren, vgl. Art 139, 140 B-VG. Eine rechtsvergleichende Übersicht i.d.Z. findet sich bei P. Ludewig, Die zeitliche Beschränkung der Wirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren, Berlin 2012, S. 22 ff.

9 P. Ludewig, Beschränkung (Fn. 8), S. 179.

10 Zur Begründung dieses Instruments nutzt der EuGH verschiedene Ansätze, z.B. Analogie auf Art 264 Abs. 2 AEUV, vgl. P. Ludewig, Beschränkung (Fn. 8), S. 93 ff.

11 EuGH C-43/75 (*Defrenne II*).

Auswirkungen immer sorgfältig berücksichtigt werden müssten. Dennoch sollte dies aber nicht dazu führen, dass die Objektivität des Rechts beeinträchtigt oder seine zukünftige Anwendung verhindert werde, nur weil eine Entscheidung in der Vergangenheit gewisse Auswirkungen haben könnte. Gleichzeitig hielt der EuGH aber auch fest, dass im gegebenen Zusammenhang Betroffene aufgrund des Verhaltens mehrerer Mitgliedstaaten und der Haltung der Kommission veranlasst gewesen seien könnten, Praktiken beizubehalten, die zwar Art 119 EWGV widersprachen, nach ihrem nationalen Recht aber nicht verboten waren. Weil das Gesamtausmaß der relevanten Entgelte unbekannt war, urteilte der EuGH, dass zwingende Erwägungen der Rechtssicherheit, die sich aus den verschiedenen öffentlichen und privaten Interessen ergeben würden, es grds. ausschlossen, die Entgelte für vergangene Zeiträume infrage zu stellen. Er verwehrte deswegen jenen, die noch keinen entsprechenden Rechtsbehelf eingelegt hatten, sich in Bezug auf Lohn- oder Gehaltsperioden, die vor dem Tag der Verkündung des Urteils lagen, auf die unmittelbare Wirkung von Art 119 EWGV zu berufen und daraus Ansprüche abzuleiten.

Die Möglichkeit, die zeitlichen Wirkungen einer Entscheidung zu beschränken, ist heute stRsp des EuGH. Gleichsam wird dieses Instrument aber äußerst selten angewendet. Überhaupt beantragt bzw. angeregt wurde eine solche Beschränkung seit der Entscheidung *Defrenne II* im Jahr 1976 nur in ca. 100 Verfahren. Tatsächlich ausgesprochen wurde sie in gerade einmal neun Fällen.¹² In Anbetracht des Umstandes, dass allein im Jahr 2022 564 Vorabentscheidungsverfahren¹³ entschieden wurden, zeigt sich der absolute Ausnahmecharakter dieses Instruments.

Damit eine solche Beschränkung ausgesprochen werden kann, verlangt der EuGH zwei Voraussetzungen, die schon in der Ursprungsentscheidung *Defrenne II* grob angelegt waren.¹⁴ Erstens muss eine objektive und bedeutende Unsicherheit hinsichtlich der Auslegung der Gemeinschaftsbestimmung vorliegen, zu der gegebenenfalls auch das Verhalten der Mitgliedstaaten oder der Kommission beigetragen hatte. Zweitens muss die Gefahr

12 Vgl. dazu auch D. Dürsterhaus, Zwischen Rechts- und Vertrauensschutz: Die zeitlichen Wirkungen von Auslegungsurteilen des EuGH nach Artikel 267 AEUV, EuR 2017, 30 (37, Fn. 53).

13 EuGH, Jahresbericht 2022 29.

14 Die vom EuGH verwendete Formulierung hat sich aber über die Jahre gewandelt, vgl. zu diesen D. Dürsterhaus, Wirkungen (Fn. 12), 38.

schwerwiegender wirtschaftlicher Auswirkungen¹⁵ bestehen, welche sich insb. auch aus der großen Zahl von betroffenen Rechtsverhältnissen ergeben können.¹⁶ Bemerkenswert ist, dass der EuGH die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen dieser Voraussetzungen inzwischen deutlich verschärft hat. Während in *Defrenne II* gerade die Unbekanntheit des Ausmaßes der wirtschaftlichen Folgen ausschlaggebend war, verlangt er mittlerweile meist, dass diese substantiiert werden müssen.¹⁷ Beide Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. Fehlt eine, gesteht der EuGH eine zeitliche Begrenzung der Wirkungen nicht zu.¹⁸

Neben der zeitlichen Beschränkung der Urteilstwirkungen gibt es noch einen weiteren Ansatz des EuGH, der hier der Vollständigkeit halber zu erwähnen ist. In mehreren Entscheidungen hat der EuGH die Möglichkeit zeitlich begrenzter Ausnahmen vom Grundsatz des Anwendungsvorrangs des Unionsrecht in „Notstandssituationen“ anerkannt. Die offene Ausnahme vom Vorranggrundsatz unterscheidet sich von der zuvor dargestellten zeitlichen Beschränkung der Wirkung in verschiedener Hinsicht. So bezieht sich erstere nur auf einen bestimmten Mitgliedstaat und dessen konkrete Situation, während die letztere unionsweit gleichermaßen gilt. Ursprünglich entwickelt wurde sie im Hinblick auf den Umweltschutz. Mittlerweile fand sie aber auch Anwendung, um die Energieversorgung eines Mitgliedstaates sicherzustellen.¹⁹ Ob diese zukünftig auch zur Abwendung von systemgefährdenden wirtschaftlichen Folgen Anwendung finden könnte, bleibt abzuwarten, denn die genauen Konturen dieser Figur befinden sich in Entwicklung.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass der EuGH in mehreren Entscheidungen angesprochen hat, dass die wirtschaftlichen Konsequenzen einer Entscheidung bei der Entscheidungsfindung in engen Grenzen zu beachten sind. Zu diesem Zwecke hat er verfahrensrechtliche Instrumente wie die Beschränkung der Rückwirkung von Vorabentscheidungen entwickelt.

Als letzter Aspekt, der auch als Überleitung zu den nationalen Fällen betrachtet werden kann, sei erwähnt, dass die zeitliche Beschränkung der

15 Was „schwerwiegend“ genau bedeutet, wurde vom EuGH aber noch nicht exakt quantifiziert, vgl. *P. Ludewig*, Beschränkung (Fn. 8), S. 116 ff.

16 Vgl. bspw. EuGH C-724/17 (*Skanska*).

17 Vgl. die Nw. zur nicht ganz einheitlichen Handhabung bei *P. Ludewig*, Beschränkung (Fn. 8), S. 148 ff.

18 *P. Ludewig*, Beschränkung (Fn. 8), S. 146.

19 Näher dazu *J. Gundel*, Die Zulassung zeitlich begrenzter Notfallausnahmen vom Vorrang des Unionsrechts durch den EuGH, EuZW 2020, 890.

Wirkung des Unionsrechts bloß vom EuGH, nicht jedoch von nationalen Gerichten ausgesprochen werden kann. Dies urteilte der EuGH bspw. in *Gutiérrez Naranjo*.²⁰ Inhaltlich ging es bei dieser Entscheidung darum, dass das spanische Tribunal Supremo (i.d.F. TS) in einem Verbandsverfahren²¹ die Ansicht vertrat, dass die Vereinbarung einer Mindestzinsklausel in Hypothekarkreditverträgen mit Verbrauchern zwar unwirksam sei, diese Unwirksamkeit jedoch bloß ab Verkündung dieses Verbandsurteils gelten sollte, also bloß ex nunc. Entsprechend dieser Ansicht gewährte das TS auch in Individualverfahren²² Kreditnehmern bloß Rückzahlungsansprüche für zu viel bezahlte Zinsen, die nach diesem Zeitpunkt lagen. Eine explizite gesetzliche Grundlage für diese ex-nunc-Wirkung gab es im spanischen Recht nicht.²³ Das TS orientierte sich aber unter anderem explizit an der soeben dargestellten Judikaturlinie des EuGH. Insb. wurde zur Begründung vom TS festgehalten, dass bekannt sei, dass eine Rückwirkung des Urteils die Gefahr einer schwerwiegenden Störung der öffentlichen Wirtschaftsordnung mit sich bringe.²⁴ Mehrere Untergerichte erachteten diese Vorgangsweise aber als europarechtswidrig und stellten deswegen Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH. Das Provinzgericht Alicante²⁵ zweifelte überdies daran, ob die Rückwirkung tatsächlich die Gefahr einer schwerwiegenden Störung der öffentlichen Wirtschaftsordnung mit sich bringen würde, denn das TS bezifferte dies in seiner Entscheidung nämlich nicht näher, sondern bezeichnete dies bloß als bekannt. Der EuGH bestätigte die Ansicht der Untergerichte und sprach aus, dass die Vorgangsweise des TS Art. 6 Abs. 1 RL 93/13/EWG widerspreche. Bemerkenswert ist, dass GA Mengozzi in seinem Schlussantrag die Vorgangsweise des TS für zulässig erachtete.

2. Spanische Stempelsteuer

Auch das nächste Bsp. behandelt spanische Hypothekarkredite bzw. genauer die Ereignisse im Jahr 2018 rund um die Frage, wer bei diesen die „Stempelsteuer“ („Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados“) zu zah-

20 EuGH C-154/15, C-307/15 und C-308/15 (*Gutiérrez Naranjo*).

21 TS STS 1916/2013 (ECLI:ES:TS:2013:1916).

22 TS STS 1280/2015 (ECLI:ES:TS:2015:1280).

23 Soweit ersichtlich begründete das TS seine Ansicht mit einer Art Gesamtanalogie.

24 TS STS 1916/2013 (ECLI:ES:TS:2013:1916).

25 Vgl. EuGH C-154/15, C-307/15 und C-308/15 (*Gutiérrez Naranjo*).

len hat. Diese wird auf die Formalisierung bestimmter Transaktionen durch öffentliche Urkunden erhoben. Lange Zeit war unklar, ob bei einem Hypothekarkreditvertrag der Kreditnehmer oder -geber Steuerschuldner ist, denn diese Frage war im Gesetz nicht eindeutig geregelt.

Trotz dieser Unklarheit vertrat die spanische Rspr. über rund zwei Jahrzehnte, dass bei einem Hypothekarkredit diese vom Kreditnehmer als Steuerschuldner zu tragen sei. Erste Risse bekam diese Linie durch ein Urteil²⁶ des Plenums der ersten (zivilrechtlichen) Kammer²⁷ des spanischen TS im Jahr 2015, in der dieses im Rahmen einer AGB-rechtlichen Entscheidung anklängen ließ, dass der Kreditgeber Steuerschuldner sei. Bei dieser Entscheidung einer „fachfremden“ Kammer ist aber zu beachten, dass in ihr auf die bis dahin ständige Entscheidungspraxis der zweiten Sektion der dritten Kammer – es handelt sich dabei um die steuerrechtliche Fachsektion der verwaltungsrechtlichen Kammer des TS – nicht eingegangen wurde. Dass es sich dabei um Versehen handelte, wird dadurch nahegelegt, dass die zivilrechtliche Kammer ihre Ansicht im März 2018 korrigierte und sich der bis dahin ständigen Praxis der steuerrechtlichen Fachsektion anschloss.²⁸ Folgenlos blieb diese zwischenzeitige Divergenz aber nicht. Sie bewirkte nämlich, dass sechs Verfahren – es handelte sich um Parallelverfahren zwischen denselben Parteien – zur Behandlung durch die steuerrechtliche Fachsektion zugelassen wurden. Das bot dieser die Gelegenheit, überraschend und ungeachtet des Umstands, dass die zivilrechtliche Kammer ihre bisherige Rspr. zwischenzeitig geändert hatte und damit die Divergenz eigentlich bereinigt war, ihre Ansicht zu revidieren. Sie urteilte – innerhalb der Sektion war dies nicht ganz unumstritten²⁹ – in drei kurz aufeinander ergangenen und umfassend begründeten Entscheidungen,³⁰ dass der Kreditgeber und nicht der Kreditnehmer Steuerschuldner sei.

Unmittelbar nach Bekanntwerden des ersten Urteils am 18.10.2018 reagierten die Börsen. Die Aktien der spanischen Banken verzeichneten zum Teil empfindliche Kursverluste. Die Banco Sabadell litt am meisten und

26 TS STS 5618/2015 (ECLI:ES:TS:2015:5618).

27 Insgesamt gibt es am TS fünf reguläre Kammern, die jeweils verschiedene Rechtsgebiete betreuen. Die erste Kammer ist für Zivilrecht, die dritte für Verwaltungsrecht zuständig. Die Kammern sind jeweils wieder in Sektionen untergliedert.

28 TS STS 3422/2018 (ECLI:ES:TS:2018:3422).

29 Von sechs Richtern gaben zwei Sondervoten ab, wobei *Guillén* lediglich der Begründung, nicht aber dem Ergebnis widersprach, *Berberoff* war aber auch gegen das Ergebnis und wollte an der alten Auffassung festhalten.

30 TS STS 3422/2018 (ECLI:ES:TS:2018:3422); STS 3511/2018 (ECLI:ES:TS:2018:3511); STS 3519/2018 (ECLI:ES:TS:2018:3519).

ihr Kurs brach um 6,69 % ein. Insgesamt verloren die sechs im IBEX35 gelisteten Banken an einem Tag mehr als € 5,5 Mrd. an Marktkapitalisierung. Dieser Einbruch lässt sich mit den potenziellen wirtschaftlichen Auswirkungen der neuen Entscheidungspraxis erklären. Es stand nämlich im Raum, dass entweder staatliche Stellen oder die Banken verpflichtet wären, den Kreditnehmern die von ihnen zu Unrecht bezahlte Steuer zu ersetzen. Das genaue wirtschaftliche Ausmaß war jedoch aufgrund offener Rechtsfragen unklar. Laut Medienberichten schätzte Moody's, dass die Banken im schlimmsten Fall mit Rückforderungsansprüchen i.H.v. € 16 Mrd. konfrontiert wären, bei Anwendung einer vierjährigen Verjährungsfrist würde die Summe jedoch bloß € 2,3 Mrd. betragen. Der Verbraucherverband ASUFIN ging von einer Gesamtsumme von € 24 Mrd. aus.

Als wären die Vorkommnisse bis dahin nicht schon außergewöhnlich genug, wandte sich am Tag nach der Veröffentlichung des ersten Urteils der Präsident der dritten Kammer des TS mit einer Pressemitteilung an die Öffentlichkeit. In dieser gab er bekannt, dass angesichts der radikalen Änderung der Rechtsprechungspraxis alle noch anhängigen Verfahren an das Plenum der Kammer verwiesen werden, um zu entscheiden, ob diese aufrechterhalten werden solle. Dies begründete er mit den enormen wirtschaftlichen und sozialen Auswirkungen, die mit der Rechtsprechungsänderung einhergingen.

Am 5.11.2018 trat das Plenum zusammen, konnte aber erst nach zweitägiger Beratung eine Entscheidung treffen. Es urteilte, dass die Rechtsprechungsänderung verworfen und im Ergebnis wieder zur alten Entscheidungspraxis zurückgekehrt werde, wonach der Kreditnehmer Steuerschuldner sei.³¹ Die Entscheidung dürfte im Plenum heftige Kontroversen ausgelöst haben. Sie wurde nicht nur mit denkbar knapper Mehrheit von 15 zu 13 Stimmen getroffen, sondern es wurden auch zahlreiche Sondervoten verfasst, die das Ergebnis und dessen Zustandekommen zum Teil äußerst scharf kritisierten.³² Inhaltlich ist hinsichtlich der Plenarentscheidung anzumerken, dass in ihr versucht wird, die Mehrheitsansicht vorrangig klassisch juristisch zu begründen; auf die wirtschaftlichen bzw. sozialen Auswirkungen wird soweit ersichtlich bloß zum Zwecke der Rechtfertigung der Befassung des Plenums kurz referenziert. Trotzdem kann aufgrund der

31 TS STS 3885/2018 (ECLI:ES:TS:2018:3885).

32 Hervorgehoben sei das Sondervotum der mehrheitlich der zweiten Sektion der dritten Kammer angehörenden Richter *Sanchís, Rojas, Avilés* und *Blas*.

Gesamtumstände angenommen werden, dass die wirtschaftlichen Auswirkungen durchaus eine Rolle gespielt haben mögen.

Die öffentliche Rezeption der Vorgänge war gleichsam kontrovers, insb. Verbraucherverbände bezeichneten das Plenarurteil als „Skandal“.³³ Aufgrund der vorangegangenen Wirren rund um die Stempelsteuer schritt – spät aber doch – die spanische Regierung ein und sorgte für Rechtssicherheit. Sie erließ am 8.11.2018 ein Dekret, welches klarstellte, dass der Kreditgeber Steuerschuldner der Stempelsteuer ist.³⁴ Dieses Dekret galt aber bloß *pro futuro*.

3. Österreichischer Zinsenstreit

Das nächste Bsp. weist ebenso einen bankrechtlichen Hintergrund auf, ereignete sich aber in Österreich. Im sogenannten österreichischen Zinsenstreit ging es in den 2000er-Jahren um die Rechtmäßigkeit gängiger Zinsanpassungsklauseln bei Kreditverträgen. Es stand im Raum, dass Banken Kreditnehmern enorme Summen an zu viel bezahlten Kreditzinsen zurückzahlen müssten. Der damalige Justiz- und Konsumentenschutzminister *Böhmendorfer* errechnete, dass allein zwischen 1990 und 2000 durch die rechtswidrigen Klauseln ein „Zinsschaden“ von € 6,5 Mrd. entstanden sei.

Erster Höhepunkt dieses Streits war die E OGH 4 Ob 73/03v. In dieser qualifizierte der 4. Senat eine gängige Zinsanpassungsklausel als rechtswidrig, weil sie gegen § 6 Abs.1 Z 5 KSchG verstieß. Der Senat sprach aus, dass die unwirksame Klausel mittels ergänzender Vertragsauslegung durch eine ausreichend bestimmte und angemessene Zinsanpassungsklausel ersetzt werden müsse.³⁵ Die Differenz zwischen tatsächlich gezahlten Zinsen und den aufgrund der neuen Klausel geschuldeten Zinsen könne der Kreditnehmer bereicherungsrechtlich zurückfordern. Gleichzeitig beschränkte der OGH jedoch die wirtschaftlichen Auswirkungen dieser Auffassung dadurch, dass er die bereicherungsrechtlichen Rückforderungsansprüche nicht der – mangels expliziter abweichender Regelung anwendbaren – all-

33 Vgl. <https://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/spanien-gericht-revidiert-urteil-banken-sparen-milliarden-a-1237129.html>.

34 Real Decreto-ley 17/2018.

35 Ob man diese Ansicht heutzutage in Anbetracht der Rspr. des EuGH noch als *lege artis* qualifizieren kann, sei dahingestellt, vgl. *M. Eliskases*, Alles neu bei der Rückabwicklung zu viel bezahlter Kreditzinsen?, ZFR 2020, 559.

gemeinen 30-jährigen Verjährungsfrist gem. § 1478 ABGB unterstellte, sondern für zu viel bezahlte Kreditzinsen eine Verjährungsfrist von drei Jahren annahm.³⁶ Dies begründete der OGH – nach umfassender Darlegung der österreichischen Lehre³⁷ und auch mit Bezugnahme auf deutsche Rspr. und Literatur – mit einem Analogieschluss auf bestandrechtliche Sonderbestimmungen, namentlich § 27 Abs. 3 MRG und § 5 Abs. 4 KGG. Diese Bestimmungen sehen vor, dass der Pächter oder Mieter einen gesetzwidrig überhöhten Bestandzins bloß innerhalb von drei Jahren zurückfordern könne. Nach dem OGH bestünde kein Anhaltspunkt für die Annahme, dass dem Gesetzgeber Bestandnehmer weniger schutzwürdig erschienen als Kreditnehmer, weswegen ein Wertungswiderspruch gegeben wäre, wenn ein Mieter einen gesetzwidrig überhöhten Zins nur drei Jahre, ein Kreditnehmer aber überhöhte Zinsen 30 Jahre lang zurückfordern könne. Kurz darauf übernahmen weitere Senate des Höchstgerichts diese Ansicht.³⁸

Als vertretbar wird man die Auffassung des OGH bezeichnen können, zwingend war dies aber wohl nicht, denn das überwiegende Schrifttum³⁹ sprach sich zuvor für die Anwendung der langen Verjährungsfrist aus. Selbst der OGH hielt in seiner Entscheidung fest, dass die Argumente für die gegenteilige Ansicht „durchaus beachtlich seien“. Erwartungsgemäß

36 Auch diese Ansicht dürfte im Lichte der jüngeren Rspr. des EuGH europarechtswidrig sein, vgl. näher *R. Madl* in: A. Kletečka/M. Schauer (Hrsg.), ABGB-Onlinekommentar, 1.07 Aufl., Wien 2022, § 1480 Rn. 11/0.

37 Vor der Entscheidung lag folgender Meinungsstand:

Für die lange Verjährungsfrist: *H. Klang* in: H. Klang (Hrsg.), ABGB-Kommentar, Bd. VI, 2. Aufl., Wien 1951, S 612; *M. Bydlinski* in: P. Rummel (Hrsg.), ABGB-Kommentar, Bd. II, 3. Aufl., Wien 2002, § 1480 Rn. 3; *G. Schubert* in: P. Rummel (Hrsg.), ABGB-Kommentar, Bd. II, 1. Aufl., Wien 1984, § 1480 Rn. 3; *P. Mader* in: M. Schwimann (Hrsg.), ABGB-Kommentar, Bd. VII, 2. Aufl., Wien 1997, § 1480 Rn. 3; *G. Graf*, Kreditkündigung und Verjährung, *ecolex* 1990, 597; *G. Graf*, Finanzierte Vermögensanlage – Bereicherungsausgleich bei ungültigem Kreditvertrag, *ecolex* 1994, 76; *B. Bectlin*, Zur Verjährung bei Rückforderung ungerechtfertigt hoher Kreditzinsen, *ecolex* 2002, 15 (sowie in einem wohl unveröffentlichten Gutachten *St. Korinek*, Rechtsgutachten vom 3. 8. 2001 für den Bundesminister für Justiz).

Für die kurze Verjährungsfrist: *R. Madl*, Die Verjährung des Anspruchs des Kreditnehmers auf Rückerstattung rechtsgrundlos bezahlter Zinsen, *ÖBA* 2001, 513; *H. Koziol*, Unwirksame Klauseln in "Besonderen Bedingungen für die Führung von Privatkonten und die Abholung von Kontopost", *ÖBA* 2001, 645 (652); *H. Koziol/G. Iro*, Berufung auf unwirksame Zinsanpassungsklausel durch Saldoziehung, *ÖBA* 2002, 267 (Fn. 41); *A. Vonkilch*, Wann verjähren bei Langzeitverträgen Rückforderungsansprüche wegen überhöhten Entgelts?, *WoBl* 2003, 161.

38 OGH 2 Ob 106/03g; 3 Ob 280/02a.

39 Vgl. Fn. 37.

wurde die Entscheidung im zeitgenössischen Schrifttum⁴⁰ gemischt aufgenommen. Bemerkenswert ist auch, dass die Untergerichte dem OGH zunächst nicht immer folgten und die lange Verjährungsfrist anwandten.⁴¹ Hervorhebenswert sind aber die Ausführungen, mit denen der OGH diesen Analogieschluss gewissermaßen unterstützend begründete:

„Der erkennende Senat gelangt somit zum Ergebnis, dass für den hier geltend gemachten Rückforderungsanspruch die kurze Verjährungsfrist von drei Jahren gilt. Damit wird – im Sinne der Erwägungen des BGH – nicht nur die Gefahr gebannt, dass die Kreditgläubiger und Rückforderungsschuldner im Hinblick auf möglicherweise in exorbitantem Ausmaß geltend gemachte Rückforderungsansprüche in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten, sondern auch eine Flut von Prozessen vermieden, die ehemalige Kreditschuldner anstreben könnten, diese aber im Hinblick auf die Schwierigkeiten der Ermittlung der vor vielen Jahren angemessen gewesen Zinsen einem hohen Prozessrisiko aussetzen müssten.“

Ob die Kreditnehmer dem OGH dafür dankbar waren, dass er zu ihrem Schutze vor dem Prozessrisiko die Rückforderungsansprüche einer dreijährigen Verjährung unterwarf, soll an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden. Interessant ist aber, dass hervorgehoben wird, dass die Gefahr abgewendet werden sollte, dass die Kreditgläubiger – also die Banken – im Hinblick auf mglw. in exorbitantem Ausmaß geltend gemachten Rückforderungsansprüche in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten könnten. Dies mag man zunächst bloß als abstrakte teleologische Erwägung auffassen bzw. als Wiederholung der Argumentation des BGH.⁴² Nachdem der Senat aber unmittelbar darauf auch die bei Einnahme der gegenteiligen Position konkret drohende Prozessflut erwähnt, liegt es nicht fern, dass man bei

40 Krit. z.B. *G. Wilhelm*, Gesetzeslücken wohin man schaut, *ecolex* 2003, 645; *G. Graf*, Rechtswidrige Zinsanpassungsklauseln und Verjährungsrecht, *ecolex* 2003, 648; *B. Beclin*, Nochmals zur Verjährung der Rückerstattung von Kreditzinsen, *ecolex* 2003, 653.

Zust. z.B. *R. Madl*, Ausgewählte Rechtsfragen zur Rückforderung zuviel bezahlter Zinsen bei mangelnder Bestimmtheit einer Zinsanpassungsklausel, *ÖBA* 2003, 722; *H. Koziol*, Der Rückforderungsanspruch wegen Zahlung überhöhter Zinsen verjährt in drei Jahren, *ÖBA* 2004, 57; *A. Vonkilch*, Nochmals: Zur Verjährung von Rückforderungsansprüchen bei überhöhter Entgeltsleistung in Langzeitverträgen, *wobl* 2004, 115.

41 Vgl. den Überblick bei *M. Leitner*, Der Zinsestreit in der Rspr. der Untergerichte, *ecolex* 2004, 440.

42 BGHZ 98, 174 (181 ff.).

diesen Ausführungen die tatsächlichen wirtschaftlichen Auswirkungen vor Augen gehabt haben könnte.

4. Zwischenresümee

In Anbetracht des soeben Referierten, erscheint der Befund naheliegend, dass die rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen von Entscheidungen bei der Entscheidungsfindung in der Praxis durchaus beachtet werden, sofern diese eine systemrelevante Höhe aufweisen. Eindeutig nachzuweisen ist dies beim EuGH und beim spanischen TS, als diese durch Rechtsfortbildung eine Beschränkung der Urteilsfolgen anstrebten. Bei den Fällen „spanische Stempelsteuer“ und „österreichischer Zinsenstreit“ ist dies nicht eindeutig, aber sicherlich nicht abwegig.

Dass die Berücksichtigung der rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen kein alltägliches Phänomen ist, liegt in der Natur der Sache – nicht jede höchstgerichtliche Entscheidung weist das Potential auf, systemrelevante Auswirkungen zu haben.

Gleichsam soll an dieser Stelle auch nicht der Eindruck erweckt werden, dass selbst wenn beträchtliche wirtschaftliche Folgen drohen, jede höchstgerichtliche Entscheidung von solchen Erwägungen beeinflusst ist. Es lassen sich zahlreiche Entscheidungen finden, in denen ein gegenteiliger Eindruck vermittelt wird. So zeigte sich der OGH beim Thema „Ewiges Rücktrittsrecht vom Lebensversicherungsvertrag“⁴³ im Großen und Ganzen äußerst versicherungsnehmerfreundlich, wenngleich er auch nicht bei jedem noch so kleinen Belehrungsfehler ein ewiges Rücktrittsrecht zusprach.⁴⁴ Zu bemerken ist an dieser Stelle auch, dass trotz der versicherungsnehmerfreundlichen Rspr. in Österreich kein Versicherer – zumindest öffentlich wahrnehmbar – in existenzielle Bedrängnis geriet. Ein weiteres Bsp. dürfte sich gerade auch im österreichischen Wohnrecht entwickeln, denn in zwei Verbandsverfahren qualifizierte der OGH⁴⁵ absolut übliche und ihrem Regelungsanliegen nach grds. auch nicht verwerfliche Indexanpassungsklauseln für den Mietzins als rechtswidrig, weil sie den bei B2C-Geschäften

43 Vgl. die Angaben zur wirtschaftlichen Tragweite bei EuGH C-209/12 (*Endress*). In Ö war bzw ist diese Problematik wirtschaftlich besonders brisant, weil nahezu flächendeckend mehr oder minder falsch über das Rücktrittsrecht belehrt wurde.

44 Vgl. P. Konwitschka in: A. Fenyves/S. Perner/A. Riedler (Hrsg.), *VersVG-Kommentar*, 12. Lfg., Wien 2023, Vor § 159 Rn. 110 f.

45 OGH 2 Ob 36/23t; 8 Ob 37/23h.

geltenden § 6 Abs. 2 Z 4 KSchG nicht ausreichend berücksichtigten und Entgeltanpassungen innerhalb der ersten zwei Monate ab Vertragsabschluss nicht explizit ausschlossen. Sollte diese Ansicht auch in Individualverfahren aufrechterhalten werden, wären zahlreiche Mietverträge – medial wird im „schlimmsten“ Fall von hunderttausenden geschrieben – betroffen, denn die wohnrechtliche Praxis hatte diese Bestimmung bzw. ihre Anwendbarkeit bisher schlichtweg übersehen. Im Raum steht deswegen nicht bloß die Unwirksamkeit der Indexanpassungsklauseln, sondern auch, dass Mieter den zu viel bezahlten Mietzins zurückfordern könnten; dass die wirtschaftlichen Auswirkungen beträchtlich sein können, liegt auf der Hand.

Für die nachfolgende Frage braucht aber auch nicht nachgewiesen werden, ob die Berücksichtigung der rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen ein verbreitetes Phänomen ist oder ob diese in jedem der oben genannten Fälle tatsächlich ausschlaggebend war, denn es soll – gewissermaßen abstrakt – geklärt werden, ob diese nach gängiger Methodik überhaupt berücksichtigt werden können. Die vorangegangenen Bsp. belegen bloß, dass dies von praktischer Relevanz ist.

Schlussendlich sei noch erklärt, warum diese Frage aus dem Blickwinkel der Methodenlehre betrachtet wird. Das österreichische Zivilprozessrecht enthält keine Bestimmung, welche eine dem Europarecht vergleichbare Beschränkung der Urteilswirkungen zulässt.⁴⁶ Angemerkt sei, dass in Österreich auch (zutreffend) ein Vertrauensschutz bei einer Änderung der Rspr. i.S.e. Zeitzundertheorie abgelehnt wird.⁴⁷ Insofern könnte die Berücksichtigung dieser Wirkungen bloß im Rahmen der Auslegung oder Fortbildung des materiellen Rechts erfolgen, also mit den Mitteln der Methodenlehre.

III. Methodische Überlegungen

Einleitend ist festzuhalten, dass die nachfolgenden Ausführungen grds. aus der Sicht des österreichischen Privatrechts erfolgen.⁴⁸ Im ABGB finden sich in den §§ 6 und 7 die Regelungen zur juristischen Methodenlehre.

46 Erwähnenswert erscheint i.d.Z., dass für das Verwaltungsrecht § 68 Abs. 3 AVG unter bestimmten Voraussetzungen die Abänderung von Bescheiden zulässt, wenn dies zur Abwehr schwerer volkswirtschaftlicher Schädigungen notwendig und unvermeidlich ist.

47 Vgl. näher dazu *G. Kodek* (Fn. 1), § 12 Rn. 36 ff. m. w. N.. Anders in Deutschland, vgl. *T. Möllers*, *Juristische Methodenlehre*, 5. Aufl., München 2023, S. 102.

48 Nach verbreiteter Auffassung sind die §§ 6, 7 ABGB über das Privatrecht hinaus auf andere Rechtsgebiete – mit allfälligen fachspezifischen Modifikationen – des österr.

Diese Bestimmungen regeln sowohl die Auslegung als auch die Rechtsfortbildung. Nachdem schon das Gesetz entsprechend unterscheidet, erscheint es angezeigt, auch bei der Beantwortung der aufgeworfenen Frage danach zu differenzieren, ob man methodisch Bestimmungen bloß auslegt oder rechtsfortbildend tätig ist.

1. Auslegung

Im ABGB werden für die Auslegung vier Methoden aufgezählt: Die Wortlautinterpretation („eigentümlichen Bedeutung der Worte“), die systematische („in ihrem Zusammenhang“), historische („klaren Absicht des Gesetzgebers“) und teleologische („natürlichen Sinne eines Gesetzes“) Interpretation.⁴⁹

a) Wortlautinterpretation, systematische und historische Interpretation

Bekanntermaßen gilt es bei der Wortlautinterpretation, aufgrund des Wortlauts bzw. der „eigentümlichen Bedeutung der Worte“ der zu interpretierenden Bestimmung ihren Inhalt zu ergründen. Bei der systematischen Interpretation geht es darum, aus dem rechtlichen Umfeld der auszulegenden Norm – z.B. aus der systematischen Stellung im Gesetz – Hinweise auf die zutreffende Auslegung zu erhalten. Die historische Interpretation knüpft an die feststellbaren Absichten des Gesetzgebers an. Hierfür wird insb. die Dokumentation des Gesetzgebungsprozesses und die Entstehungsgeschichte der Norm herangezogen.⁵⁰

Dass eine zivilrechtliche Norm explizit auf volkswirtschaftliche Interessen, auf die Verhinderung von negativen wirtschaftlichen Auswirkungen durch ihre Anwendung oder Sinngemäßes abstellt, wird wohl äußerst selten der Fall sein; zumindest dem Verfasser wäre keine solche Regelung bekannt.⁵¹ Auch die systematische Interpretation wird selten Entsprechen-

Rechts anzuwenden. Gleichsam spielen diese Bestimmungen in der Methodendiskussion des öffentlichen Rechts oftmals keine Rolle, vgl. *M. Schauer* (Fn. 3), § 6 Rn. 3 m. w. N..

49 Vgl. bloß *P. Bydlinski* in: *P. Bydlinski/S. Perner/M. Spitzer* (Hrsg.), *ABGB-Kommentar*, 7. Aufl., Wien 2023, § 6 Rn. 2, 6.

50 Vgl. *M. Schauer* (Fn. 3), § 6 Rn. 7 ff. m. w. N..

51 In anderen Rechtsgebieten sind solche Bezüge – wenngleich pro futuro gerichtet – vereinzelt anzutreffen. Z.B. normiert § 4 Abs. 1 Z 2 *BörseG* als Voraussetzung für die

des nahelegen. Erfahrungsgemäß lassen sich solche Gedanken des Gesetzgebers auch im Rahmen der historischen Interpretation typischerweise nicht feststellen. Für die hier zu untersuchenden Zwecke sind diese drei Interpretationsmethoden somit wenig ergiebig.

b) Teleologische Interpretation

Von den vier klassischen Auslegungsmethoden könnte die teleologische Interpretation am ehesten als Instrument genutzt werden, um die rückwirkenden wirtschaftlichen Auswirkungen im Rahmen der Auslegung zu berücksichtigen. Denn während die drei bisher genannten Methoden an vglw. gut nachvollziehbare Umstände anknüpfen und sich aus diesen selten entsprechende Anhaltspunkte gewinnen lassen werden, überlässt die teleologische Auslegung – zumindest praktisch betrachtet – dem Interpreten die größten Freiheiten.⁵²

Bei der teleologischen Interpretation geht es darum, das *telos*, also den Zweck der Norm bzw. ihr Ziel zu ermitteln. Zur Ermittlung des Zwecks lassen sich in Österreich wohl drei Standpunkte ausmachen.⁵³

Kodek und *F. Bydlinski* wollen die *ratio legis* mit Hilfe der Fragestellung erfassen, welche Zwecke Menschen wohl im Allgemeinen verfolgen, wenn sie unter Umständen wie den vorliegenden eine Rechtsnorm wie die vorliegende erlassen würden. Auslegungsmaterial sei somit alles Erfahrungswissen, das darüber Aufschluss verspreche, einschließlich des Wissens über die in aller Regel bei der Normsetzung maßgebenden allgemeinsten Rechtswerte Rechtssicherheit, Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit. Dies beruhe auf der Überlegung, dass bei Erlassung einer Rechtsnorm rational nachvollziehbare, wenn auch durchaus nicht unbedingt vom Auslegenden gebilligte oder geteilte Ziele verfolgt würden. Diese Zwecke seien auch rekonstruierbar, wenn man davon ausgehe, dass der normsetzenden Rechtsautorität die dem „Begriffskern“ der Gesetzesbegriffe entsprechenden, sozial typischen

Konzessionserteilung, dass keine Gefährdung für das volkswirtschaftliche Interesse an einem funktionsfähigen Börsenwesen zu erwarten ist.

52 Vgl. bloß *E. Kramer*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., Bern 2019, S.177. Dies ist auch der Grund, warum manche für Zurückhaltung bei der Nutzung der (objektiv-)teleologischen Interpretation plädieren, so bspw. *F. Kerschner*, Juristische Methodenlehre, Wien 2022, S. 33 f.

53 Dies dürfte auch dem deutschen Meinungsspektrum ähneln, vgl. *F. Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2019, S.176, welcher ebenfalls drei Grundpositionen identifiziert.

Sachverhalte und Interessenkonflikte doch gewiss vor Augen stünden. Es lasse sich daher fragen, was jemand, der unter diesen Umständen eine solche Norm im Hinblick auf jene Sachverhalte erlassen würde, damit für Zwecke erreichen bzw. für Wertungen realisieren wolle. Seien dann noch mehrere Zweckhypothesen denkbar, können insb. teleologisch-systematische Überlegungen weiterhelfen, mit denen zu versuchen sei, Widersprüche zu den Wertungen anderer Regelungen der Rechtsordnung zu vermeiden.⁵⁴

Durchaus mit ähnlichen Worten umschreiben *Kerschner/Kehrer* die teleologische Interpretation, auch wenn diese einer allzu weiten objektiv-teleologischen Auslegung kritisch gegenüberstehen. Sie wollen im Rahmen der teleologischen Auslegung auf die *ratio legis* abstellen und betrachten die teleologische Interpretation als Analogieschluss, der gewissermaßen zufällig innerhalb des Wortlauts einer Bestimmung erfolgt. Sie vertreten eine strenge Subsidiarität der teleologischen Interpretation, die i.S. einer Lückenfeststellung erst angewendet werden soll, wenn sich kein Regelungsplan des historischen Gesetzgebers nachweisen lässt. Die *ratio legis* wollen sie aber nicht den Wertungen des Interpreten und auch nicht der naturrechtlichen Rechtsidee⁵⁵ überlassen, sondern – wie beim Analogieschluss – vor allem aus dem Gesetz gewinnen. Die Wertungen wollen sie entsprechend der Formulierung von § 7 ABGB aus ähnlichen, bestimmt entschiedenen Fällen und aus den Gründen verwandter Gesetze gewinnen. Auch sie erkennen in den gesicherten Erfahrungssätzen, welche Ziele Menschen wohl im Allgemeinen verfolgen, wenn sie unter Umständen wie den vorliegenden eine Rechtsnorm wie die vorliegende erlassen würden, eine gewisse Orientierungshilfe, mahnen aber zur vorsichtigen Anwendung dieser Formel.⁵⁶

*Pacic*⁵⁷ vertritt von einem der reinen Rechtslehre verpflichteten Standpunkt aus, dass nur jene Zwecke berücksichtigt werden können, die anhand der objektiven Kriterien Wortlaut, Systematik und Historie auf den Gesetzgeber zurückgeführt werden können.

Unabhängig davon, ob man nun der teleologischen Interpretation einen restriktiveren oder extensiveren Gehalt zuschreibt, wird man für Österreich von zwei Prämissen ausgehen können.

54 G. Kodek (Fn. 1), § 6 Rn. 115 ff.; F. Bydlinski in: P. Rummel (Hrsg.), ABGB-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl., Wien 2000, § 6 Rn. 20; F. Bydlinski, Methodenlehre (Fn. 2), S. 454 f.

55 Vgl. bloß die Kritik an der Rechtsidee bei J. Kehrer, Gesetzeskonforme Methodik, Wien 2013, S. 32 ff..

56 F. Kerschner/J. Kehrer (Fn. 3), §§ 6, 7 Rn. 75, 55 ff.; F. Kerschner, Methodenlehre (Fn. 52), S. 33 ff..

57 J. Pacic, Methoden der Rechtsfindung im Arbeitsrecht, Wien 2012, S 274 ff..

Erstens: Bei redlicher Auslegung – bei missbräuchlicher Absicht helfen auch die besten Methoden⁵⁸ nichts – wird man einer Regelung nicht jeden beliebigen Zweck unterstellen können, sondern bloß einen, der auch für andere zumindest einigermaßen nachvollziehbar ist.

Zweitens: Es entspricht der h.M.,⁵⁹ dass die Korrektur mglw. unbefriedigender Rechtslagen keine im Zuge der Auslegung zu erledigende Aufgabe ist – oder wie die Rspr.⁶⁰ formuliert: „Die Gerichte haben nur die bestehenden Gesetze anzuwenden; [...] unbefriedigende Gesetzesbestimmungen zu ändern, ist nicht Sache der Rechtsprechung, sondern der Gesetzgebung [...]“.

Beachtet man diese beiden Prämissen, so scheidet wohl die Berücksichtigung der rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen im Rahmen der teleologischen Interpretation aus. Der Gesetzgeber verfolgt mit seinen Regelungen den Anspruch, dass diese durch die Gerichte anzuwenden sind. Ein genereller Vorbehalt, bei unerwünschten rückwirkenden Folgen dies nicht zu tun, ist nirgends positiviert und man wird ihn weder generell noch einer bestimmten Norm als Zweck unterstellen können. An einem der oben angeführten Bsp. verdeutlicht: § 6 Abs. 2 Z 4 KSchG wird man nicht den Zweck unterstellen können, bloß gelten zu wollen, wenn ihn die Rechtspraxis angemessen berücksichtigt hätte. Rechtspolitisch kann man trefflich darüber streiten, ob es angemessen ist, aufgrund eines „Formalfehlers“, der in der Praxis wohl bisher keine negativen Auswirkungen auf Mieter hatte, die Wertsicherungsklausel zu „kippen“. Sofern sich die Auslegung des OGH aber als zutreffend erweist, ist dies als geltende Rechtslage hinzunehmen.

Eine Berücksichtigung rückwirkender wirtschaftlicher Folgen wird man m.E. auch nicht – sofern man diese überhaupt für maßgeblich hält⁶¹ – unter Rekurs auf *F. Bydlinskis*⁶² Rechtsidee, die sich aus den Elementen der Rechtssicherheit, Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit zusammensetzt, vertreten können. Man könnte überlegen, in Fällen, in denen sich die Anwendung einer Regel als systemkritisch erweisen würde, dem die Zweck-

58 Selbst bei den Naturwissenschaften kann es vorkommen, dass Ergebnisse bewusst verfälscht werden, dies ist aber kein Problem der Methode, sondern des Anwenders.

59 M. Schauer (Fn. 3), § 6 Rn. 18; G. Kodek (Fn. 1), § 6 Rn. 120; W. Posch in: M. Schwimann/G. Kodek (Hrsg.), ABGB-Kommentar, 5. Aufl., Wien 2018, § 6 ABGB Rn. 22; F. Kerschner/J. Kehrner (Fn. 3), §§ 6, 7 Rn. 5. Darauf, dass die Rspr. zum Teil gegen diese Aussage verstößt, wird noch unten Pkt. III.2.b eingegangen.

60 RIS-Justiz RS0009099.

61 Krit. bspw. J. Kehrner, Methodik (Fn. 55), S. 32 ff.; F. Rüffler, Analogie: Zulässige Rechtsanwendung oder unzulässige Rechtsfortbildung?, JRP 2002, 60 (61).

62 F. Bydlinski, Methodenlehre (Fn. 2), S. 299 ff.

mäßigkeit abzusprechen – dass *F. Bydlinski*⁶³ dies auch so sehen würde, soll aber ausdrücklich nicht unterstellt werden. Gleichsam würde dies aber wohl mit den anderen Elementen der Rechtsidee, der Rechtssicherheit und Gerechtigkeit kollidieren, denn ein solcher Vorbehalt wäre keineswegs der Rechtsicherheit dienlich und die Nichtanwendung in bestimmten Fällen würde zu einer Ungleichbehandlung der Rechtsunterworfenen führen. Mit den Mitteln der klassischen teleologischen Interpretation wird man Derartiges somit nicht begründen können.

Fraglich ist, ob die in Deutschland seit den 1960ern diskutierte sogenannte Folgenorientierung, Folgenberücksichtigung oder folgenorientierte Auslegung für die österreichische Methodenlehre Gegenteiliges ergeben könnte. Als einer der Vorreiter dieser Ansicht kann *Kriele*⁶⁴ betrachtet werden, wobei in Deutschland mittlerweile eine wohl nahezu unfassbare Fülle an Stellungnahmen zum Thema zu finden ist.⁶⁵ Die Bandbreite der Ansichten zur Folgenorientierung ist entsprechend weit und insofern gibt es auch kein einheitliches Bild, was überhaupt unter Folgenorientierung verstanden wird.⁶⁶ Dies macht sich auch im Diskurs darüber bemerkbar, denn dieser scheint zum Teil auch von Missverständnissen geprägt zu sein.⁶⁷

Im Wesentlichen geht es bei der Folgenorientierung um die Frage, ob bei der Auslegung einer Norm die Realfolgen der möglichen Auslegungs-

63 Vgl. i.d.Z. seine Ausführungen bei *F. Bydlinski*, Methodenlehre (Fn. 2), S. 332.

64 *M. Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl., Berlin 1978, S. 165.

65 Vgl. bloß *F. Reimer*, Methodenlehre (Fn. 53), Fn. 515 („aus dem überbordenden Schrifttum“). Ein Überblick über den (älteren) Meinungsstand findet sich bei *M. Deckert*, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, München 1995, S. 10 ff. Ein Überblick zur Folgenorientierung aus jüngerer Zeit findet sich bei *Q. Zhang*, Juristische Argumentation durch Folgenorientierung, Baden-Baden 2010, S. 29 ff..

66 Auch wenn die Autoren für die Berücksichtigung von Folgen eintreten, scheinen sich z.B. die Positionen von *M. Deckert* (Folgenorientierung [Fn. 65], passim), *G. Lübbe-Wolff* (Rechtsfolgen und Realfolgen, Freiburg 1981, passim) und *T. Sambuc* (Folgenerwägung im Richterrecht, Berlin 1977, passim) doch deutlich zu unterscheiden. *M. Deckerts* Ansatz wird sogleich im Text beschrieben. Im Gegensatz zu *M. Deckert* vermittelt die Ausführungen *G. Lübbe-Wolffs* zu den „Adaptionsfolgen“ (S. 137 ff.) tlw. den Eindruck, dass sie mit diesen bloß (sogar durchaus vertretbare) Normzwecke sichtbar machen möchte (z.B., dass die eingeschränkte Gutgläubenserwerbsmöglichkeit an gestohlenen Sachen auch der Diebstahlsprävention dient [S. 146 f]). Ebenso unterscheidet sich der Ansatz *T. Sambucs* von jenem *M. Deckerts*, der die Realfolgen bloß im Lichte des Normzwecks berücksichtigen möchte (S. 139).

67 So ist es (hoffentlich!) übertrieben, wenn *W. Hassemer* (Politik aus Karlsruhe?, JZ 2008, 1 [7]) den Vertretern der folgenorientierten Auslegung unterstellt, dass aufgrund der Folgen auch gegen ein grammatikalisch, systematisch, historisch und teleologisch zwingendes Ergebnis entschieden werden soll.

bzw. Entscheidungsalternativen (teilweise jedweder, also insb. wirtschaftlicher und sozialer Natur) ein auslegungsrelevanter Umstand sind. Also ob der Rechtsanwender wie ein (vorbildlicher) Gesetzgeber bei der Auslegung denken und eine Art Wirkungsfolgenanalyse vornehmen soll, um die „beste“ Auslegungsalternative zu finden. *Deckert*⁶⁸ grenzt die Folgenorientierung von der klassischen Methodenlehre folgendermaßen ab: „Während die klassische juristische Dogmatik Entscheidungen durch Verarbeitung vergangener Tatsachen mit Hilfe vorgegebener Regeln steuert, lenkt die Folgenorientierung die Entscheidungen durch die Erwartung der von der Entscheidung beeinflussten Wirkungen.“

Als einen Pol der Diskussion kann man wohl die Position *Deckerts*⁶⁹ qualifizieren, welche versucht hat, die folgenorientierte Auslegung als eigene Auslegungsmethode handhabbar zu machen und diese an die Stelle der teleologischen Interpretation treten lassen will. Grob zusammengefasst vertritt sie, dass bei jenen Rechtsfragen, die sich nicht anhand von Wortlaut, Systematik und historischer Auslegung lösen lassen, eine umfassende Analyse aller⁷⁰(!) denkbaren Realfolgen vorgenommen werden solle. Diese Realfolgen sollen insb. durch interdisziplinäre Zusammenarbeit (z.B. mit Sachverständigen) ermittelt werden. Danach solle anhand der Kriterien „Effizienz“, „Gerechtigkeit“ und „Wahrheit“ die beste Auslegungsalternative ermittelt werden.

Den entgegengesetzten Pol bildet vor allem *Luhmann*,⁷¹ der jeder Folgenorientierung im Recht ablehnend gegenübersteht. Eine einzelfallbezogene Folgenberücksichtigung würde gegen den Gleichheitssatz verstoßen. Würde man Folgen und Folgefolgen berücksichtigen, wäre dies mit enormer Komplexität und damit einhergehendem Zeitaufwand verbunden. Dies widerspreche der im Recht gebotenen Reduktion der Komplexität.

Auch der Kritikpunkt *N. Luhmanns* (dazu sogleich im Text), dass eine reine Einzelfallgerechtigkeit mit dieser Methode angestrebt werde, ist wohl zumindest bzgl. der meisten Vertreter unzutreffend.

68 *M. Deckert*, Folgenorientierung (Fn. 65), S. 3.

69 *M. Deckert*, Folgenorientierung (Fn. 65), passim.

70 *M. Deckert*, Folgenorientierung (Fn. 65), S. 118.

71 *N. Luhmann*, Funktionale Methode und juristische Entscheidung, AÖR 1969, 1 (3 ff.). Kritisch auch *H. Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl., Heidelberg 1999, S. 303.

Zwischen diesen beiden Extrempunkten haben sich vermittelnde Ansichten gebildet, die Folgenargumente in einem bestimmten Ausmaß als zulässig erachten. Beispielfhaft⁷² sind hier zu nennen:

Eher zurückhaltend zeigt sich *Larenz*.⁷³ Dieser führt *Krieles* Ansatz der Folgenorientierung auf dessen verfassungsrechtlichen Blickwinkel zurück, hält aber fest, dass Folgeerwägungen für „normale“ Entscheidungstätigkeit wie die der Zivilgerichte keine Rolle spielen können. Er begründet dies mit drei Argumenten: Erstens seien die Gerichte meist gar nicht in der Lage, die Folgen abzuschätzen; zweitens habe der Gesetzgeber die entsprechenden Vorentscheidungen getroffen und die Gerichte seien nicht befugt, diese umzustoßen; drittens erwarte jene Partei, die das Gesetz auf ihrer Seite habe, dass ihr dasjenige zugesprochen werde, was ihr nach diesem zukomme. Folgenorientierte Überlegungen hält *Larenz* lediglich bei Grundsatzentscheidungen wie der erstmaligen Zulassung des Sicherungseigentums oder bei der „gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung“ für zulässig. Anders sieht dies *Larenz* für die Verfassungsgerichtsbarkeit. Dort hält er eine Folgenorientierung für zulässig und diese solle sich am „Gemeinwohl“ orientieren.

Nach *Möllers*⁷⁴ dürfen in den Fällen, in denen das Gesetz nicht explizit zur Folgenabwägung (z.B. Härtefallklauseln im Scheidungsrecht) verpflichtete, bloß die vom Gesetz bezweckten und angestrebten Folgen in eine Abwägung einfließen. Folgenorientierte Überlegungen hätten überdies keinen Absolutheitsanspruch, sondern könnten die Wertungen des Gesetzes nur ergänzen. Als Bsp. dafür nennt er eine Entscheidung des BGH⁷⁵ zur Haftung psychologischer Gerichtsgutachter im Strafprozess. Der BGH verneinte eine Haftung des Sachverständigen wegen Freiheitsentziehung gem. § 823 Abs.1 BGB für fahrlässig unrichtig erstellte Gutachten, weil eine zu strenge Haftung die Unabhängigkeit des Gutachters gefährden und damit die Rechtspflege beeinträchtigen könne. Das BVerfG verwarf aber diese Ansicht des BGH. Dieses befürchtete zunächst, dass die Nichthaftung zu weniger Sorgfalt des Sachverständigen führen würde. Schlagend war aber, dass § 823 Abs.1 BGB einen Anspruch gegen jedermann gewähre, der rechtswidrig und schuldhaft die persönliche Freiheit eines anderen verletze.

72 Weitere Vertreter einer Mittelposition wären bspw. *W. Hassemer*, Politik (Fn. 67), 8; *M. Hensche*, Probleme einer folgenorientierten Rechtsanwendung, Rechtstheorie 1998, 103 (120); *P. Raisch*, Juristische Methoden, Heidelberg 1995, S. 185 f.

73 *K. Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin 1991, S. 231 f, 365.

74 *T. Möllers*, Methodenlehre (Fn. 47), S. 196 ff..

75 BGH VI ZR 113/71.

Würde der Gutachter nicht haften, wäre die Freiheitsverletzung sanktionslos. Als gängige Folgenargumente nennt Möllers überdies das *argumentum ad absurdum*, die Vermeidung einer Übermaßhaftung, *de minimis non curat lex*, die Sicherstellung praktikabler Ergebnisse, die normative Kraft des Faktischen sowie die Akzeptanz. Daneben qualifiziert er das *effet-utile*-Argument im Europarecht als Folgenargument.

In den gängigen österreichischen privatrechtlichen Abhandlungen zur Methodenlehre wird die folgenorientierte Auslegung bzw. die Diskussion über diese bislang wenig rezipiert.⁷⁶ Die wohl ausführlichste Stellungnahme findet sich bei *Pacic*. Er steht der Folgenberücksichtigung insgesamt eher kritisch gegenüber. Folgendiskussionen seien primär für die Gesetzgebung gedacht und werden von ihm als Einfallstor für rechtspolitische Erwägungen identifiziert. Gleichsam vertritt *Pacic* jedoch, dass in jenen Fällen, in denen dem Richter vom Gesetzgeber rechtspolitische Entscheidungsspielräume gewährt werden, der Richter befugt und aufgefordert, nicht jedoch genötigt sei, allfällige Folgen reiflich zu bedenken.⁷⁷ Bei *F. Bydlinski* und *Kodek* findet sich bloß der kurze Hinweis, dass die realen Folgen einer jeden Auslegungsvariante immer abgeschätzt werden müssen, weswegen die „Folgenorientierung“ als selbständige Methode, wie sie von *Deckert* vertreten werde, ausscheide.⁷⁸ Was damit aber genau gemeint und vor allem, wofür die immer vorzunehmende Folgenabschätzung dann genutzt werden soll, wird jedoch nicht erörtert.

F. Bydlinski und *Kodek* haben aber sicherlich Recht damit, dass Folgenorientierung in der Form wie sie *Deckert* vertritt, als eigenständige Methode bei der Rechtsauslegung für Österreich ausscheidet. Dies wäre zunächst wohl schwer mit den §§ 6, 7 ABGB vereinbar. Daneben stellt sich die Frage, ob eine solche Folgenorientierung das hält, was sie verspricht. Lohnt es sich tatsächlich, alle möglichen Folgen und Folgefolgen zu ermitteln, bloß um dann in Anbetracht dieser anhand teilweise wenig konkreter Kriterien wie Effizienz, aber vor allem Gerechtigkeit und Wahrheit zu entscheiden. Ist damit tatsächlich ein Rationalitätsgewinn verbunden, der den beträchtlichen Aufwand und die Komplexitätserhöhung lohnt? Die Übernahme der vermittelnden Ansichten für das österreichische Recht erscheint aber – ohne zu sehr ins Detail eingehen zu wollen – grds. nicht ausgeschlossen.

76 *F. Bydlinski* (Methodenlehre [Fn. 2], S. 148 ff.) setzt sich in seiner zwar mit *M. Krieles* Werk eingehend auseinander, aber nicht erkennbar mit der Folgenorientierung. *F. Kerschner/J. Kehrner* ([Fn. 3], § 6, 7) erwähnen *M. Kriele* bloß im LitVZ.

77 *J. Pacic*, Methoden (Fn. 57), S. 316 f.

78 *G. Kodek* (Fn. 1), § 6 Rn. 90 bzw. *F. Bydlinski* (Fn. 54), § 6 Rn. 19.

Zu fragen, ob die naheliegenden bzw. offensichtlichen Folgen einer Auslegungshypothese mit den tatsächlichen Zwecken einer Norm übereinstimmen, erscheint naheliegend und wird wohl auch praktiziert.

Für die hier interessierende Fragestellung bedeutet dies aber, dass die rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen regelmäßig nicht berücksichtigt werden können, denn den privatrechtlichen Normen wird üblicherweise kein entsprechender Zweck unterstellt werden können.

Selbst wenn man der Folgenorientierung mehr Raum bieten wollen würde, stellt sich die Frage, ob man nicht zwischen generellen bzw. pro futuro wirkenden Folgen einerseits und rückwirkenden Folgen andererseits differenzieren müsste. Soweit ersichtlich wird dies bei den meisten Vertretern der Folgenorientierung nicht explizit gemacht.⁷⁹ Mit der Berücksichtigung der generellen bzw. pro futuro wirkenden Folgen würde sich unter „Laborbedingungen“ die ideale Auslegung einer Norm, also wie man sie am „besten“ anwenden würde, ermitteln lassen. Lässt man die rückwirkenden Folgen in die Beurteilung einfließen, wird dieses Ergebnis durch die tatsächlichen Gegebenheiten gewissermaßen verfälscht. Illustriert sei dies an folgendem hypothetischen Beispiel: Steht z.B. in Frage, ob eine Norm eine einseitig vorteilhafte Preisanpassungsklausel verbietet, so könnte sich ergeben, dass unter bloßer Berücksichtigung der generellen und zukünftigen Wirkungen jene Auslegungsvariante vorteilhafter wäre, nach der diese rechtswidrig ist – bspw. weil einseitige Preisanpassungsklauseln zu Wohlstandsverlusten führen würden. Berücksichtigt man jedoch auch die rückwirkenden Folgen, so könnten diese bei ausreichendem Gewicht für eine andere Beurteilung sorgen. Beide Varianten erscheinen keinesfalls abwegig. Welcher man den Vorzug geben will, hängt bloß vom Ziel ab, das

79 Zum Teil wirkt es so, als ob aber ohnehin bloß die generellen bzw. pro futuro wirkenden Folgen gemeint sind. So wohl G. Lübbe-Wolff (Realfolgen [Fn. 66], S. 137 ff.) mit den sogenannten Adaptionsfolgen.

Bei R. Zippelius (Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2021, S. 50) findet man die Aussage: „Da hierbei aber nach einer generalisierbaren Auslegung gesucht wird, geht es um eine typisierende Folgenorientierung, die über die Umstände des Einzelfalles hinausweist. Doch zeigt sich auch hier die Situationsgebundenheit rechtlicher Entscheidungen; denn in unterschiedlichen, wenn auch typisierbaren, Situationen spielen Zwecke und zweckgebundene Interessen in unterschiedlicher Zahl und Konstellation eine Rolle, können sich wechselseitig unberührt lassen, verstärken oder auch widersprechen, bald stärker, bald weniger stark betroffen sein und Berücksichtigung verlangen.“ [Anm: Kursivstellung im Original].

Q. Zhang (Folgenorientierung (Fn. 65), S. 32 ff.) gibt die gängigen Klassifikationen der Entscheidungsfolgen wieder, dort findet sich aber kein Hinweis, dass zwischen Folgen aus der Rückwirkung und anderen differenziert wird.

man mit der Folgenorientierung erreichen will: Die für das „Gemeinwohl“ aktuell real beste Lösung oder die abstrakt und unter „Laborbedingungen“ beste Lösung.

Dass im Rahmen der einfachen Auslegung die rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen nicht berücksichtigt werden können, dürfte wohl auch der h.M. in Österreich entsprechen, wenn man bedenkt, dass diese der Ökonomischen Analyse des Rechts – diese ist der Folgenorientierung durchaus ähnlich – weitgehend ablehnend gegenübersteht.⁸⁰ So formulieren *Kerschner/Kehrer*⁸¹, dass auf die ökonomischen Auswirkungen einer Regelung nur dann Bedacht genommen werden könne, wenn und soweit der Gesetzgeber selbst darauf Bezug genommen habe. Man könne doch nicht von den vielen möglichen (ökologischen, sozialen, wirtschaftlichen u.a.) Interessen willkürlich allein die ökonomischen als die primär maßgeblichen überhöhen. *Schauer* und *Kodek* vertreten durchaus ähnlich, dass die Ergebnisse der Ökonomischen Analyse des Rechts primär als Empfehlungen an den Gesetzgeber zu verstehen seien. Inwieweit ihre Erkenntnisse bei der Auslegung geltenden Rechts beachtlich seien, hänge davon ab, ob der Zweck der auszulegenden Vorschrift die Berücksichtigung ökonomischer Aspekte gebiete. Soweit dies zutreffe, können ökonomische Folgenerwägungen in die teleologische Interpretation einfließen. Eine eigene Rechtsanwendungs- bzw. Auslegungsmethode sei die Ökonomischen Analyse des Rechts aber nicht.⁸² Selbst wenn man der Ökonomischen Analyse des Rechts mehr Gewicht zumessen würde, stellt sich auch hier wieder die Frage, unter welchem Blickwinkel man ökonomisch analysiert.⁸³ Zumeist wird die Ökonomische Analyse des Rechts ja dazu genutzt, darzulegen, wie die Rechtsordnung ökonomisch effizient auszugestalten bzw. wie eine Regelung im Lichte der ökonomischen Effizienz auszulegen wäre. Das Hauptaugenmerk liegt dabei auf der Verhaltenssteuerung durch rechtliche Regelungen ex ante und Schaffung entsprechender (positiver wie negativer) Anreize.⁸⁴ Bei einer solchen Betrachtungsweise würden aber dann die realen rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen bei der Interpretation einer materiellen Norm regelmäßig außer Betracht bleiben. Ergründet werden soll ja, wie das Recht „unter Laborbedingungen“ zu handhaben sei. Die rückwirkenden

80 Krit. auch *P. Bydlinski* (Fn. 49), § 6 Rn. 11.

81 *F. Kerschner/J. Kehrer* (Fn. 3), § 6, 7 Rn. 60.

82 *M. Schauer* (Fn. 3), § 6 Rn. 33; *G. Kodek* (Fn. 1), § 6 Rn. 228 ff..

83 Vgl. sinngemäß die soeben dargestellten Überlegungen zur Folgenorientierung.

84 Vgl. *G. Kodek* (Fn. 1), § 6 Rn. 229.

wirtschaftlichen Folgen würden wohl am ehesten im Rahmen einer ökonomischen Analyse des Verfahrensrechts relevant werden, also z.B. bei der Frage, ob eine solche Rückwirkung aus diesem Blickwinkel immer effizient ist oder ob man hier Mechanismen schaffen sollte.⁸⁵ Für Österreich wird man Derartiges aber bloß auf rechtspolitischer Ebene diskutieren können.⁸⁶

Trotz der geringen Rezeption der Diskussion um die folgenorientierte Auslegung ist eine Argumentationsform, die teilweise als Fall dieser benannt wird,⁸⁷ in Österreich unzweifelhaft anerkannt und der teleologischen Auslegung zugeordnet: das *argumentum ad absurdum*.⁸⁸ Hierbei handelt es um die Eliminierung einer zunächst an sich denkbaren Zweck- und damit Auslegungshypothese mit dem Argument, dass dieser bestimmte Zweck oder dessen reale Auswirkungen auf die konkreten Rechtsfälle offensichtlich in der Rechtsgemeinschaft ganz allgemein, ohne Rücksicht auf politische Gruppenzugehörigkeit, abgelehnt werde. In diesem Lichte könne nämlich nicht angenommen werden, dass die Gesetzgebungsorgane diese Wertungs- und Zweckvorstellungen zugrunde gelegt haben, die mit den Erwartungen der ganz großen Mehrheit der Rechtsgenossen im Widerspruch stünden. Wenn somit zwei Auslegungsmöglichkeiten in Betracht kommen und offenkundig ist, dass eine keinesfalls dem Willen des Gesetzgebers entsprechen kann, dann ist der anderen Auslegung der Vorzug zu geben.⁸⁹ Ob das *argumentum ad absurdum* für die hier gestellte Frage relevant ist, kommt auf die Betrachtungsweise an. Als das potenziell absurde Ergebnis sind die zu befürchtenden systemischen wirtschaftlichen Probleme zu qualifizieren. Diese treten aber typischerweise bloß auf, weil unzählige gleichgeartete Fälle parallel bestehen. Insofern kommt es auf die Perspektive an, aufgrund derer man die Absurdität ermittelt. Stellt man auf den typischen Fall ab, mag das Ergebnis ganz und gar nicht absurd erscheinen, sondern womöglich sogar sachgerecht. Betrachtet man die parallelen Fälle als Ganzes, könnte man aufgrund der kumulierten wirtschaftlichen Auswirkungen Gegenteiliges erkennen.⁹⁰ Letzteres ist m.E. aber abzulehnen, denn es wäre

85 Vgl. die Überlegungen bei P. Ludewig, Beschränkung (Fn. 8), S, Berlin 2012, S. 265 ff.

86 Vgl. unten V.

87 Vgl. T. Möllers, Methodenlehre (Fn. 47), S. 197.

88 Vgl. M. Schauer (Fn. 3), § 6 Rn. 21 m. w. N..

89 G. Kodek (Fn. 1), § 6 Rn. 210.

90 In diese Richtung ging bspw. die Argumentation der spanischen Staatsanwaltschaft im Verbandsverfahren TS STS 1916/2013 (ECLI:ES:TS:2013:1916) rund um die Zulässigkeit der Mindestzinsklauseln bei Hypothekarkrediten, welche nachfolgend zur oben referierten (Pkt. II.1) Entscheidung EuGH C-154/15, C-307/15 und C-308/15

wohl ein Überstrapazieren des Begriffes Absurdität, wenn man diese annähme, obwohl das Auslegungsergebnis in der jeweiligen Einzelfallbetrachtung bzw. im hypothetischen Standardfall durchaus angemessen erscheint. Auch ist es zweifelhaft, dass das Zuerkennen der an sich zustehenden Ansprüche trotz der Konsequenzen „offensichtlich in der Rechtsgemeinschaft ganz allgemein, ohne Rücksicht auf politische Gruppenzugehörigkeit, abgelehnt“ würde – man beachte bloß exemplarisch die öffentliche Rezeption des Plenarurteils in der Causa „Spanische Stempelsteuer“.⁹¹

Doch auch im Rahmen der einfachen Auslegung könnte es einen Fall geben, in dem die Berücksichtigung der rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen zulässig sein könnte: das rechtliche *non liquet*. Also jene Situation, dass auch nach Ausschöpfung und sorgfältiger Anwendung aller juristischer Methoden – und allenfalls auch unter Berücksichtigung des bereits ergangenen „Richterrechts“ als subsidiärer Rechtsquelle⁹² – zwei gleich gut vertretbare Lösungen bestehen. Ob es diese Situation tatsächlich geben kann, ist umstritten.⁹³ Geht man davon aus, dass es sie tatsächlich oder zumindest theoretisch gibt, wird gemeinhin angenommen, dass der Richter Dezision üben kann, also sich frei für eine der gleich gut vertretbaren Auslegungsvarianten entscheiden darf. In diesem Fall wäre es dann auch zulässig, dass der Richter anhand der zu erwartenden rückwirkenden Folgen entscheidet.

c) Auslegung von Generalklauseln

Fraglich ist, ob anderes für die Auslegung von Generalklauseln gelten kann. Bei diesen wird man schwerlich bestreiten können, dass dem Rechtsanwender ein Entscheidungsspielraum zukommt. Vielfach wird vertreten, dass Generalklauseln eine Delegationsfunktion innewohne, also der Gesetzgeber dem Rechtsanwender die Rechtssetzungskompetenz faktisch übertrage.⁹⁴ I.d.S. könnte man überlegen, ob hier die Berücksichtigung der rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen zulässig wäre. Gewissermaßen nach

(Gutiérrez Naranjo) führte. Die spanische Staatsanwaltschaft führte aus, dass das Gesetz die Rückwirkung in diesem Fall nicht beabsichtigten könne, weil die Folgen zu drastisch wären.

91 Vgl. oben Pkt. II.2. Angemerkt sei, dass die öffentliche Rezeption von Gerichtsurteilen gewiss nicht immer rational ist.

92 Vgl. F. Bydlinski, Methodenlehre (Fn. 2), S. 504 ff..

93 F. Bydlinski (Fn. 54), § 6 Rn. 25. Krit. F. Kerschner, Methodenlehre (Fn. 52), S. 46 f.

94 Vgl. bspw. E. Kramer, Methodenlehre (Fn. 52), S. 82.

dem Motto: „Wenn der Normanwender beauftragt wird, die Aufgabe des Gesetzgebers zu übernehmen, dann müsse es ihm auch erlaubt sein, wie der Gesetzgeber zu denken und dieser würde die rückwirkenden Folgen bei der rückwirkenden Normsetzung beachten.“

Aufgrund der Vielfalt von Generalklauseln kann und soll an dieser Stelle keine abschließende Stellungnahme erfolgen. Bei der Anwendung von Generalklauseln wird häufig auf eine umfassende Interessenabwägung abgestellt.⁹⁵ Welche Interessen dabei aber zu berücksichtigen sind, ist im Hinblick auf die jeweilige Generalklausel zu ermitteln. Trotzdem können die rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen m.E. hier regelmäßig nicht berücksichtigt werden bzw. allenfalls auf einer sekundären Ebene, wenn die für die Anwendung der Generalklausel anerkannten Parameter keine Lösung indizieren, also ähnlich wie beim oben behandelten rechtlichen *non liquet*. Dies hat den Grund darin, dass – blickt man z.B. auf § 879 Abs. 3 ABGB – die gröbliche Benachteiligung einer AGB-Klausel nicht mehr oder weniger wird, bloß weil sich durch zahlreiche Parallelfälle die wirtschaftliche Tragweite der Fragestellung erhöht. Es wäre auch wenig nachvollziehbar, bei sonst vergleichbaren Umständen,⁹⁶ ein und dieselbe Klausel in Fitnesscenterverträgen für gröblich benachteiligend zu qualifizieren, aufgrund der wirtschaftlichen Folgen bei Kreditverträgen jedoch nicht.⁹⁷ Es kann für die Beurteilung der gröblichen Benachteiligung auch nicht relevant sein, ob eine Klausel bloß von einer oder von fast allen Banken verwendet wird. Dies alles wäre aber wohl entscheidend, wenn man die rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen für maßgeblich erachtet und dieses Abwägungskriterium im Rahmen der Interessenabwägung konsequent handhaben würde. Womöglich müsste man in diesem Lichte sogar in Parallelfällen eine Norm unterschiedlich handhaben, je nachdem, ob eine systemkritische oder „normale“ Bank am Verfahren beteiligt ist, denn bloß bei ersterer wären die Folgen „gemeinwohlrelevant“. Für die Nichtberücksichtigung solcher Umstände spricht auch, dass dies oft dazu führen

95 Vgl. bspw. G. Graf in: A. Kletečka/M. Schauer (Hrsg.), ABGB-Onlinekommentar, 1.05 Aufl., Wien 2019, § 879 Rn. 61, 279.

96 Das es sachliche Kriterien geben kann, die eine Differenzierung nach Branchen bzw. Vertragsart zulassen können, sei nicht infrage gestellt.

97 Vgl. OGH 4 Ob 59/22p, welche für beide Fälle zutreffend dieselben Grundsätze anwendet. Vgl. sinngemäß die Ausführungen H. Koziols, Der Rückforderungsanspruch wegen Zahlung überhöhter Zinsen verjährt in drei Jahren, ÖBA 2004, 57 (59), der den Analogieschluss des OGH im Zinsstreit (oben Pkt. II.3) befürwortete, aber hervorhob, dass dies keine Sonderregel für Banken darstelle, sondern generell gelte.

würde, dass die am weitesten verbreiteten problematischen Klauseln – diese sind es ja, welche typischerweise die größten wirtschaftlichen Folgen nach sich ziehen – bessergestellt würden als die weniger weit verbreiteten. Aus anderem Blickwinkel betrachtet könnte man sogar überlegen, ob nicht gerade bei diesen Klauseln das öffentliche Bedürfnis besonders stark ausgeprägt ist, dass sie vom Markt verschwinden, von ihnen sind nämlich auch die meisten Personen betroffen.

2. Rechtsfortbildung

Nachdem soeben die Auslegung besprochen wurde, stellt sich die Frage, ob bei der Rechtsfortbildung die rückwirkenden Folgen berücksichtigt werden können. Es sollen zuerst die „einfachen“ Formen der Rechtsfortbildung besprochen werden, im Anschluss daran die „erweiterte“ Rechtsfortbildung.

a) „Einfache“ Rechtsfortbildung

Mit der „einfachen“ Rechtsfortbildung sind hier die Analogie und die teleologische Reduktion gemeint. Die Analogie ist in den Formen der Gesetzes- bzw. Einzelanalogie sowie der Rechts- bzw. Gesamtanalogie in § 7 ABGB normiert. Die teleologische Reduktion findet sich dort zwar nicht explizit erwähnt, ist aber einhellig anerkannt.⁹⁸

Obwohl § 7 ABGB dem Rechtsanwender somit Rechtsfortbildung zugesteht, zielt dieser durch den Verweis auf die ähnlichen vom Gesetz bestimmt entschiedenen Fälle und die Gründe anderer verwandter Gesetze auf eine Bindung an den gesetzgeberischen Willen bzw. dessen Wertungen ab. Dies sollte gerade dazu dienen, richterliche Eigenwertung hintanzuhalten.⁹⁹ Der Rechtsanwender darf somit seine subjektiven Wertvorstellungen oder rechtspolitischen Wünsche nicht an die Stelle des objektiven Sinns des Gesetzes setzen.¹⁰⁰ Man könnte auch formulieren, dass diese Werkzeuge gerade der Durchsetzung des gesetzgeberischen Willens in Fällen dienen sollen, in denen dieser es verabsäumt hat, ihn ausdrücklich zu artikulieren; der gesetzliche Wortlaut also hinter dem gesetzgeberischen Willen zurückbleibt. Heutzutage wird auch verbreitet anerkannt, dass § 7 ABGB der

⁹⁸ M. Schauer (Fn. 3), § 7 Rn. 18 m. w. N..

⁹⁹ Vgl. bloß F. Zeiller, ABGB-Kommentar, Bd. I, Wien 1811, S. 68.

¹⁰⁰ G. Kodek (Fn. 1), § 7 Rn. 35 m. w. N..

Durchsetzung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes dient.¹⁰¹ Theoretisch betrachtet ist die Analogie somit simpel. Ist ein Fall gesetzlich nicht explizit geregelt und entspricht dies nicht dem Willen des Gesetzgebers, ist dieser anhand vergleichbarer Regeln zu lösen. Dass dies in der Praxis regelmäßig zu den anspruchsvolleren Aufgaben zählt, steht auf einem anderen Blatt.

Die teleologische Reduktion wird regelmäßig als das Gegenstück zur Analogie bezeichnet. Sie findet Anwendung, wenn der Begriffskern einer Norm einen Fall erfasst, die Anwendung der Norm aber nicht deren Zweck entsprechen würde. Es liegt wieder eine Diskrepanz zwischen Wortlaut und Zweck vor. Ersterer erweist sich im Verhältnis zu Letzterem als überschüssig.¹⁰² Von manchen wird dies auch als Ausnahmelücke bezeichnet.¹⁰³

Ohne auf weitere Details eingehen zu wollen, genügt somit für die hier interessierende Frage, dass – wie soeben dargelegt – bei diesen Methoden der Rechtsfortbildung rechtspolitische Wertungen des Anwenders außen vor zu bleiben haben. Dies gilt auch trotz des Umstandes, dass der Gesetzgeber die konkrete Fallsituation nicht bedacht hat. Insofern muss m.E. der Umstand, dass die analoge Anwendung oder teleologische Reduktion einer Norm beträchtliche wirtschaftliche Konsequenzen nach sich ziehen könnte, unbeachtet bleiben.¹⁰⁴ Es gilt vielmehr, bloß die Wertung des Gesetzgebers vom geregelten auf den ungeregelten Fall zu übertragen.

Gewissermaßen rechtspraktisch betrachtet sollten solche Wirkungen aber doch eine Rolle einnehmen: Ist bei einer Rechtsfortbildung zu befürchten, dass diese beträchtliche wirtschaftliche Folgen nach sich zieht, sollte der Rechtsanwender sich besser nochmals vergewissern, ob die methodischen Voraussetzungen tatsächlich gegeben sind, also wirklich eine planwidrige und nicht bloß rechtspolitische Lücke vorliegt. Diese Überlegung gilt aber nicht nur für die „einfache“ Rechtsfortbildung und ist sicherlich verallgemeinerungsfähig. Gleichsam ist sie aber auch nicht übermäßig originell, denn gerade bei erkennbar wirtschaftlich „heiklen“ Fragestellungen ist zu beobachten, dass die Rspr. ihre Lösung regelmäßig äußerst

101 F. Rüffler, (Fn. 61) 69; M. Schauer (Fn. 3), § 7 Rn. 13.

102 Vgl. G. Kodek (Fn. 1), § 7 Rn. 60 m. w. N..

103 E. Kramer, Methodenlehre (Fn. 52), S. 250.

104 A.A. mglw bzgl. der Rechtsanalogie G. Kodek (Fn. 1), § 7 Rn. 52.

sorgfältig begründet und auch eingehend auf die zumeist in diesen Fällen vorliegende umfassende literarische Diskussion Rücksicht nimmt.¹⁰⁵

Zu klären bleibt noch, ob der Umstand, dass die Anwendung einer Regelung zu wirtschaftlichen Verwerfungen führen könnte, eine nachträgliche Lücke begründen könnte, die es mittels Analogie oder Reduktion auszufüllen gilt. Welche Umstände eine nachträgliche Lücke begründen, ist in Österreich strittig. Für *Schauer*¹⁰⁶ können lediglich Änderungen der Rechtsordnung entscheidend sein, weil nur sie auf eine Neubewertung der beteiligten Interessen durch den Gesetzgeber schließen lassen. Spätere Entwicklungen auf gesellschaftlichem, technischem oder wirtschaftlichem Gebiet oder bloße Änderungen in den Moralvorstellungen genügen nach ihm nicht. Gleiches vertreten auch *Kerschner* und *Kehrer* sowie wohl auch *F. Bydlinski*.¹⁰⁷ Einen weiteren Ansatz vertreten *Kodek* und *Posch*, für die nicht nur rechtliche, sondern auch soziale, ökonomische oder technische Entwicklungen eine nachträgliche Lücke begründen können.¹⁰⁸ Selbst wenn man die ökonomischen Entwicklungen als geeignet erachtet, eine nachträgliche Lücke zu begründen, so wird man m.E. dies aber so verstehen müssen, dass hier jedenfalls eine dauerhafte Veränderung gegeben sein muss, die den Gesetzgeber hypothetisch zu einer Neubewertung des Regelungskonzepts veranlasst hätte. Der bloße Umstand, dass die Anwendung einer Regelung in einer spezifischen Problemstellung – also einer Häufung von parallelen Einzelfällen – sich als wirtschaftlich kritisch erweist, reicht hierzu nicht aus, wenn die Anwendung der Regel im konkreten Einzelfall bzw. hypothetischen Standardfall noch immer sachgerecht wäre. An einem der obigen Bsp. verdeutlicht: Dass die 30-jährige Verjährung von Bereicherungsansprüchen bei ihrer Anwendung im „Zinsenstreit“ wirtschaftliche Probleme verursachen hätte können, kann kein maßgeblicher Umstand für eine Analogie sein, wenn die Regel abseits davon selbst unter Berücksichtigung der sozialen, ökonomischen oder technischen Entwicklungen noch immer sachgerecht war, ist und sein wird. Dann kann man nicht bezweifeln, dass diese dem Regelungskonzept des Gesetzgebers entspricht. Könnte man hingegen durch § 27 Abs. 3 MRG und § 5 Abs. 4 KIGG nach-

105 Vgl. OGH 3 Ob 78/21y (Auswirkung von COVID-19 auf die Zinszahlungspflicht bei der Geschäftsraummiete), in der das Schrifttum umfangreich wiedergegeben wird.

106 *M. Schauer* (Fn. 3), § 7 Rn. 9 (wmgl aber weiter in Bezug auf die teleologische Reduktion, vgl. Rn. 18).

107 *F. Kerschner/J. Kehrer* (Fn. 3), § 6, 7 Rn. 112 ff.; *F. Bydlinski* (Fn. 54), § 7 Rn. 2; *F. Bydlinski*, Methodenlehre (Fn. 2), S. 585 f.

108 *G. Kodek* (Fn. 1), § 7 Rn. 23; *W. Posch* (Fn. 59), § 7 ABGB Rn. 5.

weisen, dass der Gesetzgeber durch deren Erlass tatsächlich – das ist aber gerade der Streitpunkt – mittlerweile ein anderes Regelungskonzept verfolgen würde und die Anwendung der 30-jährigen Verjährungsfrist somit nachträglich planwidrig geworden wäre, so hätte man § 1478 ABGB teleologisch zu reduzieren und die genannten Spezialregelungen analog und generell heranzuziehen.¹⁰⁹ Dies wäre dann methodisch korrekt. Entsprechendes vertrat auch der OGH, denn er schuf kein spezielles „Bankenverjährungsrecht“, sondern wandte nachfolgend die kurze Verjährungsfrist über den Zinsenstreit hinaus für die Rückforderung periodisch gezahlter Entgelte grds. generell an.¹¹⁰

b) „Erweiterte“ Rechtsfortbildung

Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft, so muss solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden. Dies bestimmt § 7 ABGB und ordnet damit an, dass subsidiär, wenn die zuvor genannten Methoden der Auslegung und „einfachen“ Rechtsfortbildung für die Falllösung nicht ausreichen, auf die natürlichen Rechtsgrundsätze zurückgegriffen werden darf bzw. sogar muss. Der Anwendungsbereich der natürlichen Rechtsgrundsätze ist denkbar gering – als überzeugendstes Bsp. dient das Recht der Totenfürsorge.¹¹¹

Doch was sind die natürlichen Rechtsgrundsätze? Die Verfasser des ABGB bezogen sich dabei auf das Naturrecht. Heute werden unter den natürlichen Rechtsgrundsätzen oftmals die allgemeinsten Wertungsprinzipien verstanden, die der Rechtsordnung zugrunde liegen.¹¹² In der praktischen Anwendung ist hier ein großer Spielraum gegeben. Faktisch wird man der freien Rechtsfindung relativ nahestehen, denn selbst unter Zuhilfenahme von Hilfsmitteln wie der Rechtsvergleichung wird sich auf dieser Ebene

109 Ein solches Zusammentreffen von teleologischer Reduktion und Analogie ist methodisch anerkannt, vgl. *G. Kodek* (Fn. 1), § 7 Rn. 65 m. w. N.. Dass die kurze Verjährungsfrist auf europarechtliche Bedenken stößt, sei nochmals angemerkt, vgl. Fn. 36.

110 Vgl. OGH 7 Ob 10/20a m. w. N..

111 *F. Bydlinski*, Methodenlehre (Fn. 2), S. 492 f. Bei anderen Bsp. wird oftmals vorgebracht, dass sich diese durch vorrangige Methoden entsprechend lösen ließen, so bspw. *F. Kerschner/J. Kehrer* (Fn. 3), § 6, 7 Rn. 94 in Bezug auf den Arglistinwand bei der Verjährungseinrede.

112 *M. Schauer* (Fn. 3), § 7 Rn. 17; vgl. die Nw. zu den verschiedenen Auffassungen bei *G. Kodek* (Fn. 1), § 7 Rn. 80.

in der Praxis schwerlich ein Ergebnis finden lassen, welches alleinig als zwingend zu betrachten ist. Im Ergebnis wird man die natürlichen Rechtsgrundsätze darauf herunterbrechen können, dass der Rechtsanwender so entscheiden soll, wie er anhand der geltenden Rechtsordnung glaubt, dass es der Gesetzgeber tun würde. Aber lassen sich dabei die rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen berücksichtigen?

Auch hier stellt sich die Frage, an welche Situation gedacht wird, in welcher der Gesetzgeber entscheiden würde. M.E. sollte dies die hypothetische Standardsituation sein. Wie würde der Gesetzgeber generalisierend den Konflikt zwischen den Parteien beurteilen. Die genannten Folgen haben damit außer Betracht zu bleiben. Gegen die Berücksichtigung dieser spricht auch hier wieder, dass deren Ausmaß für das Gericht regelmäßig nicht erkennbar sein wird und es deswegen allzu leicht eine Partei unsachgemäß bevorzugen könnte, wenn diese die entsprechenden Folgen bloß behauptet.

Abseits dieses engen gesetzlichen Korsetts wird von Teilen der Lit.¹¹³ vertreten, dass der Rspr. eine Rolle als Komplementärgesetzgeber zukäme und diese auch zur Rechtsfortbildung contra legem berechtigt sei. Damit ist aber von jenen Stimmen nicht das Offensichtliche gemeint, dass § 7 ABGB auch die Analogie zulässt, also der Zweck einer Regelung über den Wortlaut derselben hinausreichen kann. Vielmehr wird vertreten, dass es der Rspr. zustehe, auch abseits der oben dargestellten Voraussetzungen – also auch gegen das Regelungskonzept des Gesetzgebers und somit ohne planwidrige Lücke – Recht zu bilden. Den Vertretern dieser Ansicht ist zuzugestehen, dass diese Auffassung trotz der geäußerten Zurückhaltung¹¹⁴ der Rspr. auch bei dieser zum Teil angetroffen werden kann.¹¹⁵ Wohl allgemein bekannt ist der umfassende Informationsanspruch des GmbH-Gesellschafters, welchen die Judikatur gegen das in § 22 GmbHG zu findende und eigentlich eindeutige Regelungskonzept geschaffen hat.¹¹⁶ Dass derartiges im Lichte der Gewaltenteilung kritisch gesehen werden kann, braucht an dieser Stelle nicht vertieft zu werden. Dass eine solche Auffüllung rechtspolitischer Lücken der in Österreich gängigen Methodenlehre und den Aussagen der Gerichte

113 Für Ö bspw. *F. Harrer*, Entwicklungsstufen der Rechtsfindung, Wien 2018 passim.

114 Vgl. bloß RIS-Justiz RS0008880.

115 Vgl. die Übersicht bei *F. Harrer*, Entwicklungsstufen (Fn. 113), S. 15 ff., wobei an dieser Stelle nicht untersucht werden soll, ob manches Bsp. nicht einfach als zulässiger, methodisch angezeigter Judikaturwandel zu werten ist.

116 RIS-Justiz RS0060098.

selbst widerspricht, auch nicht.¹¹⁷ Als tatsächliches Phänomen ist es aber anzuerkennen und im Hinblick auf die vorliegende Frage zu würdigen. Wenn sich der Richter gegen das Regelungskonzept des Gesetzgebers stellt und sich zum Komplementär- bzw. Gegengesetzgeber aufschwingt, so wird man ihm auch zugestehen müssen, wie ein Gesetzgeber zu denken. Insofern sollte in diesem Fall der Richter die Folgen jedweder Natur – sei es nun rückwirkend oder auch pro futuro – vor seiner Entscheidung umfassend bedenken. Dass ihm dies oftmals nicht möglich sein wird, sollte bedacht und gleichsam als negatives Kriterium gesehen werden. Lassen sich die generellen Folgen der ins Auge gefassten Entscheidung nicht abschätzen, so sollte dies ein deutliches Zeichen sein, Zurückhaltung zu üben und auf allfällige Schritte des Gesetzgebers zu warten.¹¹⁸ Sind die Konsequenzen erkennbar und beträchtlich (das meint nicht zwingend systemische Relevanz), gilt natürlich dasselbe.¹¹⁹ Selbst, wenn die Konsequenzen einigermaßen überschaubar und gering sind wie beim Informationsanspruch des GmbH-Gesellschafters, sollte man sich aber bewusst sein, dass dieser „Fortschritt der Rechtsentwicklung“ niemals kostenlos ist. Er geht nämlich zu Lasten jener, die berechtigt auf das lückenlose Regelungskonzept des Gesetzgebers vertraut haben, trotzdem im Verfahren nicht obsiegt und damit zumindest mit den Verfahrenskosten belastet sind.

117 F. Kerschner, Methodenlehre (Fn. 52), S. 94 ff.; U. Torggler, Kunst (Fn. 5), S. 47 (53 f). Zur Rspr. vgl. Fn. 114. Vgl. i.d.Z. F. Zeiller (Fn. 99), S. 67.

118 Vgl. G. Nowotny, Richterliche Rechtsfortbildung im Gesellschaftsrecht, in: U. Torggler (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung und ihre Grenzen, Wien 2019, S. 33 (39 f), der in Bezug auf die E OGH 2 Ob 225/07p festhält, dass er als an der damaligen Entscheidungsfindung beteiligter Höchstrichter aufgrund der zahlreichen Folgeprobleme, die sich aus dieser Entscheidung ergeben und dem Senat nicht in voller Tragweite bewusst gewesen seien, das tatsächliche Vorliegen einer Lücke aus heutiger Sicht genauer prüfen würde.

119 Vgl. die Ausführungen zu den Kollateralschäden im Zuge der Rechtsfort- und Rechtsrückbildung durch den BGH beim Thema „qualifiziert faktischer Konzern“ bei U. Torggler, Kunst (Fn. 5), S. 47 (50 ff.). Vgl. i.d.Z. BGH III ZR 220/86: „Der Befugnis der Gerichte zur Rechtsfortbildung werden durch den rechtsstaatlichen Grundsatz der richterlichen Rechts- und Gesetzesbindung Schranken gezogen [...]. Sie wären eindeutig überschritten, wenn man auf dem erörterten Wege zu einer Staatshaftung für neuartige Waldschäden gelangen wollte. Diese kann nur der Gesetzgeber einführen [...]“.

IV. Bedürfnis nach einer Berücksichtigung der rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen?

Tritt man der hier vertretenen Ansicht – die zugegebenermaßen aus der bequemen Position der Theorie geäußert wird – bei, dass die rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen im Rahmen der Entscheidungsfindung weitgehend unberücksichtigt zu bleiben haben, stellt sich die Frage, ob es überhaupt ein Bedürfnis nach deren Berücksichtigung im Rahmen der Rechtsanwendung gibt.

Vordergründig liegt das Argument für die Berücksichtigung solcher Folgen auf der Hand: das Gemeinwohl und die Vermeidung volkswirtschaftlicher Schäden. Dagegen spricht aber, dass es für das Gericht oftmals nicht verlässlich erkennbar sein wird, ob die rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen wirklich so gravierend sind, wie sie zum Teil dargestellt werden. Jene, die durch sie belastet werden, werden immer bestrebt sein, diese als so dramatisch wie möglich zu beschreiben und gleichsam den Teufel an die Wand zu malen. *Kriele* hat schon 1967 formuliert: „Der Anwalt (jedenfalls der geschickte und erfolgreiche) argumentiert keineswegs nur mit dem Hinweis auf die Absicht des Gesetzgebers oder dergleichen, sondern vor allem auch mit der Darlegung der *Konsequenzen*, die sich aus den verschiedenen möglichen Entscheidungen und ihrer präjudiziellen Wirkung ergeben würden. Kann er die Richter davon überzeugen, daß sich jede andere als die von ihm vorgeschlagene Entscheidung verhängnisvoll auswirken würde, so hat er in der Regel die Sache gewonnen.“¹²⁰ Woher sollen Gerichte wissen, ob bspw. Zinsrückzahlungen für Banken bloß schmerzlich, aber verträglich, oder tatsächlich systemgefährdend sind? Medien, veröffentlichte Einschätzungen von Fachleuten – die wohl auch selten einhelliger Meinung sein werden – mögen mitunter ein schlechter Ratgeber sein, man denke bloß an Litigation-PR. Der Hinweis, dass es „bekannt sei“, dass durch die Rückwirkung des Urteils die Gefahr einer schwerwiegenden Störung der öffentlichen Wirtschaftsordnung einhergehe, erscheint wenig überzeugend.¹²¹ Sollen im Rahmen eines Gerichtsverfahrens umfangreiche wirtschaftswissenschaftliche Gutachten in Auftrag gegeben werden, welche z.B. die Auswirkung der Rechtsansicht auf alle betroffenen Banken und die gesamte Volkswirtschaft ergründen? Selbst wenn man dies herausfinden könnte, soll dies die Berechtigung des Klägers ändern? Dies alles spricht

120 M. Kriele, Theorie (Fn. 64), S. 165, Kursivstellung im Original.

121 Vgl. TS STS 1916/2013 (ECLI:ES:TS:2013:1916).

eher gegen die Berücksichtigung der rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen.

Praktisch betrachtet kann die Berücksichtigung der rückwirkenden wirtschaftlichen Folgen wohl ohnehin bloß in jenen Fällen entscheidend sein, in denen sich zumindest zwei Lösungsansätze einigermaßen gut vertreten lassen. Dann könnten die rückwirkenden Folgen gewissermaßen informell durch die (bewusste oder unbewusste) Wahl bzw. Gewichtung der Auslegungsmethoden berücksichtigt werden. Dies passiert dann aber nicht dadurch, dass die Berücksichtigung der rückwirkenden Folgen ein methodisch zulässiges Argument darstellt, sondern dadurch, dass im Rahmen der Abwägung der Auslegungsargumente jenes Auslegungsergebnis als überzeugender ausgegeben bzw. empfunden wird, welches das „passende“ Ergebnis liefert.¹²² Gegen eindeutigen Wortlaut, Systematik, Historie und Telos wird sich aber auch angesichts beträchtlicher Folgen schwer entscheiden lassen. Gewiss lässt sich frei nach *Adenauer* feststellen, dass über dem Höchstgericht bloß noch der blaue Himmel ist. Doch bei allzu offensichtlicher „Kreativität“ in der Rechtsfindung wird das Gericht den Vorwurf der Rechtsbeugung riskieren.

Was aber vor diesem Hintergrund nicht vergessen werden sollte: Die Judikative ist nicht die einzige Staatsgewalt, sondern es gibt neben ihr noch die Legislative und Exekutive, die schon allein organisatorisch um einiges besser geeignet sind, sich um volkswirtschaftliche Belange zu kümmern und in den letzten Jahren, die oftmals von Krisen vielfältiger Natur geprägt waren, immer wieder gezeigt haben, dass sie auch handlungsfähig sind. Manche Probleme lassen sich auch – sofern entsprechender politischer Wille vorhanden ist – relativ einfach durch den Gesetzgeber reparieren.¹²³

Gerade aber für die „hard cases“, in denen die rückwirkenden Folgen ausschlaggebend sein könnten, enthält das ABGB ein Instrument, welches als Sicherheitsmechanismus genutzt werden kann, sollten die wirtschaftlichen Auswirkungen tatsächlich entsprechend schwer wiegen (wobei dies keine Voraussetzung dafür ist): die in § 8 ABGB normierte authentische

122 Vgl. zum „pragmatischen Methodenpluralismus“ bspw. *G. Kodek* (Fn. 1), § 6 Rn. 130 m. w. N.. Insofern würde ich die „normative Kraft des faktischen“ (vgl. *T. Möllers*, Methodenlehre [Fn. 47], S. 205 f) nicht als Argument, sondern als praktische Erscheinung qualifizieren.

123 Man denke an die „Rettung des Wohnungseigentums“ durch den österreichischen Gesetzgeber mittels BGBl I 100/2014; zur Vorgeschichte *A. Vonkilch*, Errichtung eines Zubaus im Garten als Zubehör-Wohnungseigentum, wobl 2011, 169.

Interpretation.¹²⁴ Mit der authentischen Interpretation lässt sich gegebenenfalls die Rspr. rückwirkend korrigieren und mit ihr kann der Gesetzgeber sogar in noch nicht abgeschlossene Verfahren eingreifen;¹²⁵ es steht dem Gesetzgeber aber natürlich auch frei, noch bevor überhaupt erste höchstgerichtliche Entscheidungen ergangen sind, klarzustellen, in welchem Sinne er eine unklare Norm ausgelegt haben möchte.¹²⁶ Die Nutzung dieses Instruments ist zwar nicht alltäglich, doch hat der österreichische Gesetzgeber es schon mehrmals in Anspruch genommen.¹²⁷

Die authentische Interpretation ist – entgegen früher vertretenen Ansichten – auch per se nicht verfassungswidrig.¹²⁸ Wie A. Vonkilch¹²⁹ zutreffend ausführt, ist sie auch rechtspolitisch nicht bedenklich: Wer ist mehr legitimiert, eine unklare Rechtslage generell klarzustellen, als der demokratisch legitimierte Gesetzgeber? Gewiss sind aber verfassungsrechtliche Grenzen wie der Gleichheitssatz einzuhalten. Für die authentische Interpretation gelten hier auch keine besonderen Maßstäbe.¹³⁰ Trotz des Namens ist der Gesetzgeber aber nicht an die Auslegungsregeln der §§ 6, 7 ABGB gebunden, denn bei der authentischen Interpretation handelt es sich um einen Akt der Rechtssetzung, nicht der Rechtserkenntnis.¹³¹ Der Gesetzgeber kann somit auch Ergebnisse anordnen, die nach den §§ 6, 7 ABGB nicht als am besten vertretbare Lösung erschienen sein mögen.¹³² Dies wird in der Lit sogar als praktischer Hauptanwendungsfall der authentischen

124 Man beachte, dass dem Gesetzgeber auch ohne § 8 ABGB eine entsprechende Befugnis zustehen würde, vgl. G. Kodek (Fn. 1), § 8 Rn. 2 m. w. N..

125 M. Schauer (Fn. 3), § 8 Rn. 9 m. w. N..

126 Ein Bsp. hierfür ist die WGG-Novelle 2022 (BGBl I 88/2022), bei welcher der Gesetzgeber eine aufkommende Diskussion in der Lit, mit der die bisher hL in Zweifel gezogen wurde, zum Anlass nahm, mittels authentischer Interpretation eine Klarstellung vorzunehmen, dazu näher C. Prader/R. Pittl, Wohnzivilrechtliche Neuerungen der WGG-Novelle 2022, ImmoZak 2022, 50 (50).

127 Vgl. einerseits Fn. 126; andererseits § 13a BBetrG, BGBl 405/1991 idF BGBl I 101/2003. Bemerkenswert waren auch die Versuche des Gesetzgebers, § 25 Abs. 3 GSpG „authentisch“ zu interpretieren, vgl. A. Vonkilch, § 25 Abs. 3 GSpG: authentische Interpretation „zum Quadrat“, ecoloex 2007, 241.

128 Vgl. W. Posch (Fn. 59), § 8 ABGB Rn. 2 m. w. N.. Selbst eine verfassungswidrige authentische Interpretation ist so lange gültig, bis der VfGH darüber befunden hat, vgl. A. Vonkilch/J. Kehrer (Fn. 3), § 8 Rn. 6.

129 A. Vonkilch, Das intertemporale Privatrecht, Wien 1999, S. 179 f.

130 A. Vonkilch/J. Kehrer (Fn. 3), § 8 Rn. 6.

131 M. Schauer (Fn. 3), § 8 Rn. 4 m. w. N..

132 Wird ein wissenschaftlich unvertretbares Auslegungsergebnis angeordnet, wird von „unechter authentischer Interpretation“ gesprochen, vgl. A. Vonkilch/J. Kehrer (Fn. 3), § 8 Rn. 5.

Interpretation genannt.¹³³ Trotzdem spielen die allgemeinen Auslegungsregeln faktisch auch bei ihr eine Rolle. Denn für die Verfassungskonformität des jeweiligen authentischen Interpretationsaktes sind diese nicht unerheblich. Ein Überschreiten der verfassungsrechtlichen Grenzen ist nämlich umso weniger wahrscheinlich, je vertretbarer die Lösung erscheint, für die sich der Gesetzgeber entschieden hat. Überdies muss man festhalten: Je unklarer die Rechtslage, desto eher ist es zulässig, dass der Gesetzgeber rückwirkend korrigiert, denn nach h.M. ist das Vertrauen des Normunterworfenen auf eine unklare Rechtslage minder schützenswert, weil eine Klärung durch den Gesetzgeber dann ohnehin erwartet werden müsse.¹³⁴ Verfassungsrechtlich unproblematisch ist es jedenfalls, wenn der Gesetzgeber bloß eine methodisch verfehlte Judikatur (z.B. unzulässige Rechtsfortbildung *contra legem*) berichtigt. Gleiches gilt auch, wenn ein rechtliches *non liquet* vorliegt – darf die Rspr. Dezision üben, darf sie der Gesetzgeber erst recht dabei korrigieren. Insofern erscheint es in diesem Lichte sinnvoll, wenn das Gericht festhält, dass es die gegenteilige Lösung für gleich gut vertretbar gehalten hat, anstatt falsche Eindeutigkeit vorzuschützen, weil dies es – jedenfalls praktisch und politisch betrachtet¹³⁵ – dem Gesetzgeber erleichtern mag, allfällig korrigierend einzugreifen.

Nach alledem ist festzuhalten, dass die Folgenverantwortung – jedenfalls im zivilrechtlichen Kontext – somit immer auf den Gesetzgeber zurückgeführt werden kann.

Ist eine gesetzliche Regelung (mehr oder minder) eindeutig, bestünde für das Gericht – sofern man sich im Rahmen gängiger Methodenlehre bewegen will – ohnehin kein Spielraum, von dieser abzuweichen und die Verantwortung für die Regelung trägt der Gesetzgeber.

Wenn ein (eindeutiges) Auslegungsergebnis nicht oder bloß schwer zu erzielen ist, gilt selbiges. Auch die unklare Regelung bzw. die Nichtregelung eines Problems ist auf den Gesetzgeber zurückzuführen und gerade in jenen Fällen steht ihm die Möglichkeit zu, korrigierend einzugreifen und ungewollte Folgen abzuwenden. Dass eine authentische Interpretation für den Gesetzgeber nicht immer politisch „angenehm“ sein mag, ist sicherlich richtig. Doch ist es fraglich, ob es die Aufgabe des Gerichts oder der Methodenlehre sein soll, dem Gesetzgeber allfällig unangenehme Entscheidungen

133 G. Kodek (Fn. 1), § 8 Rn. 3.

134 A. Vonkilch/J. Kehrler (Fn. 3), § 8 Rn. 7 m. w. N..

135 Natürlich ist der VfGH an solche Ausführungen des Gerichts nicht gebunden.

abzunehmen. Vielmehr lautet der klassische Auftrag der Rspr., möglichst rechtsrichtig zu entscheiden.¹³⁶

V. Resümee und Ausblick

Nach der hier vertretenen Ansicht können rückwirkende wirtschaftliche Folgen im österreichischen Privatrecht bloß dann berücksichtigt werden, wenn der Richter zur Dezision berechtigt ist sowie wenn er die Rolle des „echten“ Komplementärgesetzgebers wahrnimmt.

Sollte man ein rechtspolitisches Bedürfnis für die Abmilderung von rückwirkenden Entscheidungsfolgen erkennen wollen und befürchten, dass das vorhandene Instrumentarium unzureichend ist, erscheint die juristische Methodenlehre als falscher Platz dafür. Vielmehr sollte man dann überlegen, auf verfahrensrechtlicher Ebene ein klar umrissenes Instrument zu schaffen, welches insb. sicherstellt, dass dieses nicht missbraucht wird und ein Einfallstor für ungebührliche Einflussnahme darstellt. Anleihen könnte man grds. beim EuGH nehmen, auch wenn dessen System selbst nicht frei von Kritik in der Ausgestaltung ist.¹³⁷ Dass sich ein solches Instrument nicht ohne Weiteres in die österreichische Verfahrensordnung integrieren lassen und mitunter mit geltenden Regeln des Verfahrensrechts konfliktieren wird, mag nicht weiter überraschen. Einer rechtspolitischen Diskussion kann dies aber grds. nicht im Wege stehen. Problematischer könnten wohl eher verfassungs- und insb. europarechtliche Bedenken sein – erinnert sei an *Gutiérrez Naranjo*.¹³⁸ Gegen ein solches Instrument könnte man einwenden, dass dieses zu einer strukturellen Bevorzugung systemrelevanter Wirtschaftsteilnehmer wie Banken zu Lasten der Übrigen führen könnte. Dieser Einwand ist auf den ersten Blick nicht von der Hand zu weisen. Gleichzeitig könnte aber ein entsprechend – vor allem mit Darlegungs- oder Beweispflichten – ausgestalteter Mechanismus auch den „wirtschaftlichen Druck“ in jenen Fällen von den Höchstgerichten nehmen, in denen die massiven wirtschaftlichen Auswirkungen bloß behauptet werden.

136 Vgl. bloß F. Bydliński, Gegen die „Zeitzündentheorien“ bei der Rechtsprechungsänderung nach staatlichem und europäischem Recht....., JBI 2001, 1 (1).

137 Vgl. dazu bspw. A. Wiedmann, Zeitlos wie ungeklärt: Die Beschränkung der zeitlichen Wirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EG, EuZW 2007, 692.

138 EuGH C-154/15, C-307/15 und C-308/15 (*Gutiérrez Naranjo*).

Zu guter Letzt sei angemerkt, dass das Fehlen eines solchen Instruments wohl gleichsam ein Zeichen dafür ist, dass bei der Rechtsanwendung solche Erwägungen hintanstellen sollten. Würde der Gesetzgeber wollen, dass Gerichte Derartiges berücksichtigen, hätte er wohl längst ein entsprechendes Instrument geschaffen. Erinnert sei i.d.Z., dass der österreichische Gesetzgeber trotz umfänglicher wissenschaftlicher Diskussion¹³⁹ bisher auch keine Notwendigkeit gesehen hat, bei einer Rechtsprechungsänderung für Vertrauensschutz zu sorgen.

139 Vgl. die Nw. bei *F. Bydlinski*, Zeitzündentheorien (Fn. 136), 1.

