

DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation / Title of the Doctoral Thesis

**„DIE ZIVILRECHTLICHE TEILNICHTIGKEIT
UND IHRE FOLGEN
AM BEISPIEL DES PACTUM DE QUOTA LITIS“**

verfasst von / submitted by

Mag. iur. Christoph H. Hackl

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2017 / Vienna 2017

Studienkennzahl lt Studienblatt /

degree programme code as it appears on the

student record sheet:

A 783 101

Dissertationsgebiet lt Studienblatt / field of

study as it appears on the student record sheet:

Rechtswissenschaften

Betreut von / Supervisor:

ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Reidinger

Inhaltsverzeichnis

EINLEITUNG

1.	Problemstellung und Forschungsfrage	1
1.1	Untersuchungsgegenstand	1
1.2	Der zivilrechtliche Nichtigkeitsbegriff	4
1.3	Sinn und Bedeutung des <i>Quota litis</i> -Verbotes	7
1.4	Alternativen zur Totalnichtigkeit einer <i>Quota litis</i> -Vereinbarung	9
1.5	Zielsetzung der Arbeit	10
2.	Gang und Abgrenzung der Untersuchung	12
2.1	Interpretationsmethoden	12
2.2	Methodologische Bemerkungen und Positionierung des Autors	12
2.3	Eigene Begriffsbildungen, Definitionen	13
2.4	Umfang der Arbeit	13
	2.4.1 Kein Vollständigkeitsanspruch	13
	2.4.2 Keine standesrechtliche Auseinandersetzung	14
	2.4.3 Keine rechtsvergleichende Arbeit	14
	2.4.4 Bewusste Ausklammerung bestimmter Fragen	14

HAUPTTEIL

3.	Das Pactum de <i>Quota Litis</i>	16
3.1	Rechtsquellen	16
3.2	Begriffsbestimmung „ <i>quota litis</i> “	19
3.3	Systematische Interpretation	21
3.4	Historische Entwicklung	22
3.5	III. Teilnovelle	35
3.6	Zivilrechtliche Aspekte	41
4.	Grundsätzliches zur Ungültigkeit und Nichtigkeit von Verträgen	43
4.1	Der Begriff der Nichtigkeit	43
4.1.1	Der Grundsatz der Privatautonomie	43
4.1.2	Nichtigkeit als Eingriff in die Privatautonomie	46
4.2	Die wichtigsten Nichtigkeitsgründe	48
4.3	Begriff der Sittenwidrigkeit	50
4.3.1	Definition	50
4.3.2	Inhalts- und Umstandssittenwidrigkeit	57
4.4	Zwischenergebnis	60
5.	Rechtsfolgen der Nichtigkeit	62
5.1	Absolute und relative Nichtigkeit	65
5.2	Frist für die Geltendmachung	70
5.3	Totalnichtigkeit und Teilnichtigkeit	70
5.4	Art der nichtigkeitsbedrohten Regelung	74
5.5	Teil des Vertrages oder Teil einer Klausel?	77

5.6	Analogiemöglichkeiten im Rahmen des ABGB	78
5.7	Quantitative und qualitative Teilnichtigkeit	83
5.8	Orientierung am Schutzzweck der Norm	85
5.9	Verdünnte Willensfreiheit	90
5.10	Die geltungserhaltende Reduktion	92
5.11	Die ergänzende Vertragsauslegung	101
5.12	Ergänzende Vertragsauslegung versus geltungserhaltende Reduktion	106
5.13	Faktischer und hypothetischer Parteiwille	110
	5.13.1 Begriffsbestimmung	110
	5.13.2 Bedeutung des Parteiwillens für das Ausmaß der Teilnichtigkeit	113
5.14	Ausgewählte Spezialgebiete zur Nichtigkeit nach österreichischem Recht	120
	5.14.1 Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblätter	120
	5.14.2 Konsumentenschutz	126
	5.14.3 § 917a ABGB	131
	5.14.4 Wucher	134
	5.14.5 Mietzinsobergrenzen	136
	5.14.6 Arbeitsrecht	138
5.15	Rückabwicklung	141
5.16	Tendenzen in der Europäischen Rechtsprechung zum Verbraucherrecht	144
	5.16.1 Banco Espanol	145
	5.16.2 Perenicova und Perenic	152
5.17	Salvatorische Klauseln	154
5.18	Zwischenergebnis	157

6.	Anwendung der bisherigen Ergebnisse auf die Streitanteilsvereinbarung	166
6.1	Rechtsnatur des anwaltlichen Mandatsvertrages	166
6.2	Das Honorar des Rechtsanwaltes	168
6.2.1	Verfassungsrechtliche Grundlagen	168
6.2.2	Unionsrechtliche Rahmenbedingungen	169
6.2.3	Zivilrechtliche Grundlagen	171
6.3	Honorararten und Angemessenheit des Honorars (§ 1152 ABGB, § 354 UGB)	176
6.3.1	Pauschalhonorar	177
6.3.2	Zeithonorar	179
6.3.3	Erfolgshonorar	181
6.3.4	Angemessenheitsprüfung	184
6.4	Grenzen der Zulässigkeit von Erfolgshonoraren	185
6.4.1	Schutzzweck des § 879 Abs 2 Z 2 ABGB	188
6.4.2	Rechtsfolgen des § 879 Abs 2 Z 2 ABGB	196
6.4.3	Doppelvertretung?	198
6.4.4	Provisionsverbot	199
6.4.5	Prozessfinanzierung	200
6.4.6	Unzeitgemäße Honorargestaltung	205
6.5	Rechtsvergleich zu Deutschland	208
6.5.1	Entscheidung des d Bundesverfassungsgerichts (BVerfG 12.12.2006 1 BvR 2576/04)	209
6.5.2	Entscheidung d Bundesgerichtshof (BGH 05.06.2014 IX ZR 13/12)	214
6.6	Exkurs: Das Anwaltshonorar im Bereich der Vermögensrestitution	221

6.7	Funktionsverlust des <i>Quota-Litis</i> -Verbots?	224
7.	Abschließende Stellungnahme	228
7.1	<i>De lege lata</i>	228
7.2	<i>De lege ferenda</i>	230
7.3	Lösung der Fallbeispiele	234
	Literaturverzeichnis	239
	Anhang (Abstract)	255

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
aaO	am angegeben Ort
AB	Ausschussbericht
Abg	Abgeordnete(r)
abg	abgeändert
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 1811/946
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union
ABl L	Amtsblatt der Europäischen Union Rechtsvorschriften
abl	ablehnend
Abs	Absatz
abw	abweichend
abzgl	abzüglich
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
aE	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl C 2010/83, 47
aF	alte Fassung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGO	Allgemeine Gerichtsordnung JGS 1781/13
AHK	Allgemeine Honorar-Kriterien 2015 des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages
AHR	Autonome Honorar-Richtlinien Beschluss des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages vom 10.10.1975
allg	allgemein
aM	anderer Meinung
amtl	amtlich
Anh	Anhang
Anl	Anlage
Anm	Anmerkung
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt
AnwZ	Österreichische Anwaltszeitung
ao	andernorts, außerordentlich
AO	Advocatenordnung RGBI 97/1868
Arb	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
ArbSlg	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen der Gerichte und Einigungsämter
Arch	Archiv
ARD	Aktuelles Recht zum Dienstverhältnis
arg	argumento
Art	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl	Auflage
ausf	ausführlich
ausl	ausländisch
AuslBG	Ausländerbeschäftigungsgesetz BGBI 1975/218

ausschl	ausschließlich
B	Beschluss
BankArchiv	Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsenwesen
bbl	Baurechtliche Blätter
Bd	Band
bearb	bearbeitet
begr	begründet
Bem	Bemerkung
bes	besonders
betr	betreffend
BG	Bundesgesetz
BGB	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch dRGBI 1896/195
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des (deutschen) Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bkd	Akten der OBDK, respektive seit 2013 des OGH, betreffend Verfahren vor den Disziplinarräten der Rechtsanwaltskammern der Länder
Bl	Blatt
Blg	Beilage
BlgHerrenhaus	Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses
BlgNR	Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BRÄG 2008	Berufsrechts-Änderungsgesetz 2008 BGBl I 2007/111
BRAO	(deutsche) Bundesrechtsanwaltsordnung BGBl I 2016/254
Bsp	Beispiel
bspw	beispielsweise
BT	Besonderer Teil
B to B	Business to Business
BVerfG	(deutsches) Bundesverfassungsgericht
B-VG	Bundesverfassungsgesetz BGBl 1930/1
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
C	Codex
ca	circa
Celex	Rechtsdatenbank der Europäischen Gemeinschaften (Communitatis Europeae Lex)
cog	cognitoribus
diff	differenzierend
dt	deutsch
dG	deutsches Gesetz
dL	deutsche Lehre
dLit	deutsche Literatur
D	Deutschland
dAnwBl	Deutsches Anwaltsblatt
dbzgl	diesbezüglich
Der Mieter	Fachzeitschrift Der Mieter Wohnen und Recht
ders	derselbe
dh	das heißt
Dig	Digesten
DM	Deutsche Mark
DRdA	Das Recht der Arbeit

dRsp	Deutsche Rechtsprechung
Ds	Disziplinarsache
DSt	Disziplinarstatut BGBl 1990/474
dStGB	Deutsches Strafgesetzbuch BGBl I 1998/3322
dZPO	Deutsche Zivilprozessordnung RGBI 1877/83
E	Entscheidung
EB	Erläuternde Bemerkungen, Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
ecolex	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EFSlg	Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen
EFTA	European Free Trade Association
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25.03.1957
EKHG	Eisenbahn- und Kraftfahrzeughaftpflichtgesetz BGBl 48/1959
EL	Ergänzungslieferung
ElWOG	Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz 2010 BGBl I 2010/110
EO	Exekutionsordnung RGBI 79/1896
ErbRÄG	Erbrechtsänderungs-Gesetz BGBl I 87/2015
ErlRV	Erläuternde Regierungsvorlage
ErwGr	Erwägungsgrund
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EujurZ	Eurojuris-Zeitung
EUR	Euro
EUV	Vertrag über die Europäische Union ABl C 2007/306, 01
EuZW	Europäische Zeitung für Wirtschaftsrecht
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen (in: Österreichische Juristen-Zeitung)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
extraord	extraordinarius (a, um)
f	folgend(er)
ff	fortfolgend(er)
FN	Fußnote
FS	Festschrift
G	Gesetz
GesbR	Gesellschaft nach bürgerlichem Recht
GewO	Gewerbeordnung 1994 BGBl 1994/194
GG	(deutsches) Grundgesetz BGBl III 1949/100-1
GOG	Gerichtsorganisationsgesetz RGBI Nr 217/1996 idF BGBl I Nr 50/2016
GP	Gesetzgebungsperiode
grds	grundsätzlich
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Fachzeitschrift
GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
GS	Gedenkschrift
GZ	Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung, ab 1919 Gerichts-Zeitung; Geschäftszahl
hA	herrschende Ansicht

HG	Handelsgericht
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
HN	Honorar
HOB	Honorarordnung der Baumeister, unverbindliche Verbandsempfehlung
Hrsg	Herausgeber
hRsp	Herrschende Rechtsprechung
HS	Handelsrechtliche Entscheidungen
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
ImmMV	Immobilienmakler Verordnung BGBl II 2010/268
immolex	Neues Miet- und Wohnrecht
ImmZ	Österreichische Immobilien-Zeitung
insb	insbesondere
Inst	Institutiones
iS	im Sinne
iSd	im Sinne der/des
iSv	im Sinne von
JB1	Juristische Blätter
Jhdt	Jahrhundert
Jud	Judikatur
Juridikum	Juridikum, Zeitschrift im Rechtsstaat
JuS	(deutsche) Juristische Schulung
JUS	Aktuelle Information über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur
jusIT	IT-Recht, Rechtsinformation und Datenschutz
Just	Justinian
JZ	(d) Juristenzeitung
Kap	Kapitel
KartG	Kartellgesetz 2005 BGBl I 2005/61
Klausel-RL	RL 93/13/EWG des Rates vom 05.04.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen
krit	kritisch
KRS1g	Sammlung von Entscheidungen in Krankenanstaltenfragen
KSchG	Konsumentenschutzgesetz BGBl 1979/106
L	Lehre; Libelli
lat	lateinisch
leg cit	legis citatae
LG	Landesgericht
Lit	Literatur
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung
LwBetr	Der land- und forstwirtschaftliche Betrieb
Mdt	Mandant
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
mE	meines Erachtens
MietSlg	Mietrechtliche Entscheidungen
min	Minuten
MinEntw	Ministerialentwurf
MRG	Mietrechtsgesetz BGBl 1981/520
mwN	mit weiteren Nachweisen

NBIRA	Nachrichtenblatt des Österreichischen Rechts - Anwaltschaft
nA	nach Ansicht
n Chr	nach Christus
nF	neue Fassung
NJW	(deutsche) Neue Juristische Wochenschrift
nö	Niederösterreichisch
Nr	Nummer
NTG	Notariatstarifgesetz BGBl 1973/576
NZ	Österreichische Notariats-Zeitung
Ö	Österreich
ÖA	Der österreichische Amtsvormund
Ob	Oberster Gerichtshof in Zivilsachen
ObA	Oberster Gerichtshof in Arbeitsrechtssachen
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv
OBDK	Oberste Berufungs- und Disziplinarkommission für Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsanwärter
ÖBl	Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
OGH	Oberster Gerichtshof
OIZ	Österreichische Immobilien Zeitung
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
ÖJZ-LSK	Leitsatzkartei in der Österreichischen Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
ÖRAK	Österreichischer Rechtsanwaltskammertag
österr	österreichisch
ÖZW	Österreichische Zeitung für Wirtschaftsrecht
pa	per anno
post	postulando
Pkt	Punkt
RA	Rechtsanwalt
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAK	Rechtsanwaltskammer
RAO	Rechtsanwaltsordnung RGBI 1868/96
RATG	Rechtsanwaltstarifgesetz BGBl 1969/189
RdA	Recht der Arbeit
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RGBI	Reichsgesetzblatt
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
RL	Richtlinie der Europäischen Union
RL-BA	Richtlinien der Vertreterversammlung des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufes, für die Überwachung der Pflichten des Rechtsanwaltes und für die Ausbildung der Rechtsanwaltsanwärter 2015
RN	Randnummer
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
RVG	(Deutsches) Rechtsanwaltsvergütungsgesetz BGBl I 2004/ 718 788
Rz	Randzahl
RZ	Richterzeitung
s	siehe

S	Seite, Satz
SA	Schlussantrag
Sess	Session
sgm	sinngemäß
Slg	Sammlung
sog	sogenannt(e)
StGB	Strafgesetzbuch BGBl Nr 60/1974 idF BGBl I Nr 154/2015
StGBI	Staatsgesetzblatt
StGG	Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger RGI 1867/142
stRsp	ständige Rechtsprechung
stv	stellvertretend
SV	Sachverhalt
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs-)sachen
TB	Teilband
tlw	teilweise
TN	Teilnovelle
TP	Tarifpost
UGB	Unternehmensgesetzbuch BGBl I 2005/120
USt	Umsatzsteuer
uvm	und viele mehr
VbR	Zeitschrift für Verbraucherrecht
v Chr	vor Christus
VersR	(deutsche) Juristische Rundschau für die Individualversicherung
verst Sen	verstärkter Senat
vgl	Vergleiche
VfGH	Österreichischer Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes
VKI	Verein für Konsumenteninformation
VKrG	Verbraucherkreditgesetz BGBl I Nr 28/2010 idF BGBl I Nr 135/2015
VO	Verordnung; Verordnung der Europäischen Union
VR	Versicherungsrundschau
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WM	(deutsche) Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
wobl	Wohnrechtliche Blätter
WucherG	Wuchergesetz 1949 BGBl 1949/271
Z	Ziffer
Zak	Zivilrecht aktuell
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
zB	zum Beispiel
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZfRV-LS	Leitsatz in der Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZFR	Zeitschrift für Finanzmarktrecht
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung
ZfVB	Die administrativrechtlichen Entscheidungen des VwGH und die

	verwaltungsrechtlich relevanten Entscheidungen des VfGH in lückenloser Folge (Beilage zur ZfV)
ZIR	Zeitschrift für Informationsrecht
zit	zitiert
ZP	Zusatzprotokoll
ZPO	Zivilprozessordnung RGBI 1895/113
ZRB	Neue Zeitschrift für Recht des Bauwesens
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht

EINLEITUNG

1. Problemstellung und Forschungsfrage

1.1 Untersuchungsgegenstand

„Viele Ansichten empören oder werden belächelt, wenn sie erstmals ausgesprochen werden. Wurden sie sehr häufig gehört, werden sie irgendwann selbstverständlich. Eine dieser Wahrheiten ist zum Beispiel die Drehung der Erde. Eine andere die Berechtigung der quota litis!“¹

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit der Frage, ob die Vereinbarung eines Honorars in Form eines prozentuell bestimmten Teiles des dem Mandanten zugesprochenen Betrages in jedem Fall zur Gänze nichtig ist. Oder ob die Gesamtvereinbarung, respektive nur ein Teil davon, unter Berücksichtigung der Interessenlage der Vertragsparteien aufrechterhalten werden kann und wodurch der wegfallende Teil zu ersetzen ist. Das Gesetz definiert diese Honorarvereinbarung als *pactum de quota litis* (§ 879 Abs 2 Z 2 ABGB) und führt sie demonstrativ unter jenen fünf Verträgen an, die „nichtig“ sind.

Was bedeutet „Nichtigkeit“ in diesem Zusammenhang? Kommt allenfalls eine Teilnichtigkeit oder eine andere Möglichkeit der Erhaltung des zulässigen Teiles des Anwaltsvertrages in Frage?

¹ Jahoda, AnwBl 1973, 182 f.

Sofern nicht der gesamte Vertrag nichtig ist, stellt sich die Frage, wie mit dem Restvertrag umzugehen ist. Zum einen könnte der Vertrag geltungserhaltend reduziert und somit geheilt werden, um dem gesetzlichen Verbot Rechnung zu tragen. Zum anderen könnte nach Wegfall des nichtigen Vertragsteiles (der Honorarvereinbarung) im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung eine zulässige Regelung geschaffen werden, wobei auch zu hinterfragen ist, welche Rolle dem Parteiwillen und der Unterscheidung zwischen Umstands- und Inhaltssittenwidrigkeit zukommen. In diesem Zusammenhang ist vor allem auch auf die Rolle des § 917a ABGB einzugehen.

Auf beiden Wegen wird sich das Ergebnis, also das geschuldete Honorar, letztlich am gesetzlichen Angemessenheitsgebot zu orientieren haben.² Es ist zu untersuchen, welcher Zielsetzung das Angemessenheitsgebot folgt und ob und welche Bedeutung dem Parteiwillen und den Umständen des Einzelfalles in seinem Rahmen zukommen.

Nach einer kurzen *Tour d'horizon* über die Geschichte der Streitanteilsvereinbarung und ihrer historischen Zielsetzung erfolgt eine Auseinandersetzung mit der aktuellen Rsp im Zusammenhang mit dem *quota litis*-Verbot. Schließlich wird untersucht, ob die Annäherung der Interessenslagen von Klient und Rechtsanwalt und daher eine an der Qualität der Leistung des Rechtsanwaltes und den Chancen der Rechtsdurchsetzung orientierte, den Selbstregulierungskräften des Marktes stärker exponierte Honorierung einerseits angebracht und andererseits zulässig wäre.

² § 50 Abs 3 und 4 RL-BA lautet: ... „(3) Wird für eine bestimmte Tätigkeit des Rechtsanwaltes ein Pauschalhonorar vereinbart, so soll dieses unter Bedachtnahme auf die zu erbringende Leistung und das Interesse der Partei bemessen werden. (4) Der Rechtsanwalt darf für seine Tätigkeit bei Führung entsprechender Aufzeichnungen ein Zeithonorar vereinbaren und dieses nach tatsächlichem Zeitaufwand in Rechnung stellen.“

Um die praktische Bedeutung der Problemstellung hervor zu heben, seien exemplarisch drei praxisnahe Sachverhalte dargestellt:

a) *Ein RA verspricht bei der Vollmachtserteilung für einen Zivilprozess seinem Klienten, einem Verbraucher, sich hinsichtlich des Honorars keine Sorgen machen zu müssen. Die erst bei Ende des Rechtsstreites erfolgende HN-Abrechnung würde dem Prozessergebnis angemessen Rechnung tragen. Eine darüber hinausgehende HN-Vereinbarung wird nicht getroffen.*

b) *Ein RA trifft mit dem von ihm in Vertragsverhandlungen vertretenen Unternehmen folgende schriftliche Vereinbarung: das Honorar wird quartalsmäßig mit einem Stundensatz in Höhe von EUR 400,00 zuzüglich USt abgerechnet. Sollte die gewünschte Zielsetzung, nämlich der Erwerb eines Konkurrenzunternehmens zum erwarteten, definierten Kaufpreis rechtswirksam erreicht werden, so bleibt es bei diesem vereinbarten Honorar. Eine Überschreitung des erwarteten Kaufpreises führt im Nachhinein zu einer aliquoten prozentuellen Anpassung des Honoraranspruches ohne Barauslagen nach unten, eine Unterschreitung vice versa zu einer Anpassung nach oben. Hierüber wird eine schriftliche Vereinbarung getroffen, ein Mindesthonorar (in Höhe von 25 % der geleisteten Vorauszahlungen) wird darin ebenso vereinbart wie ein Höchsthonorar (das doppelte HN im wohl lediglich theoretischen Fall eines Kaufpreises von EUR 0,00).*

c) *Ein Klient (Verbraucher) führt ein Amtshaftungsverfahren wegen willkürlicher Strafverfolgung gegen die Republik Österreich. Der begehrte Anspruch in Höhe der von ihm bis zum rechtskräftigen Freispruch bezahlten Anwaltskosten beläuft sich auf EUR 400.000,00. Der Klient ist vermögend und hat daher keinen Verfahrenshilfeanspruch. Er ist allerdings wirtschaftlich nicht in der Lage, diesen Prozess zu finanzieren. Er vereinbart schriftlich, unter*

eingehender Belehrung über die Rechtsfolgen, Definition eines Mindesthonorars, Erörterung seiner wirtschaftlichen Situation, seiner Zielsetzung und der rechtlichen Risiken der Prozessführung ein Streitanteilshonorar mit dem RA: dieser soll unabhängig vom Prozessergebnis, also auch bei Totalverlust, jedenfalls die getätigten Barauslagen sowie ein HN in Höhe von 3 % des tariflichen Ansatzes nach Einheitssatz erhalten. Zusätzlich stehen ihm neben dem Kostenersatzanspruch ggü dem Gegner 30 % des rechtskräftig erstrittenen, tatsächlich geleisteten Schadenersatzbetrages als quota litis zu. Klient und RA halten schriftlich fest, dass sich der Klient im Prozessverlust zwar den gegnerischen Kostenersatz und die vereinbarten 3 % seines RA, nicht aber beide vollen tariflichen Ansprüche leisten könnte und daher ohne Streitanteilsvereinbarung von der Prozessführung absehen müsste.

Nach den folgenden Ausführungen wird in der abschließenden Stellungnahme (Kap 7.3) versucht, eine Antwort auf die Frage der Zulässigkeit dieser drei Honorarvereinbarungen zu geben.

1.2 Der zivilrechtliche Nichtigkeitsbegriff

Eine Zielsetzung dieser Arbeit ist somit unter anderem die Auseinandersetzung mit dem Begriff der Nichtigkeit, seiner Bedeutung und seiner Auslegung. Am gewählten Beispiel der *quota litis* soll untersucht werden, ob die Rechtsentwicklung eine Auslegung des vom österreichischen Gesetzgeber relativ undifferenziert eingesetzten Begriffes der Nichtigkeit jedenfalls im Sinne einer völligen Unwirksamkeit, also einer Totalnichtigkeit, gebietet. Darüber hinaus ist zu hinterfragen, welche Bedeutung der vom Gesetzgeber im Rahmen der

III. Teilnovelle des ABGB, die eine Neufassung des § 879 ABGB brachte,³ deutlich erfolgten Ablehnung⁴ des Grundsatzes *utile per inutile non vitiatur*⁵ heute noch zukommt.

Mit dem am 1. Jänner 1900 in Kraft getretenen dBGB, namentlich mit dessen § 139,⁶ wurde zumindest in Deutschland die bis dahin herrschende Rechtslage einschneidend geändert und unter anderem insofern von anderen Privatrechtskodifikationen abgegangen, als der Begriff der Nichtigkeit im Sinne der grundsätzlichen Totalnichtigkeit vorgesehen wurde.⁷ Der österreichische Gesetzgeber orientierte sich bei der III. Teilnovelle zwar grundsätzlich stark am dBGB,⁸ sieht aber dennoch im "*anwendbar gebliebenen Teil eines Vertrages eine zu bewahrende Wertentscheidung*".⁹

Mittlerweile gehen Rsp¹⁰ und L¹¹ - mit wenigen Ausnahmen¹² - im Zweifelsfall von Teilnichtigkeit und dem Eintritt einer Gesamtnichtigkeit nur als *ultima ratio* aus.

Das wirft die Frage nach Umfang und Inhalt des verbleibenden - gültigen - Vertragsteiles auf.

Insbesondere sind folgende Probleme zu behandeln:

³ Auer, Das Menschenbild als rechtsethische Dimension der Jurisprudenz 107; § 879 ABGB idF 1811 lautete: *Insbesondere sind, außer den am gehörigen Orte angeführten, folgende Verträge ungültig: 1. Wenn etwas für die Unterhandlung eines Ehevertrages bedungen wird; 2. Wenn ein Wundarzt oder was immer für ein Arzt sich von dem Kranken für die Uebernehmung der Cur; oder 3. Wenn ein Rechtsfreund sich (für die Uebernehmung eines Processes eine bestimmte Belohnung bedingt; oder) eine ihm anvertraute Streitsache an sich löset; 4. Wenn eine Erbschaft oder ein Vermächtniß, die man von einer dritten Person hofft, noch bei Lebzeiten derselben veräußert wird.*

⁴ Mayer-Maly, Über die Teilnichtigkeit 274 f.

⁵ Sgm „eine nichtige Klausel macht eine wirksame Klausel nicht unwirksam“.

⁶ § 139 dBGB lautet: *„Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.“*

⁷ Mayer-Maly, Teilnichtigkeit 276; aA Pierer von Esch, Teilnichtige Rechtsgeschäfte 57.

⁸ Mayer-Maly sieht in § 139 BGB allerdings „eine extreme legislativpolitische Entscheidung“, „die kaum Nachahmer fand“ (Teilnichtigkeit 281).

⁹ Mayer-Maly, Teilnichtigkeit 283.

¹⁰ Stv OGH 17.06.1986 2 Ob 535/86 = RdW 1987, 10.

¹¹ Vor allem *Illedits*, Teilnichtigkeit im Privatrecht, 111 f; P. Bydlinki, Bürgerliches Recht I⁶ 161, 184.

¹² AA Fitz, Zur „geltungserhaltenden Reduktion“ überschießender AGB-Klauseln 645; Iro, Bankvertragsrecht I Rz 1/23 ff.

- Differenzierung zwischen absoluter und relativer Nichtigkeit;¹³
- Differenzierung zwischen Nichtigkeit eines Vertragsteiles oder einer Klausel;¹⁴
- Differenzierung zwischen quantitativer und qualitativer Nichtigkeit;¹⁵
- Bedeutung des Schutzzwecks der Norm;¹⁶
- Differenzierung zwischen „Inhalts- und Umstandssittenwidrigkeit“;¹⁷
- Vorliegen einer Ungleichgewichtslage zwischen den Kontrahenten im Sinne einer „verdünnten Willensfreiheit“;¹⁸
- Relevanz des faktischen oder hypothetischen Parteiwillens.¹⁹

Schließlich ist zu untersuchen, welche Rechtsfolgen eine Teilnichtigkeit auslöst und insbesondere, ob und welche Möglichkeiten der Erhaltung des anwaltlichen Mandatsvertrages unter Zugrundelegung einer allenfalls modifizierten, aber nach wie vor am ursprünglich Gewollten orientierten, Honorarvereinbarung bestehen.

¹³ *Apathy* in *Schwimann/Kodek IV*⁴ § 8 WuchG Rz 1; *Illedits*, Teilnichtigkeit 15, 90; *P. Bydlinski*, Bürgerliches Recht I, Allgemeiner Teil⁶ 159; *Kozioł/Welser- Kletecka* Bd I¹⁴ Rz 564.

¹⁴ *Illedits*, Teilnichtigkeit 127 f.

¹⁵ *Illedits*, Teilnichtigkeit 58, 105, 127; *Iro*, Bankvertragsrecht I Rz 1/23 ff; *Fitz*, Geltungserhaltende Reduktion 645 ff.

¹⁶ *Illedits*, Teilnichtigkeit 15, 37 ff, 105; *F. Bydlinski*, Allgemeine Versorgungsbedingungen und Energielieferungsverträge, in *Aicher*, Rechtsfragen der öffentlichen Energieversorgung 148; *Gschnitzer in Klang IV* I² 169; *Mayer-Maly*, Teilnichtigkeit 272; OGH 10.07.1979 = JBI 1981 48 ff; OGH 28.10.1971 1 Ob 282/71 = SZ 46/166 = EvBl 1972/122 = JBI 1972, 322 = NZ 1983, 40; RdA 1987, 452 (*Pfeil*); JBI 1990, 318; EvBl 1991/60 und RdW 1991, 270.

¹⁷ *Mayer-Maly* (Das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit 9) differenziert – hier bezogen auf den Anwendungsbereich der Sittenwidrigkeit – zwischen einer "Inhalts"- und einer "Umstandssittenwidrigkeit", für letztere wird zwar kein Bewusstsein der Sittenwidrigkeit gefordert, aber die Kenntnis jener Tatumstände, die die Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäftes begründen. Die Inhaltssittenwidrigkeit soll demnach unabhängig von subjektiven Faktoren eintreten; im Ergebnis so auch *Illedits* (Teilnichtigkeit 21), der eine Differenzierung zwischen Abschluss- (grundsätzlicher Bestand) und Inhaltsverboten (nichtig) trifft; aa *Canaris*, Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen 22 f.

¹⁸ Ausführlich vor allem *Krejci*, Über gröblich benachteiligende Nebenbestimmungen in AGB und Vertragsformblättern, JBI 1981, 169 ff und 245 ff; *Krejci*, Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz 171 f; *Krejci*, Konsumentenschutzgesetz 346; *Krejci* in *Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 367 ff.

¹⁹ *Mayer-Maly* (Teilnichtigkeit 273) sieht den Vertrag in Anlehnung an *F. Bydlinski* (Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes 173 f) als Ordnung mit eigener, objektivierbarer Sinnhaftigkeit; vgl auch *Gschnitzer in Klang IV* I² 169.

1.3 Sinn und Bedeutung des *Quota litis*-Verbotes

Eine Auseinandersetzung mit der Zielsetzung des § 879 Abs 2 Z 2 ABGB setzt die Beleuchtung der rechtsgeschichtlichen Wurzeln des Verbotes des *pactum de quota litis* voraus. Diese reichen von der *lex cincia*²⁰ über die Rezeption im deutschen Recht,²¹ über die richterliche Einflussnahme auf die Höhe des Kostenersatzanspruches,²² bis zur zwischenzeitigen Zulässigkeit in der Zeit von 1869 bis 1916 und die vielleicht versehentliche Wiederaufnahme in das ABGB mit der III. Teilnovelle.²³ Zu beleuchten ist dabei vor allem die wechselvolle Zielsetzung dieses Verbotes.²⁴

Das Verbot wird in kritischen Kontext mit den Regelungen im Rahmen anderer Rechtsordnungen zu stellen und – vor allem vor dem Hintergrund der neuen deutschen Rechtslage einerseits,²⁵ und andererseits in Hinblick auf die erhöhte Aktualität im Zusammenhang mit der zunehmend an Bedeutung gewinnenden Prozessfinanzierung²⁶ - auf seine Zeitgemäßheit²⁷ zu prüfen sein.

²⁰ *Mair*, Prozessfinanzierung und das Verbot der Vereinbarung einer *quota litis* 5.

²¹ *Mair*, Prozessfinanzierung 7 ff.

²² *Mair*, Prozessfinanzierung 10.

²³ *Mair*, Prozessfinanzierung 17 ff; so unterliegen beispielsweise Ärzte seit der III. Teilnovelle nicht mehr dem Verbot einer Erfolgshonorarvereinbarung.

²⁴ Einerseits diene es dem Schutz des Ansehens des Standes der Rechtsanwälte, andererseits dem Mandantenschutz, hierzu ausführlich *Mair* Prozessfinanzierung 23 ff; mE ist die plausibelste, heute noch valide Legitimation der Bestimmung in der Gewähr der Objektivität des einschreitenden RA zu sehen.

²⁵ §§ 3a ff dRVG.

²⁶ Wenngleich nach mittlerweile hA (OGH 23.09.2013 6 Ob 224/12b; *P. Bydlinski* Gutachten vom 13.09.2010, zit in *Klauser* Sammelklagen von Verbraucherorganisationen in *Reiffenstein/Blaschek* [Hrsg], Konsumentenpolitisches Jahrbuch [2011] 289; *Oberhammer*, Sammelklage, *quota litis* und Prozessfinanzierung, *ecolex* 2011, 972 ff; *Kodek*, Massenverfahren und Verfahrensmassen, Einige Gedanken zur aktuellen Diskussion, *Zak* 2012, 66; *Karauscheck*, Prozesskostenfinanzierung – ein weitgehend ungeregeltes Glücksgeschäft, *Vr* 2012, 21; *Hechenblaickner*, Haftung und Haftungsfreizeichnung des Pistenhalters bei Skirennen und Skitraining, *Zak* 2013, 119 = *ZFR* 2013, 147 = *RdW* 2013, 268 = *AnwBl* 2013, 331 = *EvBl-LS* 2013/94 = *ecolex* 2013, 533 = *ÖBA* 2013/1943 = *Klauser* *VBr* 2013, 12 ff) – aA nur *Krejci* (Gilt das *Quota-litis*-Verbot auch für Prozessfinanzierungsverträge? *ÖJZ* 2011, 346 ff); differenzierend *Parzmayr/Schobel*

Vor allem durch die Auseinandersetzung mit dem historischen Hintergrund und der Entwicklung der Bestimmung soll Aufschluss über den heute verfolgten Schutzzweck des Verbotes der *quota litis* gewonnen werden, da die Differenzierung zwischen dem Schutz von Standesinteressen einerseits und dem Schutz des Klienten andererseits – wie darzulegen sein wird – bei der Ausgestaltung der Rechtsfolgen und somit der Lösung der aufgeworfenen Frage eine erhebliche Relevanz hat.²⁸

So ist beispielsweise zu betonen, dass die *quota litis* in der Vergangenheit mitunter – standesrechtlich – durchaus zulässig war: seitens der ständigen Vertreterversammlung der Rechtsanwaltskammern Österreichs wurde am 29./30.11.1946 der Beschluss gefasst, dass Honorarvereinbarungen in Wiedergutmachungssachen, wonach die Bezahlung der Honorarforderung nur aus dem rückzustellenden Vermögen erfolgen soll, nicht standeswidrig sind und dass in diesen Rechtssachen in der Regel ein Honorar in der Höhe von 5-10% des Wertes des rückgestellten Vermögens angemessen erscheint.²⁹ Der OGH erklärte solche Honorarvereinbarungen erst ab 1951 für nichtig.³⁰ Die Rechtsanwaltskammer Wien hielt in Bezug darauf in einem Disziplinarerkenntnis aus 1953 fest, dass zwar

(Prozesskostenfinanzierung: zulässiges Erfolgshonorar oder verbotene *quota litis*? ÖJZ 2011, 535 ff) – der Prozessfinanzierer nicht als „Rechtsfreund“ zu qualifizieren ist.

²⁷ Diese Zeitgemäßheit bezweifeln insb *Jahoda*, Doppelvertretung oder *quota litis*? 182 f; ders Zur Frage der *quota litis* 605 ff; *Krainer*, Ende der *quota litis*? *ecolex* 2007, 592 ff; *Fux-Eschenegg*, NBIRA 1953, 99 und *Mair* Prozessfinanzierung 21; vor allem die Zunahme des Wettbewerbs in der Anwaltschaft erfordert höhere Flexibilität der Marktteilnehmer, auch hinsichtlich der Preisgestaltung. Im nicht forensischen Bereich geraten überdies gesetzliche Gebührenordnungen und die Einflussnahme des Standesrechts in letzter Zeit verstärkt ins Visier des Kartellrechts. In diesem Sinne ist beispielsweise bereits 2003 die verbindliche unreflektierte Festlegung von Mindestgrenzen für das Honorar von Ziviltechnikern vom VfGH (25.11.2003, B 964/02) als verfassungswidrig aufgehoben worden. Im Detail *Thiery*, Die Pauschalhonorarvereinbarung 431.

²⁸ Entspricht dem Verbot, also letztlich dem Schutzzweck der Norm, am besten die Unwirksamkeit des gesamten Vertrages, so kann auch die Möglichkeit einer Trennung der Vertragselemente nicht zur Restgültigkeit führen! (*Gschnitzer* in *Klang* IV/1² 169; *Mayer-Maly*, Teilnichtigkeit 272).

²⁹ *Ronald Faber*, Zwischen Gerechtigkeit und Eigennutz, Die Rechtsanwälte und die Rückstellung entzogener Vermögen, *Juridikum* 2003, 51; JBI 1947, 24; *Jahoda*, Geschichte der österreichischen Advokatur 1918-1973, 66.

³⁰ OGH 04.04.1951 1 Ob 194/51 = SZ 24/93; OGH 10.12.1952 3 Ob 633/52; OGH 09.02.1955 2 Ob 956/54; OGH 07.09.1955 2 Ob 390/55 = JBI 1955, 624; OGH 04.11.1959 3 Ob 432/59; OGH 05.10.1966 6 Ob 311/66 = SZ 39/160.

Streitanteilsvereinbarungen nichtig sind und der Rechtsanwalt „*nichtige Verträge nicht schließen darf*“. Der oben zitierte Beschluss (vom 30.11.1946) habe aber nur zur Folge, dass ein Anwalt, der in Rückstellungssachen eine solche Honorarvereinbarung schließt, disziplinar nicht verantwortlich wird.³¹

1.4 Alternativen zur Totalnichtigkeit einer *Quota litis*-Vereinbarung

Das führt zum Kern der Arbeit, nämlich der Frage, wie mit der in § 879 Abs 2 Z 2 ABGB vorgesehen Nichtigkeitssanktion umzugehen ist. In diesem Zusammenhang setzen sich die Ausführungen vorweg eingehend mit der Natur des Anwaltsvertrages und der anwaltlichen Honorarvereinbarung auseinander.

Die Arbeit beleuchtet und analysiert die Rahmenbedingungen für die Vergütung des Rechtsanwaltes in Österreich unter Berücksichtigung des Schrifttums.³² Sie untersucht, ob und in welche – allenfalls verschiedenen rechtlichen Schicksalen ausgesetzte - Teile die Honorarvereinbarung aufgegliedert werden kann.

In der Folge wird die Frage aufgeworfen, ob die einschlägige Nichtigkeitsanordnung qualitativer oder quantitativer Natur ist und welchen Schutzzweck sie letztlich verfolgt.

³¹ Disziplinarrat der Rechtsanwaltskammer Wien in NBIRA 1953, 130.

³² Insb *Csoklich/Scheuba* Ständesrecht der Rechtsanwälte²; *Baetge*, Erfolgshonorare wirtschaftlich betrachtet *RabelsZ* 2009, 680 ff; *Thiele*, Anwaltskosten, RATG mit Praxiskommentierung³; ders, Kalkulierte Strafen bei der Berufsausübung, *RdW* 1998, 639 ff; *Feil/Wennig*, Anwaltsrecht⁴; *Fisch-Thomsen*, Das anwaltliche Honorarsystem in Österreich im Vergleich zu anderen europäischen Rechtsordnungen, *AnwBl* 1990, 416 ff; *Thiery*, Die Pauschalhonorarvereinbarung, in *AnwBl* 2006, 431 ff; *Gebauer*, Das Honorarrecht des Rechtsanwalts; *Förster*, Rechtsfolgen für Auftraggeber vorteilhafter unwirksamer Vergütungsvereinbarungen mit Rechtsanwälten, *Juristische Rundschau* 2012, 93 f; *Reiter-Zatloukal*, Der Anwalt in der Vergangenheit, *AnwBl* 2011, 514 ff; *Lohsing/Braun*, Österreichisches Anwaltsrecht²; *Pilshofer*, Das rein erfolgsabhängige Honorar – zulässige Form anwaltlicher Entlohnung? *AnwBl* 2011, 177 ff; *Pilshofer*, Grundlage und Grenzen freier Honorarvereinbarungen im Anwaltsberuf; *Kilian*, Der Erfolg und die Vergütung des Rechtsanwaltes; *Kilian*, Die spekulative Vergütung des Rechtsanwaltes; *Kübl*, Geschichte der österreichischen Advokatur; *Klauser*, Prozessfinanzierung, Rechtsfreunde, *quota litis* und Sammelklage, *VbR* 2013, 12 ff.

Es wird zu beleuchten sein, ob das gesetzliche Verbot ein reines Inhaltsverbot ist oder allenfalls auch die Umstände des Zustandekommens der Honorarvereinbarung von Relevanz sind, ob im Klienten-Anwaltsverhältnis eine Situation der „verdünnten Willensfreiheit“ erkannt werden kann, wer sich auf die geltend gemachte Nichtigkeit eines *pactum de quota litis* berufen kann und welche Auswirkungen dem beizumessen wären.

In weiterer Folge wird auf die Rolle des faktischen und des hypothetischen Parteiwillens bei der Vereinbarung einer *quota litis* abgestellt. Und schließlich wird auf Basis des Ergebnisses dieser Überlegungen zu der eigentlichen Problemstellung Bezug genommen, ob, auf welche Weise und in welchem Ausmaß eine Erhaltung des Restvertrages unter gleichzeitiger Modifikation des die Honorarvereinbarung enthaltenden Vertragsteiles zulässig sein könnte und ob die Alternative jedenfalls eine Totalnichtigkeit oder eine Restgültigkeit und die Anwendung dispositiven Rechts darstellt.

Kommt es zu einer Restgültigkeit, so stellt sich die Frage, welches Honorar als vereinbart gilt. Im Zuge dessen ist der Angemessenheitsbegriff zu beleuchten: Richtet sich die Angemessenheit nach den tariflichen Ansätzen des einschlägigen Landesrechts oder nach den zivilrechtlichen Angemessenheitskriterien, die letztlich nur durch die Tatbestände grober Äquivalenzstörungen, also Wucher und *laesio enormis*, begrenzt sind.

1.5 Zielsetzung der Arbeit

Zusammenfassend wird die Frage gestellt, ob das vom Gesetzgeber mit § 879 Abs 2 Z 2 ABGB normierte Unwerturteil nur durch die Totalnichtigkeit einer getroffenen *Quota litis*-Vereinbarung beseitigt werden kann oder der Schutzzweck der zit

Norm auch eine Geltungserhaltung der ursprünglichen Honorarvereinbarung in reduzierter Form durch Modifikation der wechselseitigen Leistungsverpflichtungen decken würde.

Bejahenden Falles ist der Frage nach zu gehen, welche Möglichkeiten für eine solche Modifikation zur Verfügung stehen und ob auf diese Weise auf Basis der geltenden Rechtslage eine Annäherung der Interessen des Klienten, des Anwaltes und des Anwaltsstandes im Sinne einer modernen und an die weiterentwickelten Erfordernisse der Marktumgebung angepassten Lösung möglich scheint.

2. Gang und Abgrenzung der Untersuchung

2.1 Interpretationsmethoden

Die Arbeit bedient sich, soweit das nicht im Einzelfall obsolet erscheint, weil mehrere Methoden absehbarer Weise zum gleichen Ergebnis führen,³³ grundsätzlich sämtlicher Interpretationsformen, beginnend mit der Wortlautinterpretation, in der Folge der logisch-systematischen Interpretation, daran anschließend der subjektiv-historischen und schließlich der objektiv-teleologischen Interpretationsmethode.

Dem Richterrecht wird bei der Auslegung im Rahmen dieser Arbeit § 12 ABGB folgend grundsätzlich keine Bindungswirkung zugesprochen,³⁴ wenngleich richtungsweisende Entscheidungen selbstredend in die Diskussion einfließen, selbst wenn ihnen – *F. Bydlinski*³⁵ folgend - kein Vertrauensschutz zukommt.

2.2 Methodologische Bemerkungen und Positionierung des Autors

Der Autor bekennt sich im Wesentlichen zur Methode der objektiven Wertungsjurisprudenz. Das bedeutet zum einen, dass grundsätzlich eine Orientierung an den dem Gesetz selbst zu entnehmenden Wertungen erfolgt, dabei aber verstärkt auf den objektiven Zweck der Norm eingegangen wird, der nicht lediglich isoliert aus dem Gesetz selbst, sondern aus der

³³ Entgegen *Mayer-Maly*, Auslegen und Verstehen, JBl 1969, 415, der die Ansicht vertritt, dass in jedem Auslegungsfall sämtliche zur Verfügung stehenden Methoden auszuschöpfen sind, da das den hier gegebenen Rahmen einerseits sprengen, andererseits aber – gewissermaßen als *l'art pour l'art* wenig zur Erkenntnisgewinnung beitragen würde.

³⁴ *Kerschner*, Großkommentar zum ABGB, *Klang*³, zu §§ 6 und 7.

³⁵ *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² 140 ff.

Gesamtheit der geltenden einschlägigen Rechtsvorschriften abgeleitet werden soll (wie sich beispielsweise im Kapitel über den Begriff der Sittenwidrigkeit³⁶ besonders manifestiert).

Der gesetzgeberischen Wertung wird hierbei allerdings im Rahmen einer Rangordnung der Wertungskriterien der Vorzug gegeben. In Abgrenzung zur rein normativen Wertungsjurisprudenz berücksichtigt der Autor – solange dies nicht die (freilich unscharfe) Grenze zur Freirechtsschule³⁷ überschreitet – auch objektivierbare außerpositive Wertungsgesichtspunkte, sofern im zu begründenden Einzelfall von einer objektiven, nicht normierten, unabhängigen Wertordnung im Sinne eines der Rechtsidee verpflichteten Rechtsbegriffes³⁸ ausgegangen werden kann.

2.3 Eigene Begriffsbildungen, Definitionen

Soweit eigene Begriffsbildungen erfolgen, werden sie im voranstehenden Abkürzungsverzeichnis erläutert.

2.4 Umfang der Arbeit

2.4.1 Kein Vollständigkeitsanspruch

Die Arbeit beschäftigt sich mit zivil-, und nur zum Teil (soweit dies im Zusammenhang geboten erscheint) mit standesrechtlichen Aspekten. Sie stellt insbesondere hinsichtlich der lediglich demonstrativ angeführten Nichtigkeitsgründe keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

³⁶ Kap 4.3.

³⁷ Die von *E. Ehrlich* begründete Freirechtsschule vertrat im Wesentlichen die Auffassung, dass jedem Urteil in erster Linie eine schöpferisch gestaltende persönliche Leistung des Richters zugrunde liegt. Das richterliche Urteil stellt demnach nicht lediglich eine rein logisch-deduktive Ableitung aus dem Gesetz dar. Ausgehend von der Kritik der Begriffsjurisprudenz des 19. Jahrhunderts, bezeichnet die Freirechtsschule Recht und Rechtsanwendung vielmehr als ein Erzeugnis des Willens. Diese Position wird damit begründet, dass sich - abhängig vom subjektiven Rechtsempfinden - letztlich jedes erwünschte Ergebnis aus dem Gesetz ableiten lasse.

³⁸ Vgl *F. Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre² 299 f.

2.4.2 Keine Auseinandersetzung mit standesrechtlichen Fragen

Die Arbeit tangiert – wie erwähnt – standesrechtliche Konsequenzen des *quota litis*-Verbotes³⁹ nur peripher und sofern sie aus zivilrechtlicher Sicht von Belang sind. Eine Berücksichtigung standesrechtlicher Fragen mit wissenschaftlichem Anspruch auf Vollständigkeit erfolgt nicht.

2.4.3 Keine rechtsvergleichende Arbeit

Wenngleich wiederholt auf die Rechtslage in Deutschland, sei es im Zusammenhang mit der Entstehungsgeschichte der III. Teilnovelle des ABGB,⁴⁰ sei es hinsichtlich der aktuellen deutschen Rechtslage im Zusammenhang mit der Aufweichung des *quota litis*-Verbotes⁴¹ oder den Umgang des amerikanischen Rechts mit *contingency fees*⁴² Bezug genommen wird, ist die vorliegende Arbeit keine an sich rechtsvergleichende.⁴³

2.4.4 Bewusste Ausklammerung bestimmter Fragen

Bewusst nur am Rande behandelt wird eine detaillierte Auseinandersetzung mit dem Thema Teilnichtigkeit und geltungserhaltende Reduktion im Zusammenhang mit dem

³⁹ § 16 Abs 2 RAO; § 1 Abs 1 DSt.

⁴⁰ Mayer-Maly, Teilnichtigkeit 274.

⁴¹ §§ 4a Abs 1 und 4b dRVG; demnach sind Erfolgshonorare für Rechtsanwälte ausnahmsweise dann zulässig, wenn der Mandant anderenfalls aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse auf eine Rechtsverfolgung verzichten müsste (*Feil/Wennig*, Anwaltsrecht⁷ 177).

⁴² Stv Kritzer, *Risks, Reputations, and Rewards: Contingency Fee Legal Practice in the United States* 258 f.

⁴³ Das Problem der Teilnichtigkeit wird insb in den Arbeiten von *Tandogan*, *La nullité, l'annulation et la résiliation partielle des contrats* (Dissertation Genf, 1952); *Criscuoli*, *La nullità parziale del negozio giuridico, teoria generale*, Mailand 1959; sowie bei *Sandrock*, Subjektive und objektive Gestaltungskräfte bei der Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften in AcP 159, 487 f behandelt.

Konsumentenschutz und allgemeinen Vertragsbestimmungen,⁴⁴ ebenso wie eine eingehende Auseinandersetzung mit den Fragen der Prozessfinanzierung.⁴⁵

⁴⁴ *Krejci*, Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz; ders, Konsumentenschutzgesetz; *Fitz*, Geltungserhaltende Reduktion 645 ff; *Iro*, Teilwirksamkeit gröblich benachteiligender AGB-Klauseln „soweit gesetzlich zulässig“? 7; *F. Bydlinski*, Die Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen nach dem österreichischen Konsumentenschutzgesetz 65 ff.

⁴⁵ Vgl zu diesem Thema vor allem *Mair*, Prozessfinanzierung; *Pilshofer*, Das rein erfolgsabhängige Honorar – zulässige Form anwaltlicher Entlohnung? AnwBl 2011, 177 ff; *Pilshofer*, Honorarvereinbarungen 150 ff; *Krejci*, Gilt das *Quota-litis*-Verbot auch für Prozessfinanzierungsverträge? ÖJZ 2011, 341 ff; *Parzmayr/Schobel*, Prozessfinanzierung: Zulässiges Erfolgshonorar oder verbotene *quota litis*? ÖJZ 2011, 533; *Kochheim*, Die gewerbliche Prozessfinanzierung, Dissertation, Hamburg (2002).

HAUPTTEIL

3. Das *Pactum de Quota Litis*

3.1 Rechtsquellen

Neben § 879 ABGB in seiner aktuellen Fassung – dessen Inhalt als bekannt vorausgesetzt werden darf – liegen der Untersuchung insb die nachstehenden Rechtsquellen zugrunde, die dem einschlägigen Praktiker zwar geläufig sein mögen, in der L allerdings wohl nicht zum alltäglich Werkzeug gezählt werden können:

§ 16 Abs 1 RAO

Der Rechtsanwalt kann sein Honorar mit der Partei frei vereinbaren. Er ist jedoch nicht berechtigt, eine ihm anvertraute Streitsache ganz oder teilweise an sich zu lösen.

§ 9 Abs 1 RAO

Der Rechtsanwalt ist verpflichtet, die übernommenen Vertretungen dem Gesetz gemäß zu führen und die Rechte seiner Partei gegen jedermann mit Eifer, Treue und Gewissenhaftigkeit zu vertreten. Er ist befugt, alles, was er nach dem Gesetz zur Vertretung seiner Partei für dienlich erachtet, unumwunden vorzubringen, ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel in jeder

Weise zu gebrauchen, welche seinem Auftrag, seinem Gewissen und den Gesetzen nicht widerstreiten.

§ 1 Abs 1 DSt

Ein Rechtsanwalt, der schuldhaft die Pflichten seines Berufes verletzt oder inner- oder außerhalb seines Berufes durch sein Verhalten die Ehre oder das Ansehen des Standes beeinträchtigt, begeht ein Disziplinarvergehen.

§ 2 RATG

1) Durch den Tarif wird das Recht der freien Vereinbarung nicht berührt.

2) Auch wenn eine Entlohnung nicht vereinbart wurde, kann der Rechtsanwalt einen durch besondere Umstände oder durch eine von seiner Partei veranlasste besondere Inanspruchnahme gerechtfertigten höheren Anspruch als im Tarif vorgesehen gegen diese Partei geltend machen.

§ 15 RL-BA 2015

1) Der Rechtsanwalt darf sein Honorar – auch ein Pauschalhonorar oder ein Erfolgshonorar – frei vereinbaren (§ 16 Abs 1 RAO; § 2 RATG).

2) Bei Übernahme eines neuen Auftrages hat der Rechtsanwalt seinen Auftraggeber über die Berechnungsgrundlage für die Honorierung sowie die Berechtigung zur Zwischenabrechnung zu informieren.

3) Wird für eine bestimmte Tätigkeit des Rechtsanwaltes ein Pauschalhonorar vereinbart, so ist dieses unter Bedachtnahme auf die zu erwartenden Leistungen und das Interesse des Klienten angemessen auszumitteln.

4) Vereinbart der Rechtsanwalt für seine Tätigkeit ein Zeithonorar, so hat er über den tatsächlichen Zeitaufwand entsprechende Aufzeichnungen zu führen.

§ 1 AHK⁴⁶

Der Honoraranspruch des Rechtsanwaltes ergibt sich aus der zwischen ihm und seinem Auftraggeber getroffenen Vereinbarung. In Ermangelung einer Vereinbarung wird vorbehaltlich gesetzlicher Honorarregeln gemäß §§ 1004, 1152 ABGB eine angemessene Entlohnung geschuldet.

§ 879 ABGB idF 1811

Insbesondere sind, außer den am gehörigen Orte angeführten, folgende Verträge ungültig: 1. Wenn etwas für die Unterhandlung eines Ehevertrages bedungen wird; 2. Wenn ein Wundarzt oder was immer für ein Arzt sich von dem Kranken für die Uebernehmung der Cur; oder 3. Wenn ein Rechtsfreund sich (für die Uebernehmung eines Processes eine bestimmte Belohnung bedingt; oder) eine ihm anvertraute Streitsache an sich löset; 4. Wenn eine Erbschaft oder ein Vermächtniß, die man von einer dritten Person hofft, noch bei Lebzeiten derselben veräußert wird.

⁴⁶ Die in der ÖRAK-Vertreterversammlung am 07.10.2005 beschlossenen AHK stellen eine standesinterne generelle Regelung dar, die für alle Kammermitglieder bindend ist. Sie kommen somit einem Honorargutachten gleich.

3.2 Begriffsbestimmung „*quota litis*“

Eingangs ist eine Wortlautinterpretation vorzunehmen. So ergibt sich aus dem Wortlaut des § 879 Abs 2 Z 2 ABGB, dass die Vereinbarung einer *quota litis*, also einer speziellen Form des Erfolgshonorars, bei der sich das Honorar prozentuell nach dem Ersiegten bemisst, verboten ist.⁴⁷ Die Streitanteilsvereinbarung bemisst das HN prozentuell nach dem Ersiegten und nicht nach dem gesamten Streitwert.⁴⁸ Zulässig ist daher die Vereinbarung eines in einem Prozentsatz des gesamten "Streitwertes" festgelegten Pauschalhonorares.⁴⁹

Nicht vom Verbot erfasst sind sonstige wert- oder erfolgsabhängige Honorarvereinbarungen und Erfolgshonorarvereinbarungen, bei denen sich die Honorarhöhe nicht anteilmäßig ergibt, sondern ziffernmäßig bestimmt wird, sowie Pauschalhonorarvereinbarungen. *Krejci*⁵⁰ kritisiert diese „nicht ganz einsichtige“ Differenzierung zwischen dem nicht anteilmäßig errechneten Erfolgshonorar und dem *pactum de quota litis*.

Diese Kritik ist völlig berechtigt, wie ein schlichtes Beispiel aus der Praxis zeigt: Vereinbart der RA mit seinem Mandanten, im Fall des Obsiegens 10 % des erstrittenen Betrages zu erhalten, so liegt eine unzulässige Streitanteilsvereinbarung vor. Wird vereinbart, dass der RA im Fall des Obsiegens EUR 10.000,00 erhält, so ist das zulässig. Diese Differenzierung ist unsachlich.

⁴⁷ OGH in NBIRA 1953, 19; *Krejci* in *Rummel*, ABGB I³ § 879 Rz 209.

⁴⁸ *Krejci* in *Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 337.

⁴⁹ OGH 08.11.2000 7 Ob 242/00i; OGH 16.11.2005 8 Ob 101/05v = EFSlg 112.290.

⁵⁰ *Krejci* in *Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 337.

Klar zu differenzieren ist zwischen der Streitanteilsvereinbarung (§ 879 Abs 2 Z 2 2. Fall) und dem Ansichlösen der Streitsache (1. Fall). Mit dem 1. Fall wird das ganz oder teilweise Ansichlösen einer dem Rechtsfreund anvertrauten Streitsache verpönt: Darunter ist jede auch nur teilweise Übertragung des Eigentums oder Zession sowie jede anderweitige Verfügung, durch die der RA Teilhaber der anvertrauten Streitsache wird, zu verstehen.⁵¹ Der Unterschied zum Streitanteil liegt darin, dass das Ansichlösen der Streitsache als ein Akt zu verstehen ist, durch den sich der Rechtsfreund die Streitsache, also nicht die ersiegte, sondern die ihm anvertraute streitverfangene Sache, ganz oder zum Teil aneignet.⁵² Schon der Wortlaut der Bestimmung (arg „oder“) lässt eine Gleichsetzung dieser Tatbestände nicht zu.

Im Zuge der Neufassung des § 879 im Rahmen der III. TN⁵³ wurde diskutiert, ob lediglich das – seit 1869 mit der AGO 1868⁵⁴ verbotene - Ansichlösen oder auch das *pactum de quota litis* berücksichtigt werden sollen. Es wurde argumentiert, dass der Streitbetrag nichts anderes als die Streitsache sei und ein Anteil am erstrittenen Betrag daher dem Ansichlösen eines Teiles dieses Betrages, also der Streitsache, gleich zu setzen sei. Der OGH hat dieser Diskussion allerdings mit der Feststellung ein Ende gesetzt, dass das Ansichlösen der Streitsache einen Eigentumsanspruch der Partei an dieser voraus setze, die Streitanteilsvereinbarung aber nur auf einen obligatorischen Anspruch abstelle.⁵⁵ Die beiden Tatbestände sind also nicht vergleichbar. Im Detail wird auf die III. TN im Kap 3.5 eingegangen.

Das Verbot des Ansichlösens der Streitsache ist seit seiner erstmaligen Satzung mit der AGO 1868 Rechtsbestand und wurde durch die Aufnahme in das ABGB mit der III. TN lediglich

⁵¹ OGH 24.09.1996 5 Ob 2320/96d.

⁵² *Krejci* in *Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 336.

⁵³ Historischer Text idF 1811 zit unter Pkt 3.1.

⁵⁴ § 16 Advocatenordnung vom 06.07.1868 RGBI 96, in Kraft seit 01.01.1869; diese Bestimmung lautete: „Der Advocat ist jederzeit berechtigt, sich eine bestimmte Belohnung zu bedingen; er ist jedoch nicht berechtigt, eine ihm anvertraute Streitsache ganz oder theilweise an sich zu lösen“.

⁵⁵ OGH 02.12.1915 Ds I 13/15.

bekräftigt. Die praktische Relevanz dieses von der rechtssuchenden Bevölkerung wie auch dem Stand der Rechtsanwälte offensichtlich als billig und gerecht erscheinenden Verbotes ist gering, es existiert lediglich vereinzelte Rsp.⁵⁶

Diese Untersuchung befasst sich ausschließlich mit der Streitanteilsvereinbarung, nicht aber mit dem Anschlößen der Streitsache. Am Rande sei erwähnt, dass auch ein Verstoß gegen § 879 Abs 2 Z 2 1. Fall, also das Anschlößen der Streitsache, der allgemeinen Tendenz folgend mE lediglich eine Teilnichtigkeit auslösen und den Gesamtvertrag nicht tangieren würde.

3.3 Systematische Interpretation

§ 879 Abs 2 Z 2 ABGB ist gem § 6 ABGB im Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung auszulegen. Es wurde bereits erwähnt, dass der Rechtsanwalt nach einschlägigem Standesrecht bei der Vereinbarung des Klientenhonorars grundsätzlich frei ist.⁵⁷ Ihm sind hierbei allerdings einerseits zivil-, andererseits standesrechtliche Grenzen gesetzt, das *quota litis*-Verbot findet sich allerdings nur im Zivilrecht. § 16 RAO untersagt lediglich das Anschlößen der Streitsache.

Im Wege der systematischen Auslegung kann kein Aufschluss darüber gefunden werden, ob das (jüngere) *Quota litis*-Verbot als *lex specialis* zum Standesrecht zu werten ist und dieses konkretisiert, indem es einen weiteren Verbotstatbestand normiert. Dagegen spricht unter anderem, dass an sich das Standesrecht, nicht aber das Zivilrecht als Regelungsort für Standespflichten und –verbote dient.

⁵⁶ OGH 1 Ob 1167/27 = AnwZ 1928, 100; OGH 19.04.1934 Ds 7/34; OGH 30.01.1952 Ds 77/51; OGH 18.03.1959 5 Ob 40/59; OGH 24.09.1996 5 Ob 2320/96d; OGH 04.10.2004 14 Bkd 3/04.

⁵⁷ § 16 Abs 1 erster Satz RAO.

Daher ist an dieser Stelle eine eingehende historische Auseinandersetzung mit der Entstehung des Verbotes und vor allem dem Zweck der Regelung geboten, um im Anschluss daran eine objektiv teleologische Interpretation zu ermöglichen:

3.4 Historische Entwicklung

Um die Entwicklung des Verbotes der *quota litis* darzustellen, ist in groben Zügen auf die Geschichte der Advokatur einzugehen.

Die römische Advokatur lässt sich auf die Einrichtung des Patronats zurückführen.⁵⁸ Als Patron in diesem Sinne bezeichnete man in der Frühgeschichte Roms das Oberhaupt einer alteingesessenen und in aller Regel begüterten Großfamilie. Zwischen den ansässigen und den später zugewanderten, naturgemäß wirtschaftlich benachteiligten, Bevölkerungsteilen bildete sich ein Abhängigkeitsverhältnis heraus: der Patron ließ den Zugewanderten Beschäftigung zukommen, indem er ihnen in aller Regel Grund und Boden gegen Bezahlung zur Bearbeitung (eine Art Pachtverhältnis) zukommen ließ. Auf diese Weise entstand ein dem mittelalterlichen Feudalwesen vergleichbares Hörigkeitsverhältnis. Die Hörigen des Patrons wurden als *clientes*⁵⁹ bezeichnet.⁶⁰

Der Klient hatte vermögensrechtliche Leistungen für den Patron zu erbringen, während dieser im Gegenzug unter anderem die Verpflichtung hatte, den Klienten vor Gericht zu vertreten und ihm in allen öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten Schutz und Protektion zukommen zu

⁵⁸ Kübl, Geschichte der österreichischen Advokatur 3.

⁵⁹ *cliens* (lat) = Diener, Gehilfe, Schutzbefohlener.

⁶⁰ Grellet-Dumazeau, *Le Barreau Romain* 40.

lassen. Das war insofern wichtig, als die herrschenden Klassen des antiken Roms das Recht wie eine Geheimlehre handhabten und das gemeine Volk diesbezüglich in Unkenntnis blieb.⁶¹

Das änderte sich ab dem Zwölftafelgesetz im Jahr 451 v Chr, mit dem geltendes Recht (im konkreten Fall in erster Linie Schuld- und Sachenrecht, Familien- und Erbrecht sowie Delikts- und Sakralrecht) erstmals veröffentlicht wurde und grundsätzlich jedermann gerichtliche Vertretungen übernehmen konnte, wenngleich nach wie vor von Patron und Klient gesprochen wurde. Die Annahme einer Vergütung für die gerichtliche Vertretung war verpönt.⁶² Vielmehr erhielt der Patron ein „Honorar“, also eine auf sittlicher Pflicht beruhende, nicht mit Zwang durchsetzbare Ehrengabe,⁶³ wobei die Patrone dabei oft weit besser abgeschnitten haben als ihre Nachfolger, deren Vergütung auf Gebührenordnungen beruht und durch Tarife begrenzt ist.⁶⁴

Während das materielle Recht seit dem Zwölftafelgesetz öffentlich bekannt war, blieb das Prozessrecht, das streng formaler Natur war, nach wie vor Sache der Priester und Patrizier. Nur sie hatten ausreichend Kenntnis von den festen Formeln, an die gerichtliche Anträge gebunden waren und deren Verletzung die Gefahr eines Prozessverlustes bedeuten konnte. Diese formelle Abhängigkeit von Adel und vor allem Priesterschaft, deren Rat vor der Einleitung eines Rechtsstreites unerlässlich war, wurde erst 324 v Chr aufgehoben, als der spätere kurulische Ädil *Gnaeus Flavius*, in seiner Funktion als Schreiber des Oberpriesters *Appius Claudius*, die Prozessformulare (*legis actiones*)⁶⁵ veröffentlichte.⁶⁶ Auf diese Weise fand das Vorrecht der Priester und Patrizier auf Rechtsberatung ein Ende, wodurch die

⁶¹ Kübl, Geschichte der Advokatur 3.

⁶² Kübl, Geschichte der Advokatur 4.

⁶³ Gebauer, Das Honorar des Rechtsanwaltes 13.

⁶⁴ So soll sich *Cicero*, um einen der bekanntesten, freilich weit später tätigen, Vertreter des Standes zu erwähnen, durch seine Honorare zahlreiche Villen um Rom, darunter einen Palast auf dem Palatin im Wert von 3,5 Millionen Sesterzen, finanziert haben (Gebauer, Honorar 13).

⁶⁵ Nach ihm benannt als *ius flavianum*.

⁶⁶ Albrecht, Geschichte der römischen Literatur 41; Haimberger, Römisches Privatrecht I 9.

wesentlichsten Teile der advokatorischen Tätigkeit, nämlich das Plädieren und das Konsultieren, demokratisiert und verweltlicht wurden.⁶⁷

Das führte aber noch lange nicht zu einer Vereinigung der rechtsberatenden- und der Vertretungsfunktion in einem Amt. Vielmehr plädierten oftmals Rechtsunkundige, da hierfür die rhetorischen Fähigkeiten ausschlaggebend waren, während andere juristischen Rat erteilten, ohne aber als Gerichtsredner aufzutreten. Auf diese Weise bildeten sich die Funktionen des Gerichtssprechers, des *orators*, und der juristischen Berater, der *prudentes* oder *consulti*, heraus.⁶⁸

Ab dem zweiten Jhdt v Chr kam es immer häufiger zur Vereinigung beider Funktionen in einem Berufsbild, das nunmehr als *advocatus* bezeichnet wurde und sich im Lauf der Zeit von einem amateurhaften Ehrenamt zu einem echten Beruf entwickelte. Dadurch verlor der bis dahin geltende Grundsatz der prinzipiellen Unentgeltlichkeit der juristischen Tätigkeit an Bedeutung. Die wohlhabenden adeligen Familien, die die Rechtsverteidigung nach wie vor als unentgeltliches Ehrenamt sahen,⁶⁹ formulierten ihre Forderungen in der 204 v Chr entstandenen *lex cincia*,⁷⁰ die dieser Entwicklung zur Aufrechterhaltung der konservativen Wertordnung entgegenwirken sollte. Sie verbot nach wie vor die Annahme eines eine bestimmte Höhe übersteigenden Honorars, auch in Form von Schenkungen, durch Gerichtsredner und untersagte ihnen, sich schon vor erbrachter Leistung eine Belohnung geben oder versprechen zu lassen.⁷¹ Die *lex cincia* wurde aber offenbar bereits zur Zeit ihrer Entstehung als Anachronismus empfunden und aus diesem Grund vielfach umgangen, da es

⁶⁷ Kübl, Geschichte der Advokatur 4.

⁶⁸ Kübl, Geschichte der Advokatur 4.

⁶⁹ Trotz Unentgeltlichkeit war das Amt keineswegs selbstlos, da die Advokatur Gelegenheit zu einer öffentlichen Profilierung gab und sehr häufig das Sprungbrett schlechthin zu Erreichung politischer Ämter war (*Gebauer*, Honorar 14).

⁷⁰ Die *lex cincia de donis et numeribus* wurde 204 v Chr vom Volkstribun *Cincius Alimentus* erlassen.

⁷¹ *Gebauer*, Honorar 13.

für plebejische Berufsanwärter unmöglich war, ihre Berufstätigkeit ohne Honorierung auszuüben. Die Umgehung erfolgte oftmals durch letztwillige Verfügungen zugunsten des Advokaten.⁷² Vor allem aber handelte es sich um eine *lex imperfecta*, also eine sanktions- und damit weitgehend zahnlose Norm.⁷³

Zu dieser Zeit wurde das römische Staatsgebiet vermehrt von Zuwanderern, vor allem von germanischen Volksstämmen, besiedelt, die das römische System zur Kriegsführung einsetzte und deren Angehörige beim römischen Militär mitunter beträchtliche Macht und Reichtum erwerben konnten.⁷⁴ Viele dieser Migranten, die es im Rahmen ihrer Militärlaufbahn zu einem bescheidenen Wohlstand brachten, aber aufgrund ihrer Herkunft aus Nomaden- oder Ackerbauvölkern ein geringes Maß an Bildung aufwiesen und mit der fremden Kultur des römischen Imperiums kaum vertraut waren, bedurften der Vertretung in Prozessen, die sich um ihr rezent erworbenes Vermögen häufig entsponnen und wandten sich daher an Advokaten.

Der Zugang zur Advokatur unterlag in diesem Zeitraum keinen wie immer gearteten Voraussetzungen, alleine das Talent des Berufenen war ausschlaggebend. Das änderte sich im Laufe der kommenden Jahrhunderte beständig, bis schließlich im 6. Jahrhundert n Chr Zugangsbeschränkungen dahingehend eingeführt wurden, dass neben der Ablegung juristischer Studien im Ausmaß von 5 Jahren unter Kaiser *Justinian* auch eine ausdrückliche Bewilligung des Kaisers Voraussetzung für den Amtszugang des Advokaten wurden.⁷⁵

⁷² Kübl, Geschichte der Advokatur 5.

⁷³ „*nec rescindit nec poenans iniungit ei, qui contra legem fecit*“, zit nach *Ulpianus*, Rechtsregeln I, I.1 (Gebauer, Honorar 13 f).

⁷⁴ Die *Constitutio Antoniniana* (212 n Chr) erklärte sämtliche Einwohner der Provinzen Norikum, Pannonien und Rätien zu römischen Bürgern.

⁷⁵ Kübl, Geschichte der Advokatur 10.

Die römische Advokatur unterlag in den ersten Jahrhunderten n Chr der Disziplinargewalt der Gerichte, denen neben etlichen Überwachungsaufgaben zum Schutz der rechtssuchenden Bevölkerung auch die Honorarbestimmung für den einschreitenden Advokaten übertragen wurde.⁷⁶ Die überbordende Reglementierung der Honorargestaltung führte unter anderem zur Einführung einer vom Streitwert und der Art des Prozessgegenstandes unabhängigen absoluten Honorarobergrenze von 100 Goldstücken.⁷⁷ Mitunter durchaus im Interesse der rechtssuchenden, oftmals dem - wenngleich wohlhabenden - Bildungsproletariat zuzurechnenden Bevölkerung kam es in Mode, dem Advokaten das Honorar nach Abschluss des Prozesses in Form eines bestimmten Teiles des erstrittenen Betrages zukommen zu lassen.⁷⁸ Dem wirkte Kaiser *Konstantin* 326 n Chr mit einem Verbot des *pactum de quota litis* entgegen. Ein Verstoß wurde mit der Streichung aus der Liste der Advokaten geahndet.⁷⁹ Eine Konstitution der Kaiser *Valentian* und *Valens* aus 368 n Chr verbot schließlich überhaupt jede Honorarvereinbarung zwischen dem Advokaten und seinem Klienten.⁸⁰

*Kübl*⁸¹ vertritt den Standpunkt, dass die Motivation für diese Entwicklung keineswegs in einer Rücksichtnahme auf die advokatorische Standesehre gelegen sein kann, zumal die Römer ein ausgesprochenes Handelsvolk waren und ein Honorarübereinkommen wie die *quota litis* aus kaufmännischer Sicht durchaus einleuchtend, marktgerecht und zweckadäquat erscheint. Der Grund für die Erlassung dieser Marktordnungsregeln dürfte ausschließlich in der Absicht gelegen sein, eine ungebührliche oder sogar betrügerische Ausnutzung des Informationsdefizits der rechtssuchenden Bevölkerung gegenüber dem Advokaten hintan zu halten. Nur so ist zu erklären, dass dem Advokat zugleich mit dem Verbot der *quota litis*, ja jeglicher Honorarvereinbarung, vor Verfahrenseinlassung ein promissorischer Eid, das

⁷⁶ *Kübl*, Geschichte der Advokatur 11.

⁷⁷ *Gebauer*, Honorar 15; *Kübl*, Geschichte der Advokatur 11.

⁷⁸ *Kübl*, Geschichte der Advokatur 11.

⁷⁹ L 1, §§ 9-13, Dig: *de extraord Cog* 50,13 (*Gebauer*, Honorar 15).

⁸⁰ C. Just., *De postul*, c 5 und 6, § 2.

⁸¹ *Kübl*, Geschichte der Advokatur 11f.

iuramentum calumniae, abverlangt wurde. Mit dem Kalumnieneid erklärte der Advokat, dass die von ihm vertretene Sache nach seiner Überzeugung gerecht sei und dass er sich im Prozess weder mut- noch böswillig verhalten und keine Prozessverschleppung verfolgen werde.⁸²

Diese Ansicht ist zutreffend, da die pragmatische römische Gesetzgebung der Zielsetzung verbunden war, unter Wahrung der grundsätzlichen Äquivalenz der Marktteilnehmer Handelsgeschäfte zu fördern und zu erleichtern. In diesem Sinne lag es im Regelungsinteresse, eine Übervorteilung der Marktteilnehmer hintan zu halten. Ein Motiv für den Schutz des Ansehens der Advokaten lässt sich aus dieser Zielsetzung nicht ableiten.

Der dem Advokat abverlangte Kalumnieneid fordert seine völlige Identifikation mit der von ihm vertretenen Sache. Widerstrebt sie seiner Überzeugung, so darf er nicht vertreten. Dadurch wurde eine heutige Selbstverständlichkeit in der Parteienvertretung, nämlich eine objektive Positionierung zum Sachverhalt, *ad absurdum* geführt. Durch eine rational-objektive Distanz des sich ausschließlich an Fakten orientierenden Advokaten wird ein sachlicher, nicht durch subjektive Eigeninteressen belasteter Zugang zum Rechtsstandpunkt des Klienten gewahrt. Gerade diese Selbstverständlichkeit wurde durch den Kalumnieneid gefährdet. Der Advokat stand nun nicht mehr über der Streitsache, sondern nahm an ihr vielmehr persönlich teil.

Aus dem zeitlichen Zusammenfall dieser beiden Einschränkungen, nämlich dem Verbot der *quota litis* und jeder anderen Honorarvereinbarung einerseits und der engen Bindung des Advokaten an die von ihm vertretene Sache andererseits lässt sich ableiten, wie wenig Achtung und Vertrauen der Advokatur in dieser Zeit zukam und wie groß die Einflussnahme

⁸² Inst 4.16.1; C. 2, 58 [59], 2 pr [531]; Nörr, Romanisch-Kanonisches Prozessrecht 114; Kübl, Geschichte der Advokatur 12; <http://www.hrgdigital.de/HRG.kalumnieneid> vom 06.06.2017.

durch die Behörden, namentlich die die Disziplinarhoheit über die Advokatur ausübenden Gerichte, war. Der Advokat wurde in dieser Entwicklungsphase zum Instrument der Rechtsprechung degeneriert, dem Innenverhältnis zwischen Klient und Advokat wurde nur eine marginale Bedeutung zugebilligt. Auffallend ist vor allem, dass die Pflicht zur Ablegung eines Kalumnieneides gerade jenes Kriterium schafft, das unter anderen noch heute für das Verbot der *quota litis* ins Treffen geführt wird, nämlich eine erhebliche Verflechtung des Advokaten mit der vertretenen Causa.

Ungeachtet dieser unwürdigen Bevormundung der Advokatur zehrte sie in ihrem allgemeinen Ansehen immer noch von dem ihr anhaftenden alten Ruhm und wurde mit Titeln, Würden und Auszeichnungen bedacht. Sie bildete sich als Stand heraus und wurde mit einem eigenen Standesrecht ausgestattet.

Die Rezeption des römischen Rechts und die Tradierung des altgermanischen Fürsprech⁸³ führten zu einer Neubelebung der Funktion des Prokurators (im römischen Recht auch Orator).⁸⁴ Wie schon der Fürsprech, war der Prokurator nicht unbedingt juristisch ausgebildet, seine Funktion bestand in der formellen Vertretung der Partei im Prozess, während die rechtliche Beratung durch den Advokaten⁸⁵ erfolgte. Der Advokat oder auch „Ratgeber“ wurde im Laufe der Zeit neben dem (nur) für die Vertretung zuständigen Prokurator zur Parteienkonsultation beigezogen. Mittlerweile handelte es sich aber nicht mehr um die schlichten altgermanischen Rechtsweiser,⁸⁶ sondern um an den bestehenden juristischen

⁸³ Beispielsweise erwähnt im Sachsenspiegel; dabei handelt es sich um einen Parteivertreter vor Gericht, dessen Unterstützung erforderlich war, um im streng formalistischen Prozess sprachliche Formfehler zu vermeiden. Der Fürsprech (in Österreich seit Ende des 8. Jhdts auch „Vorsprech“) sprach seinem Klienten die Eidesformel vor, die dieser dann wiederholte.

⁸⁴ Vergleichbar dem heute in England und Wales noch üblichen *barrister-at-law*.

⁸⁵ Im *common law* vergleichbar dem *solicitor*.

⁸⁶ Das waren besonders anerkannte Gemeindeglieder, die Urteilsvorschläge abgaben (Gebauer, Honorar 16).

Fakultäten⁸⁷ ausgebildete Akademiker, die als Rechtsgutachter auftraten.⁸⁸ Während Prokuratoren ursprünglich – zumindest für die Armen - unentgeltlich tätig waren (was sich im Laufe der Jahrhunderte verlor), stand der Anspruch des Advokaten auf Entgelt bereits seit dem Schwabenspiegel fest.⁸⁹

Die erste österreichische Advocatenordnung vom 27.03.1638⁹⁰ bezweckte ausdrücklich die Bekämpfung von Winkelschreibern und "heimlichen Praktikanten", die „für die im Gerichtsverfahren gegebene Unordnung“ verantwortlich gemacht wurden.⁹¹ Außerdem hatte sich jeder Advokat des "schändlichen pacti de quota litis oder anderer dergleichen Vorgedinge" bei "grosser und scharffer Straff" zu enthalten.⁹² Sie sah hinsichtlich des Honorars also das Verbot der *quota litis*, sonstiger im Voraus getroffener Honorarvereinbarungen ("Vorgeding"), sowie schließlich erstmals das Gebot der Angemessenheit des Honorars vor ("keine hohe und übermäßige Bestallung"). Das Gericht war beauftragt, das Honorar zu prüfen und konnte ein seiner Ansicht nach überhöhtes Honorar mäßigen.⁹³

Neben der Überprüfung der Honorare stand dem Gericht auch die Disziplinargewalt über Advokaten, Prokuratoren und Sollizitatoren zu. Während die Advocatenordnung von 1638 Prokuratoren und Sollizitatoren zwar noch erwähnt, dürfte deren Bedeutung zum einen bereits rückläufig gewesen sein, da sich die Mehrheit der Bestimmungen ausschließlich auf

⁸⁷ Insb Bologna, Paris, Padua, Toulouse, Orléans, Perugia, Prag, Wien, Heidelberg.

⁸⁸ Gebauer, Honorar 16.

⁸⁹ Der Schwabenspiegel (zit nach Gebauer, Honorar 16) sieht in Kap 72 für den Fürsprech vor „daz er armer liute wort umbe sust spreche“, während der Rechtskundige „nicht schuldig ist, rat zu geben umbe sust“.

⁹⁰ Ihr Geltungsbereich beschränkte sich auf das Landmarschallische Gericht zu Wien (Gebauer, Honorar 17).

⁹¹ Kübl, Geschichte der Advokatur 53.

⁹² Kübl, Geschichte der Advokatur 54.

⁹³ Kübl, Geschichte der Advokatur 61.

Advokaten beziehen.⁹⁴ Zum anderen lässt sich daraus eine gewisse Bevorzugung der Advokaten durch den Gesetzgeber ableiten.

Offenbar billigte man dem Prokurator, dessen Amtsausübung im Gegensatz zum Advokaten an keine besonderen Ausbildungserfordernisse geknüpft war, eine wesentlich geringere Vertrauenswürdigkeit zu als dem Advokaten. In der Literatur sind etliche Beschwerden über Prokuratoren verbürgt: *Melchior von Ossa*⁹⁵ hält in einer Denkschrift an *August von Sachsen* fest: „Aber noch eine größere Beschwerde des Landes ist, daß man so viel ungelehrte, unverständige Procuratoren uffen Land und in der Stadt leidet, daß Handwerksleute, die verderben, aber nicht arbeiten wollen, Kirchner und andere Gesindlein, das die Arbeit flieht, sich unterstehen, zu procurieren und der Rechte nicht allein keinen Verstand haben, sondern einesteils auch nicht schreiben und lesen können, hetzen die einfältigen Bürger und Bauersleute ineinander, hindern gültliche Verträge, haben auch einesteils ihre Leute in die Schenck und Bierhäuser umbhergehen, die Leute zu Zank wider ihre Erbherren anreizen und danach zu den elenden Leuten weisen. Dieses sind in Wahrheit die Frösch, von denen Origenes sagt, bei denen nichts ist, denn unnütz Quäcken und Schreien, und bringen doch solche Gesellen viel Gelds von den armen Untertanen. Darumb sollte gut sein, daß man Advocaten und Procuratoribus, die sich solcher Unart unterstünden, in die Würffel griffe und mein gnädiger Herr die unverständigen ungelehrten Procuratores im Lande gänzlich abschaffte. Denn die bringen durch ihren boshaftigen Unverstand Schaden und kein Frommen.

⁹⁴ Kübl, Geschichte der Advokatur 55.

⁹⁵ 1506 – 1557, Professor des römischen Rechts, kaiserlicher Rat und Hofrichter in Leipzig. Zit nach Kübl, Geschichte der Advokatur 45.

Auch *Luther*⁹⁶ beklagte die Missstände um Prokuratoren wie folgt: „*Juristen sollen nicht Rabulae, Zungendrescher noch Procuratoren sein, sondern Rechtsverständige, die daraus Ratschlag stellen und des Rechtens berichten, was Recht ist; nicht procurirn und für Gericht einem seine Sache führen und Worten speien, fürnemlich Doktores; als nur Advokaten seyn, so da richten, was in Rechten begründet ist.*“

So ist es auch zu erklären, dass Prokuratoren – im Gegensatz zu Advokaten – den aus dem römischen Recht bekannten Kalumnien-⁹⁷ und daneben auch noch den sogenannten Malitieneid⁹⁸ schwören mussten.

Die Höhe des Honorars für Advokaten und Prokuratoren war bis 1713 der freien Vereinbarung überlassen. In einem kaiserlichen Visitationsabschied 1713⁹⁹ wurde für Prokuratoren eine Gebührenordnung aufgestellt, während für Advokaten nach wie vor die freie Honorarvereinbarung galt.¹⁰⁰ Dem liegt offenbar zugrunde, dass Prokuratoren, wie schon erwähnt, um das 17. und 18. Jahrhundert in der Öffentlichkeit ein wesentlich geringeres Ansehen genossen als Advokaten. Ab dieser Zeit verliert sich der Begriff des Prokurators, der sich bis dahin vor allem in Tirol noch gehalten hat, immer mehr,¹⁰¹ bis die Funktionen des Prokurators und des Sollizitators mit der zweiten Hälfte des 18. Jhdts völlig verschwinden. Der Begriff des Prokurators wird zum letzten Mal in einer am 14.09.1784 erlassenen Instruktion erwähnt, der letzte Sollizitator wurde 1785 bestellt.¹⁰² Das ist insofern bedeutend, als vor allem die Funktion des Prokurators häufig im Verruf der Prozesstreiberei im eigenen

⁹⁶ *Luther*, Tischreden, Band 62 der Erlanger Ausgabe von *Luthers Werken* 280 (*Kübl*, Geschichte der Advokatur 45).

⁹⁷ 326 n Chr von Kaiser *Konstantin* eingeführt; darunter versteht man den Schwur, jeden Aufschub und jede Unterbrechung des Verfahrens hintan zu halten und dieses der Partei auch nicht anzuraten, sowie die Bestätigung der rechtlichen „Richtigkeit“ des Standpunktes des Mandanten und der Wahrheit seiner Angaben.

⁹⁸ Der Schwur, Mutwillen und Bössartigkeit zu unterlassen.

⁹⁹ „*Abschied der Visitation des kayserl. Kamer-Gerichts vom Jahr 1713*“

¹⁰⁰ *Weißler*, Geschichte der Rechtsanwaltschaft 132; *Kübl* Geschichte der Advokatur 36.

¹⁰¹ *Kübl*, Geschichte der Advokatur 56.

¹⁰² *Kübl*, Geschichte der Advokatur 78.

Interesse stand und der Gesetzgeber es bis dahin erforderlich gehalten hatte, eine rigorose Überwachung der rechtstreuen Gesinnung einschließlich der Honorargebarung der Prokuratoren zu gewährleisten.

Mit der Allgemeinen Gerichtsordnung vom 01.05.1781 (AGO) erfolgte die Freigabe der Advokatur, die bis dahin nach wie vor strengen Zugangsbeschränkungen unterlag. Während das Regelwerk insgesamt als durchaus liberal, fortschrittlich und im besten Sinne des Josefinismus tolerant zu qualifizieren ist und für den Advokatenstand durchwegs Verbesserungen brachte, normierte es auch einige überraschende Einschränkungen:

§ 412 AGO sah anachronistischer Weise ein dem längst als veraltet überkommen gewähntem Kalumnieneid vergleichbares Gebot vor: ein Rechtsfreund durfte nur einen Rechtshandel übernehmen, der gerecht und billig erschien. § 428 *leg cit* normierte einen Ausschluss vom Stand, sofern ein Anwalt offenes Unrecht verteidigte. Die AGO 1781 enthielt nach wie vor ein Verbot der Prävarikation¹⁰³ (§ 421 *leg cit*), untersagte neuerlich das "Vorgedinge"¹⁰⁴ eines Honorars bei sonstigem Ausschluss vom Stand (§ 423 *leg cit*)¹⁰⁵ und räumte dem Gericht ein, das Anwaltshonorar zu mäßigen (§ 425 *leg cit*).¹⁰⁶ Die im Übrigen sehr fortschrittliche AGO griff also vor allem hinsichtlich der Überwachung des Rechtsanwaltes auf längst überholte

¹⁰³ Amtsuntreue oder Parteienverrat. Der Tatbestand des Parteienverrats ist in D strafbar (§ 356 dStGB), in Ö wird er am ehesten durch den disziplinarrechtlichen Tatbestand der Doppelvertretung erfasst.

¹⁰⁴ Auch „Vording“ oder „Fürgedinge“; darunter wird eine Vorbedingung, ein Vorbehalt, eine vorhergehende Vereinbarung, verstanden.

¹⁰⁵ Kein Advokat durfte sich „auf den Fall, als er den Prozeß gewinnt, eine bestimmte Belohnung vorausbedingen“; in diesem Sinne konkretisierte das Hofdekret vom 22.04.1789, Nr 1012 (Josefinische Slg Bd XVIII S 459), dass „ein Advokat der sich bei Übernahme der Vertretung einer Causa begeben ließe, sich eine Geldsumme im Voraus zu bedingen oder die Partei, die sich dessen weigerte, von sich zu weisen, des stalli advocandi ohne weiteres verlustig sein solle“ (Gebauer, Honorar 17). Das war insofern besonders hart, als ein Advokat seine Vertretung in aller Regel ohne begründete Ursache gar nicht verweigern durfte (Hofdekret der obersten Justizstelle an alle Appellationsgerichte vom 15.09.1783, Josephs des Zweyten Römischen Kaisers Gesetze und Verfassungen im Justizfache, Bd 1 S 264).

¹⁰⁶ § 426 AGO 1781 verfügte, dass „so oft der Richter den Sachfälligen in den Ersatz der Unkosten zu verfallen hat, so soll er die angesetzten Gebühren des gegenteiligen Advokaten wider den Sachfälligen im Spruche selbst mäßigen“.

Tatbestände zurück, was zweifellos eine erhebliche Einschränkung für den Anwaltsstand bedeutete. Das Verbot einer Streitanteilsvereinbarung, einer *quota litis*, sah die AGO 1781 allerdings nicht vor.

Einem Hofdekret vom 25.05.1793 an das nö Appellationsgericht ist zum ersten Mal zu entnehmen, dass den Advokaten die vorschussweise Annahme von Geldern, zumindest zur Bestreitung von Barauslagen, gestattet wurde.¹⁰⁷

Das im Wesentlichen auf dem Westgalizischen Gesetzbuch von 1797 aufbauende, von *Franz von Zeiller* geschaffene, am 01.01.1812 in den deutschen Erbländern der Österreichischen Monarchie in Kraft getretene ABGB¹⁰⁸ sah das Verbot jeder im Voraus getroffenen Honorarvereinbarung für eine Prozessübernahme sowie das Verbot des Anschließens der Streitsache vor. Diese Vereinbarungen waren „ungültig“.¹⁰⁹

Am 16.08.1849 wurde eine provisorische Advokatenordnung in Form einer kaiserlichen Verordnung¹¹⁰ verabschiedet, die Advokatenkammern einführte und neben einigen organisatorischen Bestimmungen die Aufrechterhaltung von Ehre und Würde des Standes als Prinzip statuierte.¹¹¹ Dieses Prinzip stellt seitdem eine zentrale Grundlage des Standesrechtes dar, wobei diese Generalklausel im Wege der Rsp unter Berücksichtigung der sich ändernden Rahmenbedingungen laufend konkretisiert und adaptiert wird.

¹⁰⁷ Seiner Majestät des Kaisers Franz Gesetze und Verfassungen im Justiz-Fache, Bd 1 71.

¹⁰⁸ JGS Nr 946/1811, Quelle

<http://alex.onb.ac.at/cgicontent/alex?apm=0&aid=jgs&datum=10120003&seite=00000275> abgefragt am 23.06.2016, 17:42 Uhr.

¹⁰⁹ § 879 ABGB idF 1811; vgl Pkt 3.1.

¹¹⁰ Provisorische Advokatenordnung vom 16.08.1849, RGBl 364.

¹¹¹ Kübl, Geschichte der Advokatur 106.

Auch die Strafprozessordnung vom 27.07.1853 sah das Verbot der Honorarvereinbarung vor Übernahme einer Vertretung vor. Hinzu kam das Verbot, sich einen Vorschuss auf das Honorar bezahlen zu lassen (§ 346 *leg cit*); es wurde überdies untersagt, ein Separathonorar für den Erfolgsfall zu vereinbaren. Dieses Verbot eines Sonderhonorars für den Erfolgsfall in Strafsachen hatte zur Folge, dass sich viele Advokaten von einer Vertretung in Strafsachen abhalten ließen.¹¹²

In der Advocatenordnung vom 06.07.1868 RGBI 96, in Kraft ab 01.01.1869, wurden das Verbot des Vorgedinges und das Verbot der Annahme eines Vorschusses endgültig aufgehoben. Allerdings wurde nunmehr das gänzliche oder teilweise Anschließen einer Streitsache untersagt (§ 16 *leg cit*).¹¹³ Demnach stand es dem Anwalt unter Berücksichtigung dieser Einschränkung nunmehr offen, das Honorar frei zu vereinbaren.¹¹⁴ Ein Verbot der *quota litis* erfolgte nicht, sie war somit seit 1869 (bis 1916) zulässig.

Die Advocatenordnung 1868 verfolgte die Zielsetzung der Unabhängigkeit der Anwaltschaft (vom Staat und namentlich insbesondere von den Gerichten) und – dem liberalen Leitmotiv der Zeit entsprechend – die Gewähr einer möglichst umfassenden Berufsausübungsfreiheit. In diesem Sinne wurden etliche bisherige Einschränkungen behoben, insbesondere das ministerielle Ernennungsrecht (§ 1 Advocatenordnung 1868), die Berichtspflicht an den Richter (§ 9 *leg cit*), die Pflicht, Vertretungen zu übernehmen und das Verbot der Vollmachtsauflösung vor Prozessende (§ 10 f *leg cit*) sowie das Gebot, bei Gericht um Urlaub anzusuchen (§ 14 *leg cit*). Der Anwalt durfte fortan seinen Wohnsitz frei wählen und ändern

¹¹² Gebauer, Honorar 18; Kübl, Geschichte der Advokatur 110.

¹¹³ Die Badische Anwaltsordnung von 1864, die weitgehend als Vorlage für die Advocatenordnung 1868 diente, verbot die Streitanteilsvereinbarung im Gegensatz zu § 16 Advocatenordnung explizit. So lautete § 11 Abs 4 *leg cit*: „Vor Beendigung des Processes ist es dem Anwalte nicht erlaubt, gewisse Procente des Streitgegenstandes oder den Streitgegenstand ganz oder theilweise, oder für die in der Taxordnung vorgesehenen Geschäfte höhere, als die dort festgesetzten Gebühren sich als Belohnung vorauszubedingen.“ (Gebauer, Honorar 24).

¹¹⁴ Mair, Prozessfinanzierung 30; Kübl, Geschichte der Advokatur 115.

(§§ 7 und 21 *leg cit*). Insgesamt sollte der Anwalt Inhaber eines freien unabhängigen Berufs und nicht wie bis dahin weisungsgebundener Beamter sein.¹¹⁵ Die bis dahin gegebenen strengen Zugangsbeschränkungen zur Ausübung der Advokatur waren endgültig gefallen.

3.5 III. Teilnovelle

Das seit 1869 nicht mehr bestehende Verbot der *quota litis* wurde 1916 wieder eingeführt und systeminkonsistenter Weise im ABGB geregelt, wo es im Zuge der III. Teilnovelle 1916 Einzug fand. Die Hintergründe dafür waren folgende:

Im Lichte der Intention des historischen Gesetzgebers lag es auf der Hand, dass der Advokat das Honorar für seine Tätigkeit mit dem Klienten frei vereinbaren durfte (§ 16 AO 1868). Die einzige Einschränkung, die ihm nach wie vor auferlegt wurde, bestand im Verbot des Anschlössens der Streitsache.¹¹⁶ Die, wie erwähnt, seit 1869 gegebene Zulässigkeit der Vereinbarung einer *quota litis* war unter anderem offenbar ein Ergebnis des insgesamt verfolgten Liberalisierungsprozesses. Um dennoch eine gewisse Kontrolle zu gewährleisten, oblag (und obliegt bis heute) dem Ausschuss der Rechtsanwaltskammern die Erstattung von Gutachten über die Angemessenheit des Honorars; bei Streitigkeiten hatten (und haben) sie einen gütlichen Vermittlungsversuch zu unternehmen (§ 27 AO 1868). Für Verstöße gegen das Angemessenheitsgebot, wie überhaupt gegen Ehre und Ansehen des Standes, wurde erstmals ein eigenes, standesinternes Disziplinarverfahren geschaffen.¹¹⁷

¹¹⁵ Kübl, Geschichte der Advokatur 115.

¹¹⁶ § 16 Advocatenordnung 1868 lautet: „Der Rechtsanwalt ist jederzeit berechtigt, sich eine bestimmte Belohnung zu bedingen; er ist jedoch nicht berechtigt, eine ihm anvertraute Streitsache ganz oder teilweise an sich zu lösen.“

¹¹⁷ Detaillierte Darstellung bei Kübl, Geschichte der Advokatur 118 f.

Diese Umwälzungen waren epochal und prägten das Bild der Anwaltschaft und deren Selbstverständnis nachhaltig. Nur 50 Jahre später erfolgte jedoch eine neuerliche Beschneidung der gewonnenen Autonomie im Zuge vorrangig militärstrategisch motivierter Eingriffe. Mit kaiserlicher Verordnung vom 11.02.1915 (RGBl 33) wurde dem Justizminister die Ermächtigung eingeräumt, die freie Wahl des Wohnsitzes von Advokaten (wieder) einzuschränken. Am gleichen Tag wurde eine Justizministerialverordnung (RGBl 34 vom 11.02.1915) erlassen, mit der Advokaten der Zuzug nach Wien untersagt wurde (das Abgeordnetenhaus hat dieser kaiserlichen Verordnung nach seinem Wiederzusammentritt mit Beschluss vom 14.07.1917 die Genehmigung versagt, worauf diese mit Verordnung vom 15.07.1917 RGBl 298, wieder außer Kraft gesetzt wurde). Mit einer weiteren kaiserlichen Verordnung vom 24.12.1915 (RGBl 394) wurde verfügt, dass Advokaten und Advokaturskandidaten, die sich vor Ausbruch oder während des Krieges ins Ausland abgesetzt hatten, bis 31.12.1916 zurück zu kehren und ihre Abwesenheit beim Justizminister zu rechtfertigen hatten. Ein Verstoß wurde mit der Streichung aus der Liste der Rechtsanwälte geahndet. Damit wurden zum einen die betreffenden Anwälte pauschal des Hochverrates verdächtigt, zum anderen wurde die Disziplinargerichtsbarkeit des Standes schlechthin ignoriert. Selbst die Wiedereintragung nach einer aufgrund der zitierten Bestimmung erfolgten Streichung bedurfte der Zustimmung des Justizministers.¹¹⁸ Die Umstände der Zeit führten letztlich dazu, dass sich die ständige Delegation der österreichischen Advokatenkammern am 07.11.1918 auflöste.

Es spricht einiges dafür, dass das Verbot der *quota litis* vor diesem Hintergrund im Rahmen der III. Teilnovelle 1916 versehentlich in das ABGB aufgenommen wurde.

¹¹⁸ Kübl, Geschichte der Advokatur 141.

Wie bereits betont, war die freie Honorarvereinbarung in Österreich ab 1869, dem Inkrafttreten der Advocatenordnung vom 06.07.1868¹¹⁹ zulässig. § 16 AO 1868 sah zwar das Verbot des gänzlichen oder teilweisen Anschlössens einer anvertrauten Streitsache vor; hinsichtlich der mit dieser Bestimmung ausdrücklich eingeräumten Zulässigkeit der Vereinbarung einer bestimmten Belohnung erfolgte aber keine wie immer geartete Einschränkung, sie konnte also für den Fall des Obsiegens durchaus auch ein besonderes (und selbst ein in einem definierten Anteil des erstrittenen Betrages bestehendes)¹²⁰ Erfolgshonorar beinhalten.¹²¹

Damit wurde ein Widerspruch zu § 879 ABGB idF 1811¹²² geschaffen, der das Verbot enthielt, dass „*ein Rechtsfreund sich für die Uebernehmung eines Processes eine bestimmte Belohnung bedingt*“. Dieser Widerspruch wurde dadurch gelöst, dass Art II des Einführungsgesetzes zur Advocatenordnung 1868 allen dieser zum Zeitpunkt ihres Inkrafttretens (01.01.1869) widersprechenden Regeln derogierte,¹²³ § 16 AO 1868 galt in diesem Sinne als *lex specialis* zu § 879 ABGB aF.¹²⁴

Die freie Honorarvereinbarung als solche war somit ab 1869 zulässig; unklar war allerdings, ob das Verbot des Anschlössens der anvertrauten Streitsache auch das Verbot der Streitanteilsvereinbarung umfassen könnte, wie dies der OGH in dieser Zeit des „*interregnums*“ (1869 bis 1916) wiederholt judizierte:¹²⁵ er vertrat die Ansicht, dass das

¹¹⁹ G vom 06.07.1868 RGBl 1868/96.

¹²⁰ aA jene vereinzelt Entscheidungen des OGH, insb OGH 18.04.1912 Ds I 26/11 = JBl 1912, 31; OGH 19.06.1913 Ds I 6/13 = JBl 1913, 34, die davon ausgingen, dass der Tatbestand des Anschlössens der Streitsache jenen der *quota litis* mitumfasst.

¹²¹ Mair, Prozessfinanzierung 15.

¹²² Dem Regelungsort der *quota litis* vor der III. Teilnovelle.

¹²³ Mair, Prozessfinanzierung 15.

¹²⁴ Anonymus, Die *quota litis*, JBl 1916, 85 f; Jahoda, Zur Frage der *quota litis*, ÖJZ 1954, 605 ff; Mair, Prozessfinanzierung 15 f.

¹²⁵ OGH 24.04.1912 Ds V 3/14 = JBl 1914, 20; OGH 18.04.1912 Ds I 26/11 = JBl 1912, 31; OGH 19.06.1913 Ds I 6/13 = JBl 1913, 34 zit nach Anonymus, *Quota litis*, JBl 1916, 85.

Ausbedingen eines im Verhältnis zum Streitgegenstand stehenden Honorars als ein „Ansichlösen“ zu qualifizieren, daher sittenwidrig und folglich nichtig sei.

1915 kam es zu einer endgültigen Judikaturwende, der OGH sprach aus:¹²⁶ *„Da sich der Advokat nach § 16 Advocatenordnung jederzeit eine bestimmte, dh im Sinne des bürgerlichen Rechtes bestimmbare Entlohnung ausbedingen darf, verstößt er durch die Vereinbarung eines nur im Verhältnis zum ersiegten Betrag bedungenen Entgelts an sich weder gegen die Berufspflichten, noch gegen das Ansehen und die Ehre des Standes. Ergibt die prozentuelle Berechnung eine übermäßig hohe Entlohnung, so ist es eben das Übermaß, welches den Advokaten wegen Beeinträchtigung der Ehre und des Ansehens des Standes disziplinar straffällig macht.“* Der OGH wies in der zitierten Entscheidung explizit auf die Regierungsvorlage zur neuen Advocatenordnung, insb deren § 18 nF und § 16 aF, und die Materialien dazu hin:¹²⁷ *„Die Vereinbarung über die dem Advokaten gebührende Entlohnung kann auch darin bestehen, dass ihm ein verhältnismäßiger Teil des von der Partei erstrittenen Betrages (quota litis) versprochen wird. Hiedurch hat der Advokat ein persönliches Interesse daran, dass die Partei einen möglichst hohen Betrag ersiege. Theoretisch betrachtet ist damit die Gefahr vergrößert, dass der Anspruch maßlos gesteigert werde. Einen genügenden Grund, die Vereinbarung für unzulässig zu erklären, bietet dies aber doch nicht, da mit Beruhigung dem Ermessen der Disziplinarbehörde überlassen werden kann, zu überwachen, dass die Grenzen, die hier der Erwerbsabsicht gesteckt sein müssen, nicht überschritten werden.“*

¹²⁶ OGH 02.12.1915 Ds I 13/15.

¹²⁷ Beilagen zu den Protokollen des Abgeordnetenhauses, XXI Session, VI, Nr 1046, 11, 57.

Der Disziplinarrat der Wiener Rechtsanwaltskammer beschäftigte sich zuvor in einem nicht veröffentlichten Beschluss vom 02.10.1914¹²⁸ mit dem Verhältnis zwischen *quota litis* und dem Anschließens der Streitsache, indem er auf Basis einer beeindruckenden Argumentationskette unter Heranziehung einer Wortlaut- und systematischen Interpretation des Begriffes des „Anschließens“ zu dem Ergebnis kam, dass der maßgebliche Unterschied zwischen den Begriffen des „Anschließens“ und der Streitanteilsvereinbarung – zusammen gefasst - darin liege, dass ersteres den Bestand eines Eigentumsanspruches voraus setze, letzteres aber nur auf einen obligatorischen Anspruch abstelle.¹²⁹

Die Kommission für Justizgegenstände des Herrenhauses hielt die Vereinbarung einer *quota litis* 1912 für zulässig und empfahl in der Neuregelung des ABGB lediglich ein Verbot des Anschließens der Streitsache vorzusehen.¹³⁰ Daher enthielt auch die Regierungsvorlage zwar eine Nichtigkeitssanktion, „wenn ein Rechtsfreund eine ihm anvertraute Streitsache an sich löst“, aber keine Erwähnung der *quota litis*.¹³¹ Die erläuternden Bemerkungen begründeten den Entfall des *quota litis* Verbotes ausdrücklich damit, dass die ursprüngliche Regelung in Form von § 879 Z 3 1. S ABGB idF 1811, welche verbot, dass „ein Rechtsfreund sich für die Übernahme eines Prozesses eine bestimmte Belohnung bedingt“, bereits durch § 16 AO 1868 aufgehoben worden war.¹³²

Es kam jedoch nie zur Umsetzung der Regierungsvorlage – korrekt vielmehr der Vorlagen: Tatsächlich wurde die Regierungsvorlage nämlich mehrfach völlig unverändert eingebracht,

¹²⁸ Beschluss des Disziplinarrates der Advokatenkammer Wien vom 02.10.1914 (nicht veröffentlicht), ohne Angabe der GZ zit nach *Anonymus, Quota litis*, JBl 2016, 86.

¹²⁹ *Anonymus, Quota litis* 87 ff.

¹³⁰ Bericht der Kommission für Justizgegenstände über die Gesetzesvorlage betreffend die Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches 78 BlgHerrenhaus XXI. Sess 141.

¹³¹ *Mair*, Prozessfinanzierung 17.

¹³² ErlRV 29 BlgHerrenhaus XVIII. Sess 127 f; ErlRV 3 BlgHerrenhaus XIX. Sess 127 f; ErlRV 2 BlgHerrenhaus XX. Sess 127 f; ErlRV 2 BlgHerrenhaus XXI. Sess 127 f (*Mair*, Prozessfinanzierung 17).

konnte jedoch wegen Ablauf der Sitzungszeit nicht behandelt, geschweige denn erledigt werden. Nach der schließlich am 19.12.1912 durch die Vollversammlung des Herrenhauses erfolgten Beschlussfassung über die Regierungsvorlage wurde dieser Beschluss dem Abgeordnetenhaus zur Beratung und Beschlussfassung weiter geleitet. Zu dieser Beschlussfassung kam es jedoch – mutmaßlich in Folge der eingetretenen Kriegswirren – nie.

Vielmehr wurde die Regierungsvorlage in abgeänderter Form in drei Teilnovellen (1914, 1915 und 1916) mittels kaiserlicher Notverordnung in Kraft gesetzt.¹³³ Die ursprüngliche Absicht eines Verzichtes auf das Verbot der Streitanteilsvereinbarung wurde ohne valide Gründe offenbar ignoriert. Die Materialien¹³⁴ begründen das neuerlich aufgenommene Verbot nämlich völlig unzureichender (und unzutreffender) Weise lediglich damit, dass *„durch die bloße Klarstellung, dass nicht nur die gänzliche, sondern auch die teilweise Einlösung der Streitsache durch den Advokaten ungültig ist, noch nicht das Versprechen einer quota litis vom Verbot erfasst war...“* da aber *„gerade solche Versprechen ... nach dem Willen des Gesetzgebers zur Hintanhaltung von Verträgen, die den Klienten unbillig benachteiligen, verhindert werden..“*, sollten, wurde *„... der Zusatz beigefügt, dass der Rechtsfreund sich auch keinen bestimmten Teil des der Partei zuerkannten Betrages versprechen lassen darf.“*

Diese apodiktische Argumentation ist angesichts des geschilderten historischen Meinungsstandes nicht nachvollziehbar und ignoriert die Entwicklung, die zur Beseitigung des Verbotes der *quota litis* mit der Advocatenordnung 1868 geführt hatte, völlig. In Verbindung mit den Begleitumständen des Zustandekommens der III. Teilnovelle ist angesichts des Widerspruches zwischen dem Meinungsstand und der historischen

¹³³ Dölemeyer, Revision des ABGB, in Coing (Hrsg) *Ius Commune* VI, 280.

¹³⁴ Kaiserliche Verordnungen über die dritte Teilnovelle zum allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch vom 19.03.1916, RGBl Nr 69, 29; diese Ansicht wurde vom Gesetzgeber offensichtlich fälschlich auf die von ihm referierten Beratungen des Justizausschusses des Abgeordnetenhauses bei der Beratung des Entwurfs der neuen Advocatenordnung gestützt.

Entwicklung einerseits sowie der Regierungsvorlage andererseits davon auszugehen, dass die neuerliche Aufnahme des Verbotes tatsächlich versehentlich erfolgte. Die Regelung ist unreflektiert unter Missachtung der erläuternden Bemerkungen zur RV und der expliziten Regelungsabsicht der Kommission für Justizgegenstände des Herrenhauses zustande gekommen. Gemäß dieser Absicht sollte der bereits durch § 16 AO 1868 derogierte § 879 Z 3 ABGB aF nicht mehr in die Novelle aufgenommen, sondern das Verbot vielmehr auf das Ansichlösen der Streitsache beschränkt werden.¹³⁵ Dieser Ansicht folgte die Regierungsvorlage betreffend die „Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des ABGB“¹³⁶ einhellig. Die Begründung des Verbots in den Materialien lässt darauf schließen, dass den Verfassern der Regelung letztlich unklar war, ob die *quota litis* von der Regelung mitumfasst sein soll. Aus Gründen der Rechtssicherheit entschied man sich dafür und begründete das lapidar mit dem Zirkelschluss, dass Verträge, die den Klienten unbillig benachteiligen, *nach dem Willen des Gesetzgebers* verhindert werden müssten.¹³⁷

Das Verbot der *quota litis* wurde demnach 1916 versehentlich mit der III. Teilnovelle in das ABGB aufgenommen, zumal die Regelung nach dezidierter Ansicht der Kommission für Justizgegenstände des Herrenhauses durch die Spezialregelung in § 16 AO 1868 bereits obsolet war. Die Begründung für die neuerliche Aufnahme setzte sich mit den Beweggründen, die für ihren Entfall sprechen, nicht im Geringsten auseinander.

3.6 Zivilrechtliche Aspekte

Die Vereinbarung einer *quota litis* wird durch § 879 Abs 2 Z 2 ABGB gesetzlich verboten. Das hat ihre Nichtigkeit zur Folge. Nicht eindeutig ist, ob die verpönte Vereinbarung einer

¹³⁵ Mair, Prozessfinanzierung 17.

¹³⁶ 78 BlgHerrenhaus XXI. Sess 141.

¹³⁷ Kaiserliche Verordnungen über die dritte Teilnovelle zum allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch vom 19.03.1916, RGBl Nr 69, 39.

quota litis amtswegig wahrzunehmen ist, oder ob eine Berufung darauf erforderlich ist. Ist letzteres der Fall, stellt sich die Frage, ob sich beide Parteien – allenfalls sogar Dritte - auf die Nichtigkeit berufen können. Für eine amtswegige Wahrnehmungspflicht – auch als absolute Nichtigkeit bezeichnet - spräche der Schutzzweck der Norm, sofern dieser vor allem im Allgemeininteresse läge. Eine relative, also (nur) vom Mandanten geltend zu machende, Nichtigkeit wäre dem gegenüber anzunehmen, wenn der Schutz des Mandanten im Vordergrund stünde. Wäre dies der Fall, so könnte sich nur der in seiner Schutzwürdigkeit verletzte Mandant auf die Nichtigkeit berufen.¹³⁸ In diesem Zusammenhang sei erwähnt, dass das Ansichlösen der Streitsache nach einem Judikat aus 1966¹³⁹ eine absolute Nichtigkeit, also die Verpflichtung des erkennenden Gerichts zur Wahrnehmung von Amts wegen, begründet.

Bedeutsam ist schließlich vor allem, ob der Schutzzweck des § 879 Abs 2 Z 2 ABGB die Gesamtnichtigkeit des Anwaltsvertrages erfordert oder ob diesem Schutzzweck auch mit einer Teilnichtigkeit des Anwaltsvertrages nur hinsichtlich der beinhalteten Honorarvereinbarung, und, wenn dies der Fall ist, in welchem Ausmaß, Genüge getan wird. In diesem Fall stellt sich die Frage, woran sich die Ersatzregelung zu orientieren hat: ist der Parteiwille nach wie vor relevant, ist dispositives Recht anzuwenden oder eine ergänzende Vertragsauslegung vorzunehmen?

¹³⁸ Koziol/Welser – Kletecka Bd¹⁴ Rz 565 mwN.

¹³⁹ OGH 05.10.1966 6 Ob 311/66.

4. Grundsätzliches zur Ungültigkeit und Nichtigkeit von Verträgen

4.1 Der Begriff der Nichtigkeit

4.1.1 Der Grundsatz der Privatautonomie

Das österreichische Privatrecht unterliegt dem Grundsatz der Privatautonomie, also der Anerkennung des Selbstbestimmungsrechts der Vertragsparteien. Es ist daher grundsätzlich nicht möglich, einen Menschen ohne dementsprechenden Geschäftswillen rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen zu unterwerfen. Da aber andererseits die Aufgabe des Rechtsgeschäfts unter anderem eine verbindliche Regelung im Sinne einer Ordnung des zwischenmenschlichen Rechtsgeschäftsverkehrs ist, dürfen eine Verbindlichkeit oder Verpflichtung und die im Einzelfall darauf basierenden Dispositionen und Erwartungen des Erklärungsempfängers – also die Verkehrssicherheit - nicht dadurch konterkariert werden, dass ein völlig unerkennbarer gegenteiliger Wille aufgedeckt wird und berücksichtigt werden soll.¹⁴⁰

Das österreichische Recht folgt tendenziell der sogenannten Vertrauens Theorie, während demgegenüber das dt Recht eher der Willenstheorie anhängt.¹⁴¹ Diese Unterscheidung – auf die im vorliegenden Rahmen nicht näher eingegangen wird - ist vor allem beim Vergleich zwischen österr und dt Rechtslage zu berücksichtigen.

¹⁴⁰ F. Bydlinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes 2.

¹⁴¹ F. Bydlinski, Privatautonomie 8.

F. Bydlinski lehnt die von der Rsp¹⁴² eine Zeit lang gepflegte Rechtsfigur des "*beiderseits unbewussten Vertragsabschlusses*" mit der Begründung ab,¹⁴³ dass die Annahme eines Vertrages, von dessen Zustandekommen keine der betroffenen Parteien etwas ahnt, einerseits an den mangelnden Grundvoraussetzungen der Rechtsgeschäfts- und Vertragslehre und dem Selbstgestaltungsrecht der Parteien scheitert, andererseits aber ebenso an der von der Rsp selbst ins Treffen geführten Vertrauenstheorie, da diese nicht nur erfordert, dass der Erklärungsempfänger aus dem Verhalten des Erklärenden auf einen bestimmten Erklärungswillen vertrauen durfte, sondern ebenso, dass er das auch tatsächlich tat!¹⁴⁴

F. Bydlinski kritisiert mit diesen Argumenten zu Recht die missbräuchliche, in diesem Sinne inflationäre, Berufung auf die Vertrauenstheorie unter Heranziehung des § 863 ABGB, indem eine tatsächlich niemals existierende Konkludenz als Kunstgriff unterstellt wird (so beispielsweise bei den Themenkreisen konkludenter Ehegattenunterhaltsverzicht, Stiefkindaufnahme in den Haushalt, Dienstbarkeitsbegründung, Arbeitsverträge, Remunerations- und Lohnerhöhungszusagen, Mietverträge, konkludente Bestätigung eines ungültigen, allseits für gültig gehaltenen Vertrages, Gesellschaftsverträge, Anerkenntnis, sowie konkludente Zustimmung zum Betrug).¹⁴⁵

Die Heilung eines nichtigen Geschäftes, so *F. Bydlinski*, ist auch durch die Kunstfigur des „beidseitig unbewussten Vertragsabschlusses“ nicht zulässig, weil die Erbringung der Gegenleistung *per se* keineswegs eine Anerkennung des ursprünglich nichtigen Vertrages

¹⁴² Insb OGH 22.02.1956 1 Ob 38/56 = JBl 1956, 471; in D insb der sog „Hamburger Parkplatzfall“: BGH 14.07.1956 V ZR 223/54, idF auch BGH 29.01.1957 VIII ZR 71/56 (Elektrizitätslieferungen), BGH 29.01.1957 VIII ZR 36/56.

¹⁴³ *F. Bydlinski*, Privatautonomie 39 ff mwN; zum Themenkreis der *protestatio facto contraria* s insb *Wenusch*, Protestatio facto contraria non valet? Überlegungen zum Vertragsabschluss bei Inanspruchnahme von öffentlich angebotenen Leistungen am Beispiel des Parkplatzfalles, in ZVR 2005/32 112 ff.

¹⁴⁴ *F. Bydlinski*, Privatautonomie 10 f.

¹⁴⁵ *F. Bydlinski*, Privatautonomie 12 ff.

darstellt. Diese Annahme widerspricht nämlich letztlich der Kondiktionsmöglichkeit gem § 1435 ABGB.¹⁴⁶

Privatautonomie und immanente Vertragsgerechtigkeit sind nach *F. Bydlinski* keine Gegensätze, sondern stehen vielmehr im Verhältnis einer immanenten Zuordnung.¹⁴⁷ Die sogenannte Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen, insb der beidseitig unbewusste Vertragsabschluss, wird von *F. Bydlinski* vor allem dann vehement abgelehnt, wenn sich beide Parteien eindeutig gegen den unterstellten Vertragsabschluss aussprechen (*F. Bydlinski* macht dies an einem vom OGH judizierten Beispiel¹⁴⁸ eines gegen den erklärten Willen der Parteien unterstellten konkludenten OHG-Vertrages zwischen Erben, die ein Unternehmen weiter führen, transparent). Er fordert eine klare Differenzierung zwischen dem Innen- und dem Außenverhältnis und¹⁴⁹ im Sinne des Schutzzwecks der beteiligten Verkehrskreise eine analoge Anwendung der unternehmensrechtlichen Bestimmungen im Außenverhältnis. Im Innenverhältnis aber liegt nach Ansicht *Bydlinskis in casu* eine Erbengemeinschaft oder eine GesbR vor.¹⁵⁰ *"Dem wahren Tatbestand um des billigen Ergebnisses Willen einen anderen unterzuschieben, ist für den Richter, der sein Amt ernst nimmt, eine Qual und bedeutet, da es als Kunstgriff durchschaut wird, eine Minderung der Autorität des Richterspruches"*.¹⁵¹

¹⁴⁶ *F. Bydlinski*, Privatautonomie, 29 f.

¹⁴⁷ *Larenz*, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung³ 160; *F. Bydlinski*, Privatautonomie 108; aA *Wieacker* (Gemeinschaftlicher Irrtum der Vertragspartner und *clausula rebus sic stantibus*, in FS *Wilburg* (1965) 252, Anm 111), der zur Frage, ob und inwieweit der Parteiwille und das Rechtsgebot konfliktieren, bemerkt, dass eine Harmonisierung des vernünftigen Parteiwillens mit dem unterstellten "Willen" der Rechtsgemeinschaft die Probleme im Konfliktfall gerade nicht zu lösen vermag.

¹⁴⁸ EvBl 1956/86 = HS 1070.

¹⁴⁹ insofern *Wahle* in *Klang*, V² 502 folgend.

¹⁵⁰ *F. Bydlinski*, Privatautonomie 30 ff.

¹⁵¹ *Raiser*, das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Neudruck 1962, 269 (*F. Bydlinski*, Privatautonomie 36, FN 61).

Die logische Kehrseite der Selbstbestimmung ist die Selbstverantwortung.¹⁵² *Mayer-Maly* bezeichnet das Rechtsgeschäft, also die autonome Regelung der unmittelbar Beteiligten, die dieser Selbstverantwortung alleine gerecht werden kann, als den entscheidenden Elastizitätsfaktor zur Gestaltung des Rechtslebens.¹⁵³

4.1.2 Nichtigkeit als Eingriff in die Privatautonomie

Es leuchtet ein, dass ein der Gesellschaft schädlicher, ihren Werten widersprechender Einsatz der Vertragsfreiheit inakzeptabel ist und die Rechtsordnung daher einen Missbrauch der Privatautonomie nicht anerkennt. Der Maßstab für diese Wertung ergibt sich aus der „Anschauung der konkreten Lebensverhältnisse“.¹⁵⁴

Eine Wertung des Gesetzgebers in diesem Sinne findet sich in den im materiellen Recht verstreuten Nichtigkeitsbestimmungen.¹⁵⁵ So setzt unter anderem § 879 ABGB dem Grundsatz der Privatautonomie Grenzen bei der Vertragsgestaltung.

Unter Nichtigkeit ist die Ungültigkeit eines Rechtsgeschäftes zu verstehen.¹⁵⁶ Welchem Schicksal unterliegt also das von der Nichtigkeitssanktion betroffene Rechtsgeschäft? Kommt es erst gar nicht zu Stande oder muss es beseitigt werden? Im Gegensatz zu einem nicht vorhandenen Rechtsgeschäft ist ein ungültiges Rechtsgeschäft existent, löst aber die beabsichtigten Rechtsfolgen nicht aus.¹⁵⁷

¹⁵² *F. Bydlinski*, Privatautonomie 53 ff; *Flume*, das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten, in AcP 161, 52 ff.

¹⁵³ *Mayer-Maly*, Probleme der Kodifikation des Arbeitsrechts in Österreich, JZ 1961, 555 (*F. Bydlinski*, Privatautonomie 134).

¹⁵⁴ *F. Bydlinski*, Privatautonomie 105.

¹⁵⁵ Im Detail vgl insb Kap 5.14.

¹⁵⁶ *Gschnitzer* in *Klang* IV/1² 168 f.

¹⁵⁷ *Larenz/Wolf* Allgemeiner Teil des (deutschen) bürgerlichen Rechts⁹ § 22 RN 14 ff.

Nichtigkeit kann die Folge eines Fehlers im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, eines Wurzel mangels,¹⁵⁸ sein. Abwicklungsmängel lösen dem gegenüber keine Nichtigkeit aus, sie fallen in den Bereich der Leistungsstörungen und sind im ABGB gesondert geregelt. Die folgenden Ausführungen befassen sich nur mit dem Wurzel mangel der Unerlaubtheit iSd § 879 Abs 1 ABGB.

Auf der Grundlage des Normzwecks der betreffenden Verbotsnorm ist zu berücksichtigen, ob der Inhalt oder der Abschluss eines bestimmten Rechtsgeschäftes verpönt sind. Abhängig vom Schutzzweck der übertretenen Norm wird demnach zwischen Inhalts- und Abschlussverboten differenziert. Abschlussverbote sind häufig im Verwaltungsrecht anzutreffen. Sie zielen auf die Vermeidung des Abschlusses eines bestimmten Vertrages ab, indem sie diesen Abschluss sanktionieren. Der Verstoß gegen ein Abschlussverbot zieht die Verhängung einer Rechtsfolge, die in aller Regel in einer Bestrafung der Beteiligten liegt, nach sich, der abgeschlossene Vertrag bleibt allerdings unberührt.¹⁵⁹ In diesem Bereich stellt sich das Problem der Reichweite der Nichtigkeit also nicht.¹⁶⁰

Zielt die Norm jedoch darauf ab, ein Rechtsgeschäft aufgrund seines gesetzwidrigen Inhaltes zu unterbinden, so ist der Vertrag – oder eben nur der betroffene Vertragsteil - nichtig. Der in dieser Arbeit beleuchtete Problemkreis ist somit praktisch auf Inhaltsverbote beschränkt.

Das mit der III. Teilnovelle 1916 wesentlich erweiterte Nichtigkeitsrecht des ABGB lehnt sich an den Nichtigkeitsbegriff des wenige Jahre zuvor¹⁶¹ in Kraft getretenen dBGB an,¹⁶² dessen § 139 die Totalnichtigkeit als Regelfall, die Restgültigkeit als Ausnahme normiert.¹⁶³

¹⁵⁸ P. Bydlinski, Bürgerliches Recht I⁶ 158.

¹⁵⁹ Illredits, Teilnichtigkeit 21; Krejci in Rummel/Lukas, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 31; Koziol – Welser/Kletecka I¹⁴ Rz 551 mwN.

¹⁶⁰ Koziol – Welser/Kletecka I¹⁴ Rz 551.

¹⁶¹ 01.01.1900.

Während § 134 dBGB von einem undifferenzierten Nichtigkeitsbegriff ausgeht,¹⁶⁴ besteht in Österreich keine einheitliche Terminologie und Wirkung, es liegt daher ein differenzierter, also ein in verschiedenen Varianten auftretender, Nichtigkeitsbegriff vor.¹⁶⁵

Österreich ist der Nichtigkeitsterminologie des BGB nahe,¹⁶⁶ sieht aber dennoch „im anwendbar gebliebenen Teil eines Vertrages eine zu bewahrende Wertentscheidung“.¹⁶⁷

Dennoch gilt der Grundsatz *utile per inutile non vitiatur*¹⁶⁸ grundsätzlich auch in Österreich nicht.¹⁶⁹

4.2 Die wichtigsten Nichtigkeitsgründe

Eine eingehende Auseinandersetzung mit dem Begriff der Teilnichtigkeit setzt eine zumindest zusammenfassende Umschreibung des relevanten Anwendungsbereiches, also einen Überblick über die Nichtigkeitsgründe, voraus.

Mayer-Maly folgend¹⁷⁰ lassen sich die nichtigkeitsbegründenden Tatbestände im Wesentlichen in die Unmöglichkeit, die Widerrechtlichkeit und den Verstoß gegen die guten Sitten aufteilen. Dieser Einteilung folgt auch Art 20 Abs 1 des Schweizer

¹⁶² *Mayer-Maly*, Teilnichtigkeit 281.

¹⁶³ *Mayer-Maly*, Teilnichtigkeit 265 ff; *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB¹⁰ 208 f.

¹⁶⁴ *Larenz*, Allgemeiner Teil des (deutschen) bürgerlichen Rechts⁷, § 23 I 454 mwN; aA nur *Sack*, dRdA 1975, 171, 175.

¹⁶⁵ *Krejci* in *Rummel*, I² § 879 Rz 247 – 251; *Krejci* in *Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 508 - 515.

¹⁶⁶ Die Ausprägung der verbreiteten Ansicht, das ABGB entscheide das Teilnichtigkeitsproblem im Sinne der Restgültigkeit, geht im Grunde auf *Unger* zurück (*Unger* System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II⁵ (1892) 153 f, zit nach *Mayer-Maly*, Teilnichtigkeit 271).

¹⁶⁷ *Mayer-Maly* (Teilnichtigkeit 283) sieht in § 139 dBGB eine extreme legislativpolitische Entscheidung, die kaum Nachahmer fand.

¹⁶⁸ Zur Bedeutung vgl FN 5.

¹⁶⁹ *Mayer-Maly*, Teilnichtigkeit 274.

¹⁷⁰ *Mayer-Maly*, Teilnichtigkeit 268.

Obligationenrechts.¹⁷¹ Das ABGB setzt sich in § 878 mit dem Nichtigkeitsgrund der Unmöglichkeit auseinander. Die Widerrechtlichkeit (Unerlaubtheit) und die Sittenwidrigkeit werden in § 879 ABGB geregelt. Neben diesen Generaltatbeständen kennt das österreichische Recht etliche weitere Nichtigkeitsgründe, wie insb Dissens, fehlender Mindestinhalt, Unbestimmtheit und fehlende Ernstlichkeit (§ 869 ABGB), Unverständlichkeit (§§ 869 ABGB und 6 KSchG), Unklarheit (§ 6 KSchG), Geschäftsunfähigkeit (insb §§ 170 und 865 ABGB), Vertretungsmängel (§ 1016 ABGB), Scheingeschäft (§ 916 ABGB), Formmängel (insb §§ 883 und 886 ABGB), Rechtsbedingungen, Geschäftsirrtum (§ 871 f ABGB), Motivirrtum (§ 901 ABGB), List und Drohung (§ 870 ABGB), *laesio enormis* (§ 934 ABGB)¹⁷² und etliche weitere Sonderbestimmungen in Spezialgesetzen.¹⁷³

Der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot begründet nicht *per se* den Wegfall im Sinne einer Vernichtung der betroffenen, rechtswidrigen Bestimmung. Das Zivilrecht sieht hier – ähnlich wie das öffentliche Recht – eine Art Fehlerkalkül¹⁷⁴ vor. Das ergibt sich aus der in § 923 ABGB erfolgenden Grenzziehung zwischen Leistungsstörung und Wurzelmängeln. Demnach begründet der Verkauf einer nicht vorhandenen Sache – ein ursprünglich unmögliches, aber nicht „geradezu unmögliches“ Unterfangen – nach hL¹⁷⁵ keine Nichtigkeit, sondern einen Gewährleistungsanspruch.

¹⁷¹ „(1) Ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig. (2) Betrifft aber der Mangel bloß einzelne Teile des Vertrages, so sind nur diese nichtig, sobald nicht anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre.“

¹⁷² P. Bydlinski Bürgerliches Recht I⁶ Rz 8/44.

¹⁷³ Beispielsweise herausgegriffen § 1 Abs 3 KartG, § 29 AuslBG; Übersicht bei Krejci in Rummel I² § 879 Rz 26; Soweit das G die Nichtigkeit ausdrücklich anordnet, ist eine Berufung auf § 879 ABGB nicht erforderlich: Krejci in Rummel/Lukas, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 22.

¹⁷⁴ Der Begriff wurde durch die reine Rechtslehre geprägt und ist in den Art 130, 133, 139, 140 und 144 B-VG verankert. Er ordnet die Geltung rechtswidriger hoheitlicher Akte an, so lange sie nicht überprüft und ihre Aufhebung angeordnet werden.

¹⁷⁵ Stv Gschnitzer in Klang IV/1² 505 f; Binder/Ofner in Schwimann/Kodek IV⁴ § 923 Rz 11; Welser/Zöchling-Jud Bürgerliches Recht¹⁴ Rz 1705; aA P. Bydlinski, KBB⁴ § 923 Rz 4, der aufgrund der Wortwahl des § 923 letzter Satz („dafür zu haften“) wegen Unerfüllbarkeit von einer ursprünglichen vollständigen (schlichten) Unmöglichkeit und folglich sehr wohl von einer Nichtigkeit ausgeht.

4.3 Begriff der Sittenwidrigkeit

4.3.1 Definition

§ 879 Abs 1 ABGB sanktioniert Verträge, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, mit Nichtigkeit. Die Rechtsfolgen sind in beiden Fällen ident. *P. Bydlinski*¹⁷⁶ hält die Unterscheidung zwischen Gesetz- und Sittenwidrigkeit aufgrund der identen Rechtsfolgen für kaum bedeutend. Diese Ansicht ist mE insofern zu relativieren, als das Ausmaß der Nichtigkeit, also die Frage, ob Teil- oder Totalnichtigkeit eintritt, vom Schutzzweck der Norm abhängt. Der Schutzzweck kann im Fall der Sittenwidrigkeit nicht dem G entnommen werden, sondern ist aus der zur betreffenden Norm ergangenen einschlägigen Judikatur, respektive, falls keine solche existiert, aus dem einzelnen Richterspruch abzuleiten.

Es ist im Sinne einer systematischen Betrachtung aufschlussreich, ob ein Verbot explizit gesetzlich erfolgt oder im Wege der Rechtsfortbildung im Rahmen des Sittenwidrigkeitstatbestandes entsteht. § 879 ABGB enthält eine demonstrative Enumeration mit Generalklausel. Aus dieser Systematik lässt sich ableiten, dass die Sittenwidrigkeit der weitere (Generalklausel) und das Gesetzesverbot der engere Begriff, die demonstrative Aufzählung, ist. Dem Gesetzgeber kann unterstellt werden, dass mit einer ausdrücklichen gesetzlichen Verbotsnorm eine gewisse Wertung hinsichtlich der Aktualität, der praktischen Relevanz und der moralischen Rechtfertigung des Verbotes im Zeitpunkt seiner Normierung einhergeht. Umgekehrt lässt sich aus dem Verbleib einer Norm im Status eines Gesetzesverbotes aber nicht zwingend ableiten, dass diese praktische Relevanz nach wie vor gegeben ist. So ist insb § 879 Abs 2 Z 1, der die entgeltliche Ehevermittlung verpönt,

¹⁷⁶ *P. Bydlinski*, Bürgerliches Recht I Allgemeiner Teil⁶ 180.

mittlerweile anachronistisch und wird daher sehr eng ausgelegt. Mittlerweile ist die entgeltliche Partnervermittlung nicht nur zulässig,¹⁷⁷ sondern insbesondere im elektronischen Bereich ein nicht mehr weg zu denkender Teil des Dienstleistungsangebotes. Ebenso anachronistisch wie das Verbot der entgeltlichen Partnervermittlung erscheint das im Gegenteil zu diesem nach wie vor bestehende Verbot der Streitanteilsvereinbarung gem Z 2.

In diesem Sinne ist der Tatbestand der Sittenwidrigkeit verglichen zum Gesetzesverbot in aller Regel von höherer Aktualität geprägt, da in seinem Rahmen ein Eingehen auf den aktuellen Wertewandel der Gesellschaft einfacher möglich ist, als im Rahmen des in dieser Hinsicht relativ starren Gesetzesverbotes.

Schon der Begriff der Begriff der Sittenwidrigkeit ist schwierig zu definieren. Die einst gebräuchliche Umschreibung als „Widerspruch gegen das Rechtsgefühl aller billig und gerecht denkenden“¹⁷⁸ ist insofern wenig hilfreich, da sie mit den unbestimmten Begriffen der „Billigkeit“ und der „Gerechtigkeit“ mehr Fragen aufwirft, als zu beantworten. Immerhin lässt sich daraus aber folgern, dass der Begriff der Sittenwidrigkeit in den Kongruenzbereich von Recht und anerkannten Moralgrundsätzen fällt.¹⁷⁹

Nach *Gschnitzer*¹⁸⁰ liegt Sittenwidrigkeit und somit ein Verstoß gegen die guten Sitten dann vor, wenn etwas zwar nicht gesetz- aber grob rechtswidrig, also offenbar geradezu widerrechtlich ist, ohne gegen ein gesetzliches Verbot zu verstoßen. Dieser Formulierung folgt der OGH weitgehend.¹⁸¹

¹⁷⁷ Freies Gewerbe gem § 5 Abs 2 GewO; OGH 18.11.1981 6 Ob 805/81 = SZ 54/173 = EvBl 1982/95 328.

¹⁷⁸ RIS-Justiz RS0022920.

¹⁷⁹ P. Bydlinski, BR I Allgemeiner Teil⁶ 178.

¹⁸⁰ *Gschnitzer* in *Klang* IV I² 181.

¹⁸¹ OGH 21.12.1955 2 Ob 667/55 = JBI 1956, 121; OGH 22.12.1965 6 Ob 133/65 = JBI 1966, 634; OGH 21.06.1966 8 Ob 150/66 = SZ 39/113; OGH 25.04.1979 3 Ob 556/78 = SZ 52/67; OGH 27.04.1983 1 Ob 501/83 = SZ 56/72; OGH 22.02.1984 1 Ob 510/84 = JBI 1985, 103.

Etwas konkreter ist die von *Apathy/Riedler*¹⁸² unter Rückgriff auf *Mayer-Maly*¹⁸³ extrapolierte Definition: Demnach liegt Sittenwidrigkeit vor, wenn ein Geschäft, ohne gegen ein positives inländisches Gesetz zu verstoßen, offenbar rechtswidrig ist, also ungeschriebenes Recht, insbesondere allgemeine und oberste Rechtsgrundsätze, verletzt.

*Krejci*¹⁸⁴ hält das Gesamtbild, das sich aus dem Inhalt, dem Zweck, dem Beweggrund und den Begleitumständen eines Geschäftes ergibt, für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit dieses Rechtsgeschäftes entscheidend.

*Graf*¹⁸⁵ schreibt der „Gute-Sitten-Klausel“ eine Lückenfüllungsfunktion zu: der Gesetzgeber delegiert damit die Aufgabe des Verbotes einzelner Verträge, die mit den vom Gesetzgeber für wesentlich erachteten Wertungen unvereinbar sind, an den Richter, der sich bei seiner Entscheidung an den Wertentscheidungen und Grundprinzipien der Rechtsordnung zu orientieren hat.

Wie bereits erwähnt, hat das Kriterium der Sittenwidrigkeit die Funktion eines Generaltatbestandes, der der Entwicklung der gesellschaftlichen Wertvorstellungen¹⁸⁶ gerecht werden und einen sich laufend ändernden kasuistischen gesetzlichen Verbotskatalog vermeiden kann.¹⁸⁷

¹⁸² *Apathy/Riedler* in *Schwimann/Kodek IV*⁴ § 879 Rz 8.

¹⁸³ *Mayer-Maly* Bewegliches System und Konkretisierung der guten Sitten, in *Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, FS zum 80. Geburtstag *Walter Wilburg* 121.

¹⁸⁴ *Krejci* in *Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 43 f.

¹⁸⁵ *Graf* in *ABGB-ON* 1.00 § 879 Rz 60.

¹⁸⁶ So bspw insb der Entwicklung der Sexualmoral, *P. Bydlinski*, *Bürgerliches Recht* I⁶ 178.

¹⁸⁷ *Apathy/Riedler* in *Schwimann/Kodek IV*⁴ § 879 Rz 8.

Sittenwidrigkeit bedeutet – in aller Regel - Rechtswidrigkeit¹⁸⁸ ohne Gesetzeswidrigkeit. Somit wird mit § 879 Abs 1 ein Anwendungsfall der in § 7 ABGB explizit genannten natürlichen Rechtsgrundsätze geschaffen,¹⁸⁹ was angesichts der Konkretisierungsbedürftigkeit derselben mit dem Grundsatz der Privatautonomie konfliktieren kann. Mit anderen Worten kann der bei der Lösung eines im Gesetz nicht ausdrücklich geregelten Falles mangels analogiefähiger Normen erforderliche Rückgriff auf die allgemeinsten Wertprinzipien¹⁹⁰ zu einer Gefährdung der Vertragsfreiheit durch die Einflussnahme übergesetzlicher Wertvorstellungen führen. Aus diesem Grund wird die Rechtswidrigkeit aufgrund eines Verstoßes gegen die guten Sitten nur dann bejaht, wenn eine Interessensabwägung eine grobe Verletzung rechtlich geschützter Interessen indiziert oder ein grobes Missverhältnis zwischen geförderten und verletzten Interessen gegeben ist.¹⁹¹

Wie ausgeführt, wird durch das Kriterium der Sittenwidrigkeit zwar eine kasuistische Gesetzgebung vermieden. Dadurch wird das Problem aber nicht gelöst, sondern nur auf die Rsp verlagert, die ihrerseits in Bezug auf die Elemente der Sittenwidrigkeit iS einer typologischen Betrachtungsweise folgende Umstände – durchaus kasuistisch - als sittenwidrigkeitsbegründend definiert: das Rechtsgefühl der Rechtsgemeinschaft,¹⁹² allgemein anerkannte Normen der Moral,¹⁹³ natürliche Rechtsgrundsätze¹⁹⁴ sowie die Abwägung rechtlich geschützter Interessen.¹⁹⁵

¹⁸⁸ *Krejci* in *Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 43 f.

¹⁸⁹ *Gschnitzer* in *Klang I/1*² 183.

¹⁹⁰ *F. Bydlinski*, Methodenlehre 490.

¹⁹¹ *Apathy/Riedler* in *Schwimann/Kodek IV*⁴ § 879 Rz 8.

¹⁹² Zu Recht kritisiert von *Krejci* in *Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 47 mwN.

¹⁹³ *Krejci* weist zutreffend auf die Problematik der Rezeption außerrechtlicher Sollensordnungen hin (*Krejci* in *Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 48).

¹⁹⁴ *F. Bydlinski*, Methodenlehre 490.

¹⁹⁵ Auf die Bedeutung des Grundsatzes der Privatautonomie in diesem Zusammenhang wurde bereits hingewiesen.

Im Rahmen dieser Vorgaben hat die Rsp folgende Fallgruppen zur Sittenwidrigkeit herausgearbeitet:¹⁹⁶ Die Fallgruppe des Persönlichkeitsschutzes (wobei die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte häufig zur Konkretisierung der Generalklausel herangezogen wird) wird ihrerseits im Wesentlichen unterteilt in Verträge über körperliche Eingriffe,¹⁹⁷ Heiratsverbote und -gebote,¹⁹⁸ sexuelle Integrität,¹⁹⁹ Religionsfreiheit,²⁰⁰ unverzichtbare Freizügigkeit (insb hinsichtlich Wohnort, Bindung an Arbeitsvertrag),²⁰¹ Berufsfreiheit,²⁰² sowie Wettbewerbsklauseln und sonstige wirtschaftliche Freiheit;²⁰³ weiters die Fallgruppen des Schutzes vor dem Missbrauch einer Machtposition²⁰⁴ mit etlichen Untergruppen wie insb Kontrahierungszwang und Vertragsbindungen,²⁰⁵ Knebelungsverträge, ruinöse Vereinbarungen und Äquivalenzstörungen,²⁰⁶ unzulässige Haftungsausschlüsse;²⁰⁷ die Fallgruppen der privatautonomen Rechtsgestaltung und des Schutzes Dritter vor nachteiliger Vertragsgestaltung,²⁰⁸ der Schikane und missbräuchlichen Rechtsausübung,²⁰⁹ Schutz der Rechtspflege und der öffentlichen Ordnung,²¹⁰ Schutz familienrechtlicher Institutionen,²¹¹ sowie rechtsgebietsbezogene Schutzbereiche wie insb im Straf-, Arbeits-, Miet-, Konsumentenschutz-, Wettbewerbs-, Gewerbe- und Steuerrecht.²¹²

¹⁹⁶ Ausführliche Darstellung bei *Krejci in Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 62 bis 325 mit etlichen weiterführenden Nachweisen, wobei darauf hingewiesen wird, dass im Einzelfall die Abgrenzung zwischen Sittenwidrigkeit und Gesetzesverbot oft schwierig ist (*Krejci in Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 62).

¹⁹⁷ *Krejci in Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 66 - 68.

¹⁹⁸ *Krejci in Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 69.

¹⁹⁹ *Krejci in Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 70 - 75.

²⁰⁰ *Krejci in Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 77.

²⁰¹ *Krejci in Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 78.

²⁰² *Krejci in Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 79.

²⁰³ *Krejci in Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 80 f.

²⁰⁴ *Krejci in Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 82 - 140.

²⁰⁵ *Krejci in Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 82 - 93.

²⁰⁶ *Krejci in Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 94 - 109.

²⁰⁷ *Krejci in Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 121 – 130.

²⁰⁸ *Krejci in Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 141 ff.

²⁰⁹ *Krejci in Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 153 - 182.

²¹⁰ *Krejci in Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 183.

²¹¹ *Krejci in Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 191 - 198.

²¹² *Krejci in Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 200 - 325.

Insb *F. Bydlinski*²¹³ hat maßgeblich zum Verständnis der guten Sitten beigetragen. Er hat sich vor allem mit der Frage beschäftigt, wie und wie weit sich die Konkretisierung der Generalklausel der guten Sitten theoretisch-methodisch rekonstruieren und durch Angabe des heranzuziehenden Konkretisierungsmaterials und der methodischen Regeln für seine Behandlung verbessern lässt.

F. Bydlinski kommt zu dem Ergebnis, dass die Handhabe der Gute-Sitten-Klausel im allgemeinen zwei nur *prima vista* gegensätzlichen, tatsächlich aber kombinationsbedürftigen Ansätzen, nämlich dem außerrechtlichen einerseits und dem innerrechtlichen Ansatz andererseits, folgt.²¹⁴

Dem außerrechtlichen Ansatz sind moralische Verhaltensmaßstäbe zuzurechnen, die sich unmittelbar im Verkehr zwischen den Menschen, also ohne Zusammenhang mit dem positiven Recht, entwickelt haben. Hierbei kann der Schwerpunkt entweder auf allgemein geübte Verhaltensmaximen oder auf das „ganz überwiegende Wertbewusstsein, das auf bestimmte Verhaltensweisen eindeutig negativ reagiert, wenn sie einmal beobachtet werden“, gelegt werden.²¹⁵ *Bydlinski* betont allerdings, dass beide Kriterien ineinander übergehen. Die prominenteste Umsetzung dieses von *Bydlinski* als „sozialmoralisches Verständnis der guten Sitten“ bezeichneten Ansatzes erfolgt durch die von der Rsp²¹⁶ oft strapazierte Formel „vom Anstandsgefühl aller gerecht und billig Denkenden“.²¹⁷ *Mayer-Maly*²¹⁸ spricht in diesem Zusammenhang von einer „Allerweltsmoral“, respektive der „Moral von Hinz und Kunz“.

²¹³ *F. Bydlinski*, Über das Verständnis der „guten Sitten“ im österreichischen Recht, in FS *Gernhuber*, 827 ff.

²¹⁴ *F. Bydlinski*, Über das Verständnis der „guten Sitten“ 830 f.

²¹⁵ *F. Bydlinski*, Über das Verständnis der „guten Sitten“ 831.

²¹⁶ OGH 27.01.1954 3 Ob 816/53 = JBl 1954, 436 = SZ 27/19; OGH 15.06.1955 1 Ob 258/55 = JBl 1956, 150; OGH 19.10.1965 8 Ob 271/65 = SZ 38/164 = EvBl 1966/125 = LwBetr 1966, 113; OGH 15.12.1965 6 Ob 322/65 = SZ 38/217 = JBl 1966, 313; OGH 12.10.1982 5 Ob 723/82 = MietSlg 34.121.

²¹⁷ *F. Bydlinski*, Über das Verständnis der „guten Sitten“ 831.

²¹⁸ *Mayer-Maly*, Die guten Sitten als Maßstab des Rechts, JuS 1986, 599.

Problematisch, so *Bydlinski* weiter, ist nicht der formelle Delegationszusammenhang (da positive Gesetzesvorschriften explizit auf regelmäßige tatsächliche Verhaltensweisen der Menschen in ihre Zusammenleben Bezug nehmen), sondern lediglich das durch die Verweisung betroffene Material zur Konkretisierung der gesetzlichen Verweisungsklauseln.²¹⁹

Dem steht der sog „innerrechtliche Ansatz“ gegenüber. Demnach soll die Gute-Sitten-Klausel als Verweis auf grundlegendere, nicht explizite Teile des Rechtssystems wirken, die durch Zweck-, etwa Umgehungsüberlegungen zu gesetzlichen Regelungen zu konkretisieren sind, wobei auf in der Rechtsordnung erkennbare Interessensbewertungen und diesen allenfalls zugrunde liegende allgemeine Rechtsgrundsätze zurück zu greifen ist.²²⁰

Bydlinski hält diesem Ansatz entgegen, dass er – in seiner reinen Form vertreten – die Gute-Sitten-Klausel obsolet machen würde, da § 7 ABGB den Analogieschluss und den Rückgriff auf allgemeine Rechtsgrundsätze ohnehin als Rechtsfindungsmethoden positiviert.²²¹ Dessen ungeachtet ist der innerrechtliche Ansatz aber unentbehrlich, da das sozialmoralische Verständnis – im Gegensatz zur normativen Regelung - nicht korrumpierungsbeständig ist. So könnte ein Werteverfall innerhalb bestimmter Verkehrskreise grundsätzlich dazu führen, dass auch üble „Unsitten“ zu berücksichtigen wären. Darüber hinaus ist zu verhindern, dass mit Hilfe der guten Sitten bewusste gesetzliche Entscheidungen – beispielsweise die Vermeidung genereller gerichtlicher Preis- und Zinsreglementierungen – unterwandert werden.²²² Und schließlich kommt dem innerrechtlichen Ansatz gegenüber dem außerrechtlichen eine Art Funktionskontrolle zu, da es weitgehend und in großem Ausmaß die allgemein anerkannten

²¹⁹ *F. Bydlinski*, Über das Verständnis der „guten Sitten“ 832.

²²⁰ *F. Bydlinski*, Über das Verständnis der „guten Sitten“ 833.

²²¹ *F. Bydlinski*, Über das Verständnis der „guten Sitten“ 833.

²²² *F. Bydlinski*, Über das Verständnis der „guten Sitten“ 834.

Prinzipien der Sozialmoral sind, die den Leitgedanken des normativen Rechts zugrunde liegen. Im Zweifelsfall könnten sich somit die Verkehrsanschauung und der Gesetzeszweck – soweit erkennbar – wechselseitig bestärken.²²³

Zusammenfassend kommt *F. Bydlinski* somit zu dem Ergebnis, dass das gesamte zur Verdichtung des Begriffes der guten Sitten zur Verfügung stehende Konkretisierungsmaterial unter gleichwertiger Berücksichtigung des inner- wie auch des außerrechtlichen Ansatzes ohne Priorisierung des einen oder des anderen in einer typologischen Betrachtungsweise zu berücksichtigen ist.²²⁴

Der Rsp zur Sittenwidrigkeit kommt eine gewichtige Rolle im Rahmen der Rechtsentwicklung zu, da aufgrund der von der Rsp aufgegriffenen Sittenwidrigkeitstatbestände häufig gesatztes Recht entsteht, wie es sich insbesondere im Verbraucherrecht (Klauselkatalog gem § 6 KSchG und Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln gem § 879 Abs 3) zeigt. Insofern lässt sich aus der Wertung der Rsp eine gewisse Tendenz für *de lege ferenda* zu erwartende Regelungen ableiten.²²⁵

4.3.2 Inhalts- und Umstandssittenwidrigkeit

Im Bereich der Sittenwidrigkeit kommt es für die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes nicht auf ein Bewusstsein der Sittenwidrigkeit an.²²⁶

*Mayer-Maly*²²⁷ differenziert – für das deutsche Recht, mit grundsätzlicher Anwendbarkeit auf Österreich - zwischen einer "Inhalts"- und einer "Umstandssittenwidrigkeit". Für letztere

²²³ *F. Bydlinski*, Über das Verständnis der „guten Sitten“ 834.

²²⁴ *F. Bydlinski*, Über das Verständnis der „guten Sitten“ 834.

²²⁵ *P. Bydlinski*, Bürgerliches Recht I⁶ 180.

²²⁶ *Mayer-Maly*, Das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit 9; Die gegensätzliche diesbezügliche Ansicht *Nipperdeys* (in *Ennecerus-Nipperdey*, allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts II¹⁵ 1167 f) konnte sich nicht durchsetzen.

fordert *Mayr-Maly*²²⁷ zwar kein Bewusstsein der Sittenwidrigkeit, aber die Kenntnis jener Tatumstände, die die Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäftes begründen. Die Inhaltssittenwidrigkeit soll dem gegenüber unabhängig von subjektiven Faktoren eintreten.

Mayer-Maly extrapoliert drei grundlegende Varianten zur Frage der Relevanz subjektiver Komponenten:²²⁹

- a) eine durchgehende Orientierung an der Existenz eines Bewusstseins der Sittenwidrigkeit,
- b) die Irrelevanz des Bewusstseins der Sittenwidrigkeit, aber eine Orientierung an der Kenntnis (oder fahrlässigen Unkenntnis) von Tatsachen, die ein Verhalten oder eine Regelung sittenwidrig machen und
- c) die völlige Eliminierung subjektiver Komponenten der Sittenwidrigkeit

Für Variante a) findet sich soweit ersichtlich weder in Lehre noch Rechtsprechung eine Anhängerschaft. Das dürfte auf der letztlich unvermeidbaren Konsequenz beruhen, dass gemäß dieser Variante rechtlichen Grundwerten selbst krass widersprechende Regelungen aufrechterhalten werden müssten, nur weil sie den Vertragsparteien nicht geläufig waren.²³⁰

Praxisnäher erscheint Variante b). Die für die so bezeichnete „Umstandssittenwidrigkeit“ herausgearbeiteten Kriterien²³¹ könnten auf die „Inhaltssittenwidrigkeit“ ausgedehnt werden.

²²⁷ *Mayr-Maly*, Sittenwidrigkeit 9.

²²⁸ *Mayer-Maly*, Sittenwidrigkeit 9 mwN; aA *Canaris*, Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen 22 f.

²²⁹ *Mayr-Maly*, Sittenwidrigkeit 11.

²³⁰ *Mayr-Maly*, Sittenwidrigkeit 11.

²³¹ Vgl. § 138 Abs 2 dBGB, demnach ist insbesondere ein Rechtsgeschäft nichtig, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.

Das bereitet insofern kaum Probleme, als die „Inhaltssittenwidrigkeit“, also die Fälle einer Sittenwidrigkeit schon des reinen Geschäftsinhalts, quantitativ kaum ins Gewicht fallen.²³²

Am ehesten sprechen dBGB wie auch ABGB für Variante c). Dem Argument, dass dadurch der Sittenwidrigkeitsbegriff jeden ethischen Bezug verliere,²³³ begegnet *Mayer-Maly* mit dem zutreffenden Hinweis, dass auch eine Rechtsordnung, die den Begriff der guten Sitten strikt an moralische Wertmaßstäbe bindet, aus einer bloß objektiven Missbilligung von Regelungen und Verhaltensweisen Nichtigkeitssanktionen und Schadenersatzansprüche ableiten könne.²³⁴

Mayer-Maly kommt schließlich zu dem Ergebnis, dass eine reine Verwirklichung jeder der drei aufgezeigten Alternativen sehr schwierig wäre.²³⁵

Aufgabe dieser Arbeit ist unter anderem der Versuch, die aufgezeigte, für den Bereich der Sittenwidrigkeit entwickelte Differenzierung auf den Bereich der Unerlaubtheit zu projizieren und zu untersuchen, ob sich aus dem Schutzzweck der Norm²³⁶ Anhaltspunkte für eine Heranziehung der von *Mayer-Maly* angestellten Überlegungen ableiten lassen.

²³² *Mayer-Maly*, Sittenwidrigkeit 12, der mit diesem durchaus pragmatischen Ansatz allerdings das Fehlen einer plausiblen Stellungnahme zu dieser Variante zu übersehen scheint.

²³³ So *Simitis*, Gute Sitten und *ordre public*, 66 A 3; *Larenz*, Juristen-Jahrbuch, 1966, 98, 102.

²³⁴ *Mayer-Maly*, Sittenwidrigkeit 13.

²³⁵ *Mayer-Maly*, Sittenwidrigkeit 15.

²³⁶ Wie bereits unter Kap 4.3.1 ausgeführt, stellt der Schutzzweck der Norm das grundsätzlich ausschlaggebende Kriterium für die Beurteilung der Rechtsfolgen einer Nichtigkeit dar.

4.4 Zwischenergebnis

Zusammengefasst gilt somit:

- a) Die Nichtigkeit ist ein Korrektiv zur Hintanhaltung eines Missbrauchs der Privatautonomie und verstößt daher nicht gegen den Grundsatz der Vertragsfreiheit.
- b) Wenngleich der Grundsatz, wonach eine nichtige Klausel eine wirksame nicht unwirksam macht²³⁷ in Österreich nicht gilt, wird dem anwendbar bleibenden Teil eines Vertrages eine aufrecht zu erhaltende Wertentscheidung beigemessen. Für Österreich lässt sich daher eine Tendenz zugunsten der Teilnichtigkeit feststellen.
- c) Die Rechtsfolgen der Nichtigkeit richten sich in erster Linie nach dem Schutzzweck der Norm.
- d) Von der Gesetzwidrigkeit ist die Sittenwidrigkeit zu unterscheiden. Sie tritt zutage, wenn eine Rechtswidrigkeit ohne Gesetzwidrigkeit vorliegt. Ihr kommt eine rechtsfortbildende Bedeutung zu, da der Gesetzgeber damit die Aufgabe des Verbotes von Vertragsbestimmungen, die mit den von ihm für wesentlich erachteten Wertungen unvereinbar sind, an die Rsp delegiert. Letztlich führt das zu einer sehr kasuistischen Rsp, die dem sich laufend wandelnden Rechtsgefühl der Rechtsgemeinschaft, den allgemein anerkannten Normen der Moral, den natürlichen Rechtsgrundsätzen sowie einer Abwägung der rechtlich geschützten Interessen verpflichtet ist. Die zur der Ermittlung des Begriffs der guten Sitten zur Verfügung stehenden Beurteilungskriterien sind in einer typologischen

²³⁷ *Utile per inutile non vitiatur.*

Betrachtungsweise zu berücksichtigen, die auf inner-, wie auch außerrechtliche Ansätze ohne Priorisierung des einen oder anderen abzustellen hat.

e) Hinsichtlich der Rechtsfolgen ist die Sittenwidrigkeit insofern anders zu behandeln als die Gesetzeswidrigkeit, als sich der für die Frage der Teilnichtigkeit unter anderem relevante Schutzzweck des Verbotes nicht aus dem Gesetz, sondern – wenn überhaupt - nur aus der rechtlichen Beurteilung des die Sittenwidrigkeit judizierenden Gerichtes ableiten lässt.

f) Subjektive Komponenten, namentlich das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit, spielen im Bereich der Sittenwidrigkeit eine untergeordnete Rolle. Daraus lassen sich noch keine Rückschlüsse auf die Gesetzeswidrigkeit ableiten, da sich die Berücksichtigung subjektiver Komponenten beim Gesetzesverbot nach dem Schutzzweck der Norm richtet.

5. Rechtsfolgen der Nichtigkeit

Kapitel 4 setzte sich mit dem Nichtigkeitsbegriff und seiner Eingliederung in das System der Privatautonomie auseinander und beleuchtete die wichtigsten Nichtigkeitsgründe sowie den Begriff der Sittenwidrigkeit. Kapitel 5 beschäftigt sich mit den Rechtsfolgen einer Nichtigkeitsanordnung. Die nachstehende Einleitung gibt vorausschauend einen Überblick über die auftretenden Rechtsfragen, in weiterer Folge werden die angeführten Problemkreise in eigenen Sachkapiteln behandelt.

§ 879 ABGB sanktioniert Verstöße mit Nichtigkeit. Die Nichtigkeitssanktion kann sich auf die gesamte betroffene Norm oder lediglich einen Teil derselben beziehen. Auf diese Differenzierung und ihre Auswirkungen wird nachstehend in Kap 5.3 detailliert eingegangen.

Liegt eine teilweise Unerlaubtheit vor, so richtet sich die Frage, ob der Vertrag zur Gänze ungültig oder nur zum Teil gültig ist, vorerst weder nach dem tatsächlichen, noch nach dem hypothetischen Parteiwillen, sondern nach dem Schutzzweck der Norm.²³⁸ Der Restgültigkeit kommt gegenüber der Totalnichtigkeit der Vorzug zu.²³⁹

Demnach ist eine unerlaubte Bestimmung grundsätzlich nicht gänzlich nichtig, sondern nur im Umfang ihrer Unzulässigkeit. In Frage kommt nun – soweit zulässig – eine geltungserhaltende Reduktion der betreffenden Bestimmung.²⁴⁰ Mit dem Themenkreis der

²³⁸ Stv Apathy/Riedler in Schwimann/Kodek IV⁴ § 879 Rz 37.

²³⁹ Illredits, Teilnichtigkeit 111; Rummel in Rummel ABGB I², § 878 Rz 5; Mayer-Maly, Über die Teilnichtigkeit, in GS Gschnitzer 283; Apathy/Riedler in Schwimann/Kodek IV⁴ § 879 Rz 37 mwN.

²⁴⁰ Apathy/Riedler in Schwimann/Kodek IV⁴ § 879 Rz 38; Illredits, Teilnichtigkeit 111; Krejci, Über „ungewöhnliche“ Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern (§ 864a ABGB), JBl 1981, 255 ff; Welser Die Beschränkung der Vertragsfreiheit beim Konsumentengeschäft, JBl 1980,10; Doralt/Kozioł, Stellungnahme zum MinEntw des KSchG 117 f; Krejci in Rummel/Lukas,

geltungserhaltenden Reduktion und den besonderen Regeln für Verbraucherverträge²⁴¹ und Verbandsprozesse²⁴² setzen sich die Kap 5.10 und 5.16 detailliert auseinander.

Bei offenkundiger Rechtswidrigkeit oder bewusstem Einsatz einer unerlaubten Klausel, *de facto* also in Fällen des Rechtsmissbrauches, etwa weil ein völliger Haftungsausschluss vorgesehen wird, ist jene Partei, die sich der unzulässigen Formulierung bedient, nicht schutzwürdig, was nach Ansicht von *Roth*²⁴³ die gänzliche Nichtigkeit der Klausel zur Folge hat. Anstelle der nichtigen Klausel treten dispositives Recht oder eine ergänzende Vertragsauslegung (Kap 5.11).²⁴⁴

Mit wenigen Ausnahmen, wie insb bei Verletzung bestimmter Arbeitnehmerschutzbestimmungen,²⁴⁵ wird eine im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorliegende Unerlaubtheit nachträglich nicht geheilt.²⁴⁶ Hängt ein Rechtsgeschäft von einer behördlichen Bewilligung ab, so kommt es darauf an, ob sich die Parteien um deren Einholung bemühen. Diesfalls ist das Geschäft bis zur Erteilung der Bewilligung schwebend unwirksam, andernfalls von Anfang an nichtig.²⁴⁷

Ob die Nichtigkeit amtswegig wahrzunehmen oder von einer Partei geltend zu machen und wer zur Geltendmachung berechtigt ist, hängt davon ab, ob es sich um eine absolute oder

TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 524 ff; RIS-Justiz RS0016582; stv OGH 20.05.2015 7 Ob 68/15y; OGH 18.03.2015 3 Ob 234/14d; OGH 28.09.2005 7 Ob 200/05w; OGH 15.07.1997 1 Ob 2374/96s = SZ 70/142; OGH 29.05.1996 3 Ob 2004/96v = SZ 69/127; aA *Iro*, RdW 1987, 7; *Fitz*, Geltungserhaltende Reduktion 645.

²⁴¹ *Koziol – Welser/Kletecka I*¹⁴ Rz 570; *Leitner*, Ist das vollständige Ende der geltungserhaltenden Reduktion gekommen? ÖJZ 2002, 711; OGH 05.08.2003 7 Ob 179/03d = ecolex 2004, 528 (*Leitner*).

²⁴² *Apathy* in *Schwimm/Kodek V*⁴ §§ 28-30 KSchG Rz 9; OGH 07.10.2003 4 Ob 130/03a = JBI 2004, 443.

²⁴³ *Roth*, Vertragsänderung bei fehlgeschlagener Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen 37.

²⁴⁴ *Apathy/Riedler* in *Schwimm/Kodek IV*⁴ § 879 Rz 38; OGH 24.06.2003 4 Ob 73/03v = JBI 2004, 50 (*Rummel*); *Krampe*, Aufrechterhaltung von Verträgen und Vertragsklauseln in AcP 1994, 13 ff.

²⁴⁵ *Koziol – Welser/Kletecka* Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 551.

²⁴⁶ RIS-Justiz RS0025014, OGH 30.07.1952 2 Ob 608/52.

²⁴⁷ *Apathy/Riedler* in *Schwimm/Kodek IV*⁴ § 879 Rz 35.

relative Nichtigkeit handelt (im Detail vgl das folgende Kap 5.1). Auch Nichtigkeit in Folge von Sittenwidrigkeit wird im Allgemeinen nicht amtswegig berücksichtigt, sondern bedarf der Geltendmachung (also eines Prozessvorbringens).²⁴⁸ Eine präzise Festlegung ist aber nicht möglich: Wie nachstehend detailliert dargestellt, tritt absolute Nichtigkeit (die amtswegig wahrzunehmen ist) insb bei Verbotsnormen im öffentlichen Interesse ein. Es liegt auf der Hand, dass die Ermittlung des Schutzzwecks einer Norm bei Anwendung des Sittenwidrigkeits-Kriteriums wesentlich schwieriger ist als bei einem Gesetzesverbot, da insb kein Rückgriff auf Materialien möglich ist. Aus diesem Grund ist es nicht möglich, eine allgemeingültige Aussage dazu zu treffen, ob die Sittenwidrigkeit von der Partei geltend zu machen oder amtswegig wahrzunehmen ist. Das hängt schlicht von den Umständen des Einzelfalles, namentlich den Kriterien, auf denen die Sittenwidrigkeit fußt, ab.

Den Vertragsparteien steht grundsätzlich kein Wahlrecht zwischen dem Vertrag mit unerlaubtem Inhalt oder gar keinem Vertrag zu.²⁴⁹ Die Berücksichtigung des Parteiwillens (vgl insb Kap 5.13) ist insb dann unzulässig, wenn der Normzweck im Schutz des anderen Vertragspartners besteht;²⁵⁰ sie kommt allenfalls dann in Frage, wenn der Schutzzweck der Norm keinen Rückschluss auf eine Restgültigkeit oder Gesamtunwirksamkeit zulässt. In diesem Fall ist iSv § 878 S 2 ABGB auf den hypothetischen Parteiwillen und darauf abzustellen, ob sich aus diesem eine teilweise Aufrechterhaltung des Vertrages oder seine gänzliche Unwirksamkeit ergibt.²⁵¹

²⁴⁸ Zuletzt OGH 27.03.2002 9 ObA 58/02y = SZ 2002/40.

²⁴⁹ RIS-Justiz RS0019576; OGH 15.10.1996 4 Ob 2298/96m; OGH 13.02.1991 3 Ob 508/91 = SZ 64/13 = JBI 1991, 520; JBI 1948, 423.

²⁵⁰ OGH 28.05.2003 3 Ob 77/02y = JBI 2003, 854; *Apathy*, Zur Folge unzulässiger Ablösevereinbarungen in FS *Eichler* 6 ff.

²⁵¹ OGH 04.07.2007 7 Ob 142/07v; RIS-Justiz RS0004719; OGH 27.06.1951 1 Ob 397/51 = SZ 24/170; OGH 21.05.1968 4 Ob 308/68 = ÖBI 1968, 92 = EvBl 1968/375 = SZ 41/62.

Die Frist für die Geltendmachung der Nichtigkeit wird in Kap 5.2 behandelt. Zur Rückabwicklung vgl Kap 5.15.

5.1 Absolute und relative Nichtigkeit

Ein nichtiges, also ungültiges,²⁵² Rechtsgeschäft ist immer noch ein Rechtsgeschäft, es unterscheidet sich insofern also von einem nicht existenten Geschäft.²⁵³ Die Rechtsfolge der Nichtigkeit tritt nicht schlechthin, *per se*, ein. Sie bedarf eines rechtlichen Gestaltungsaktes. Ist nun ein Rechtsgeschäft nichtig, so sagt dieser Umstand für sich genommen noch nichts darüber aus, wer sich auf ihn berufen, den Gestaltungswillen also „geltend machen“ kann.

Demnach wird in der L²⁵⁴ zwischen absoluter Nichtigkeit, auf die sich jedermann berufen kann, und relativer Nichtigkeit, deren Geltendmachung nur einer bestimmten Person vorbehalten ist, unterschieden. So soll sich der gegen ein Verbot oder die guten Sitten verstoßende Vertragsteil im Gegensatz zu dem dadurch Geschützten nicht zu seinen Gunsten auf die Nichtigkeit des Vertrages berufen können.²⁵⁵

Die absolute Nichtigkeit ist von Amts wegen wahr zu nehmen. Absolute Nichtigkeit liegt vor, wenn die Verbotsnorm den Schutz von Allgemeininteressen oder der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit bezweckt; auf sie kann sich sogar ein Vertragspartner, dem die Nichtigkeit bewusst war, berufen.²⁵⁶

²⁵² Gschnitzer in *Klang* IV/1² 166.

²⁵³ Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts⁴ 399.

²⁵⁴ ZB *Krejci* in *Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 511 mwN.

²⁵⁵ *Illedits*, Teilnichtigkeit 14; *Krejci* in *Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 512.

²⁵⁶ Riedler in *Schwimann/Kodek* IV⁴ § 879 Rz 46; mE wird dieses offenbar verschwiegene Bewusstsein in aller Regel schadenersatzrechtliche Konsequenzen auf Basis einer *culpa in contrahendo* (Verletzung der Aufklärungspflicht) zur Folge haben.

Eine andere Situation liegt demgegenüber vor, wenn sich nur der geschützte Vertragspartner auf die Nichtigkeit berufen kann. Wird die Nichtigkeit nicht geltend gemacht, so ist das Geschäft als gültig zu betrachten. Diese Konstellation wird als relative Nichtigkeit bezeichnet.²⁵⁷ Für eine Geltendmachung der Nichtigkeit reicht schon die bloße Bestreitung des Anspruches aus.²⁵⁸

Die Differenzierung zwischen relativer und absoluter Nichtigkeit wirkt sich somit darauf aus, wer sich auf die Nichtigkeit berufen kann. *Krejci*²⁵⁹ erkennt das differenzierende Merkmal zwischen absoluter und relativer Nichtigkeit im Erfordernis der Anfechtung. Er spricht von einer absoluten Nichtigkeit einerseits und einer „geltend zu machenden“ Nichtigkeit andererseits. Ihm zufolge sei der absolut nichtige Vertrag jedenfalls von Anfang an unwirksam und eine besondere Geltendmachung, etwa in Form einer Anfechtung, nicht erforderlich.²⁶⁰

Dem kann meines Erachtens in dieser Undifferenziertheit nicht gefolgt werden, da auch der absolut nichtige Vertrag nicht schlechthin ein rechtliches *nullum* darstellt und es daher eines rechtsgestaltenden Aktes bedarf, um ihn zu vernichten.²⁶¹ Ob dieser rechtsgestaltende Akt nun als „Anfechtung“ oder als „Geltendmachung“ bezeichnet wird, hat im gegebenen Zusammenhang keine Relevanz für das Ergebnis und wird im Rahmen dieser Arbeit nicht näher untersucht.

²⁵⁷ *Krejci* in *Rummel*² § 879 Rz 252; *Riedler* in *Schwimann/Kodek IV*⁴ § 879 Rz 47; OGH 27.04.1987 1 Ob 536/87 = RdW 1987, 324 = SZ 60/69 = RZ 1987, 252 = ÖBA 1987, 917 (*P. Bydlinski*) = WBI 1987, 274 (*P. Bydlinski*); OGH 27.05.1998 3 Ob 2199/96w; OGH 03.10.1985 6 Ob 633/85 = SZ 58/150; vgl auch OGH 04.03.1987 1 Ob 705/86 = RdW 1987, 260; OGH 27.05.1986, 14 Ob 86/86 = JBI 1986, 674.

²⁵⁸ *Riedler*, in *Schwimann/Kodek IV*⁴ § 879 Rz 47.

²⁵⁹ *Krejci* in *Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 511.

²⁶⁰ Ihm grundsätzlich folgend *Illedits*, Teilnichtigkeit 13.

²⁶¹ aA OGH 24.01.2011 5 Ob 184/10k = immolex 2011, 32 (*Prader*), eine Rechtsgestaltung wird als nicht erforderlich erachtet, weil die Nichtigkeit *a limine* eintrete; OGH 03.09.2013 9 ObA 100/13s, wo die Geltendmachung der Ungültigkeit nach § 879 ABGB als kein privatrechtlicher Akt der Rechtsgestaltung qualifiziert wird.

Für den Spezialtatbestand des Wuchers (§ 879 Abs 2 Z 4 ABGB) besteht hinsichtlich dieses Problems weitgehend Einigkeit: Nach hM²⁶² macht Wucher das Geschäft nicht ungültig, sondern lediglich anfechtbar. Dieses Anfechtungsrecht ist ein Gestaltungsrecht. Solange es der Bewucherte nicht ausübt, bleibt das Geschäft daher wirksam. Die Ungültigkeit wirkt im Fall des Wuchers also nicht von selbst, sondern bedarf einer entsprechenden richterlichen Ungültigkeitserklärung.²⁶³ Ein Bewucherter hat daher, bevor er Zahlungen aufgrund der Unwirksamkeit des bewucherten Geschäfts kann, durch Anfechtung eine entsprechende richterliche Ungültigkeitserklärung herbeizuführen.²⁶⁴

Wieso sollte das für Wucher unbestrittener Maßen Geltende keine Anwendung auf alle anderen Nichtigkeitsfälle finden? Es scheint, als würde der Unrechtsgehalt der Fälle der absoluten Nichtigkeit dadurch überkompensiert, dass über grundlegende Regeln der Rechtsgeschäftslehre hinweg gesehen wird:

Es wurde bereits betont, dass ein nichtiges, also ungültiges,²⁶⁵ Rechtsgeschäft im Gegensatz zu einem nicht vorhandenen Rechtsgeschäft existent ist. Das nichtige Geschäft löst lediglich die beabsichtigten Rechtsfolgen nicht aus. Der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot begründet – wie bereits dargestellt – nicht *per se* den Wegfall des betreffenden Rechtsgeschäftes. Die Frage ist, wer dazu legitimiert ist, den Wegfall des Rechtsgeschäftes, also seine Vernichtung, aufzugreifen.

Während dieses Gestaltungsrecht bei relativ nichtigen Verträgen nur jenem Vertragspartner zugestanden wird, dessen Schutzwürdigkeit sich aus dem Regelungszweck der Norm ableitet und beispielsweise ein amtswegiger Zugriff des Rechtes unzulässig ist, ist die absolute

²⁶² Krejci in Rummel/Lukas, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 517 mwN.

²⁶³ Krejci in Rummel/Lukas, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 517.

²⁶⁴ OGH 22.10.2008 7 Ob 160/08t = ecolex 2009, 107 = RZ 2009, 140.

²⁶⁵ Gschnitzer in Klang IV/1² 169.

Nichtigkeit von Amts wegen oder durch jeden Vertragspartner, ja sogar Dritte, aufzugreifen, da das geschützte Gut im Allgemeininteresse steht.

Die Differenzierung zwischen absoluter und relativer Nichtigkeit bewirkt somit keine Festlegung darüber, ob eine Anfechtung erforderlich ist oder nicht. Der nichtige Vertrag ist im Wege der Rechtsgestaltung, also durch richterlichen Ausspruch, zu vernichten. Und zwar unabhängig davon, ob absolute oder relative Nichtigkeit vorliegt. Ob dieser richterliche Ausspruch beantragt werden muss (im Fall der relativen Nichtigkeit) oder von Amts wegen, ohne gesonderten Antrag, aufgegriffen wird (absolute Nichtigkeit) ändert nichts daran, dass die Nichtigkeit „geltend zu machen“ (im Sinne von „aufzugreifen“) ist. Daher ist die Bezeichnung der relativen Nichtigkeit als „*geltend zu machende Nichtigkeit*“ zu weit und folglich unscharf. Korrekt wäre die Umschreibung als „durch Parteiantrag geltend zu machende Nichtigkeit“.²⁶⁶

Strittig ist, ob die Vernichtung des nichtigen Rechtsgeschäftes durch rechtsgestaltende, materiellrechtlich wirkende Parteienerklärung und somit letztlich im Wege einer Feststellungsklage erfolgen kann,²⁶⁷ oder eines konstitutiven Rechtsgestaltungsurteils bedarf.²⁶⁸ Auch die Beantwortung dieser Frage hängt letztlich vom Regelungszweck der Norm ab. Es spricht nichts dagegen, grundsätzlich beide Möglichkeiten – abhängig vom Klagebegehren und abhängig davon, wer die Nichtigkeit aufgreift – zuzulassen. Im Falle einer nur durch einen Vertragsteil aufgreifbaren Nichtigkeit ist ein Feststellungsbegehren

²⁶⁶ *Feltl* hat sich mit der – den hier vorgegebenen Rahmen sprengenden - interessanten Frage nach dem Unterschied zwischen relativer Nichtigkeit und Anfechtbarkeit auseinander gesetzt: *Feltl* Relative Nichtigkeit und Anfechtbarkeit: Wo liegt der Unterschied? AnwBl 2015, 211.

²⁶⁷ So *Welser*, Der Klauselkatalog des § 6 KSchG, in *Krejci*, Handbuch 369; *Welser*, Die Beschränkung der Vertragsfreiheit beim Konsumentengeschäft, JBl 1980, 72, 85; die Rechtsänderung stellt demnach ein Tatbestandselement dar und ist mit Feststellungsurteil zu manifestieren.

²⁶⁸ So *Krejci* in *Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 517 ff.

erforderlich, während bei der absoluten sowie der von beiden Seiten und Dritten aufgreifbaren Nichtigkeit ein Rechtsgestaltungs(urteil) ergehen wird.

In diesem Zusammenhang stellt sich im Lichte der Jud des EuGH²⁶⁹ die Frage, wie das Gericht seiner Verpflichtung, bei absoluter Nichtigkeit von Amts wegen die Mißbräuchlichkeit einer Vertragsklausel zu prüfen, vor allem im Mahnverfahren entsprechen kann und ob sich daraus eine über die bisherige Prüfpflicht gem § 244 Abs 2 Z 4 ZPO hinausgehende Untersuchungspflicht des Gerichtes vor Erlassung eines Zahlungsbefehls ergibt. Das ist mE nur dann anzunehmen, wenn der Mahnklage die für diese Prüfung erforderlichen Informationen zu entnehmen sind. So auch der EuGH, der eine Untersuchung nur dann verlangt, wenn, dass das Gericht über die zur Prüfung *„erforderlichen rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen verfügt“*.²⁷⁰

Prozessual bewirkt die relative Nichtigkeit, dass ihr Vorliegen aufgrund des Neuerungsverbotes im Revisionsverfahren nicht mehr geltend gemacht werden kann.²⁷¹

Interessant ist die Situation hinsichtlich sog Verträge zu Lasten Dritter. Ein Vertrag zu Lasten Dritter ist nach hL²⁷² und Rsp²⁷³ dem Dritten gegenüber unwirksam, da er andernfalls dem Grundsatz der Privatautonomie widersprechen würde. Der Schutzzweck dieser Nichtigkeitsanordnung bezieht sich auf den belasteten Dritten, sodass ein Fall der relativen Nichtigkeit vorliegt und der belastete Dritte – ohne selbst Vertragspartei zu sein – ein Feststellungsinteresse hinsichtlich der (Teil)nichtigkeit des Vertrages im Umfang der ihn belastenden Vereinbarung hat. Wird dieses Feststellungsinteresse prozessual nicht

²⁶⁹ EuGH 14.06.2012, C-618/10 Banco Espanol de Crédito SA / Joaquín Calderón Camino.

²⁷⁰ EuGH C-618/10 Rz 57.

²⁷¹ OGH 17.02.1987 14 ObA 17/87 = Arb 10.624; OGH 27.04.1999 4 Ob 79/99t = SZ 72/78.

²⁷² Rummel in Rummel ABGB I² § 880a Rz 1; Apathy/Riedler in Schwimann/Kodek IV⁴ § 880a Rz 1; Welser/Zöchling-Jud II¹⁴ Rz 655; Ehrenzweig/Mayrhofer, Schuldrecht allgemeiner Teil³ 193.

²⁷³ OGH 31.08.1995 3 Ob 566/95.

wahrgenommen, so entfaltet der belastende Vertrag gegenüber dem Dritten zwar keine Rechtsfolgen, er bleibt aber bis zu seiner Vernichtung vollumfänglich existent. Die Berufung einer (nicht belasteten) Vertragspartei auf diesen Nichtigkeitstatbestand wäre, da es sich um einen Fall der relativen Nichtigkeit handelt, demnach unzulässig.

5.2 Frist für die Geltendmachung

Die Anfechtung wegen Nichtigkeit unterliegt keiner besonderen Frist.²⁷⁴ Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung der wechselseitigen Ansprüche (zur Rechtsgrundlage für den Rückforderungsanspruch s Kap 5.15) unterliegt der diesbezüglichen Verjährungsfrist von 30 Jahren.

Zu berücksichtigen ist, dass einige Sondertatbestände zeitlich beschränkte Rückforderungsmöglichkeiten vorsehen.²⁷⁵

5.3 Totalnichtigkeit und Teilnichtigkeit

Der Terminus „Nichtigkeit“ existiert in Ö nicht als einheitlicher Begriff. Das ABGB kennt den Begriff der Nichtigkeit vor allem nicht als *terminus technicus*,²⁷⁶ weshalb die ursprünglich im Rahmen der III. Teilnovelle intendierte Übernahme des Nichtigkeitsbegriffes iSv § 134 dBGB in den mit dieser Novelle neu geschaffenen § 879 ABGB zum Scheitern verurteilt war.²⁷⁷ Wie bereits ausgeführt, besteht der maßgebliche Unterschied zwischen der diesbezüglichen d und ö Rechtslage darin, dass mit dem Nichtigkeitsbegriff des ABGB im

²⁷⁴ P. Bydlinski, in Apathy, Bürgerliches Recht I Allgemeiner Teil⁷ Rz 7/4; Kletecka in Koziol – Welser/Kletecka I¹⁴ Rz 564.

²⁷⁵ § 1480 1. S ABGB – 3 Jahre; § 27 Abs 3 MRG – 3, respektive 10 Jahre.

²⁷⁶ Illedits, Teilnichtigkeit 13.

²⁷⁷ Gschnitzer in Klang IV/1² 167.

Gegensatz zu § 134 dBGB keine einheitliche Wirkung verbunden ist, sondern die Nichtigkeit gemäß § 879 ABGB in verschiedenen Varianten auftritt.²⁷⁸ Dieses Kapitel setzt sich mit der Frage der Reichweite der Nichtigkeitssanktion auseinander.

Demzufolge ist zwischen Gesamtnichtigkeit des Vertrages einerseits und bloßer Teilnichtigkeit, also der Restgültigkeit des nicht von der Nichtigkeitssanktion bedrohten Vertragsinhaltes, andererseits, zu unterscheiden.²⁷⁹

In den Fällen der Teilnichtigkeit infolge teilweiser Unmöglichkeit ist die Frage der Restgültigkeit durch Vertragsauslegung zu ermitteln²⁸⁰ und auf den tatsächlichen, respektive *in eventu* auf den hypothetischen Parteiwillen abzustellen.²⁸¹

Schließlich sieht § 878 S 2 ABGB - für den Bereich der Unmöglichkeit - eine Zweifelsregelung zugunsten der Restgültigkeit vor: die Berücksichtigung des Parteiwillens kommt allenfalls dann in Betracht, wenn der Normzweck alleine keinen Rückschluss auf die Reichweite der Nichtigkeit zulässt. In diesem Fall ist iSv § 878 S 2 ABGB auf den hypothetischen Parteiwillen abzustellen und zu untersuchen, ob sich daraus eine teilweise Aufrechterhaltung des Vertrages ableiten lässt. Zur Bedeutung des § 878 in diesem Zusammenhang vgl unten (Kap 5.6).

Jedenfalls gilt: Ob die betroffene Regelung nur teil- oder aber zur Gänze nichtig ist, richtet sich in erster Linie nach dem Telos der Verbotsnorm,²⁸² wobei der Restgültigkeit der Vorzug vor der Totalnichtigkeit einzuräumen ist.²⁸³

²⁷⁸ Krejci in Rummel/Lukas, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 508 ff.

²⁷⁹ Mayer-Maly, Teilnichtigkeit 267; Illredits, Teilnichtigkeit 25.

²⁸⁰ Rummel in Rummel ABGB I² § 878 Rz 4.

²⁸¹ Mayer-Maly Die Bedeutung des tatsächlichen Parteiwillens für den hypothetischen, in FS Flume I 623.

Restgültigkeit kann allerdings nur eintreten, wenn der restliche, an sich gültige, Vertragsteil überhaupt als selbständiges Rechtsgeschäft in Frage kommt.²⁸⁴ In Bezug auf Nebenabreden gilt: Die Nichtigkeit von Nebenabreden hat dann nicht die Ungültigkeit des Gesamtvertrags zur Folge, wenn der Vertrag auch ohne diese Nebenabreden bestehen könnte²⁸⁵; dann sind nur diese Vertragsklauseln unwirksam²⁸⁶ und der von der Sittenwidrigkeit nicht umfasste Restvertrag bleibt wirksam.²⁸⁷

Selbst *Krejci*, der im Übrigen die absolute Nichtigkeit ohne weiteren Gestaltungsakt („*nicht geltend zu machend*“) eintreten lassen will,²⁸⁸ räumt ein, dass auch im Fall einer ausdrücklichen Nichtigkeitsanordnung der Normzweck eine teleologische Reduktion der Rechtsfolgenanordnung rechtfertigen kann.²⁸⁹ Es ist naheliegend, dass es der Rechtssicherheit abträglich wäre, wenn nicht nur die Frage der Nichtigkeit an sich, sondern auch noch das Ausmaß derselben ohne jeglichen Rechtsgestaltungsakt *eo ipso* eintreten soll. Es spricht daher – wie bereits ausgeführt – einiges dafür, auch in Fällen der absoluten Nichtigkeit eine entsprechende richterliche Ungültigkeitserklärung, sei sie im Wege des Parteienantrages oder amtswegig geltend gemacht, zu fordern.

²⁸² *Apathy/Riedler* in *Schwimann/Kodek IV*⁴ § 879 Rz 37; OGH 18.11.1981 3 Ob 580/81 = NZ 1983, 40; OGH 10.7.1979 4 Ob 9/79 = JBI 1981, 48; *Gschnitzer* Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts² 555; OGH 09.11.1966 6 Ob 136/66 = MietSlg 18.618 (30) = EvBl 1967/209 = JBI 1967, 432 = ImmZ 1967, 151 = ImmZ 1967, 286 = SZ 39/190; OGH 28.10.1971 = SZ 44/166; OGH 29.01.1974 4 Ob 602/73 = SZ 47/8.

²⁸³ *Mayer-Maly*, Teilnichtigkeit 283; *Rummel* in *Rummel ABGB I*² § 878 Rz 5; *Illedits*, Teilnichtigkeit 111; abw nur OGH 06.05.1959 1 Ob 33/58 = EvBl 1959/434 = ImmZ 1959, 369 (dort falsch mit 1 Ob 3/558 zitiert) = JBI 1959, 412.

²⁸⁴ MietSlg 39.402; *Apathy/Riedler* in *Schwimann/Kodek IV*⁴ § 878 Rz 9; s dazu auch Kap 5.10.

²⁸⁵ OGH 26.11.1997 9 ObA 2264/96y = RIS-Justiz RS0016431.

²⁸⁶ OGH 27.06.2016 6 Ob 95/16p uvm = RIS-Justiz RS0016420.

²⁸⁷ vgl OGH 12.08.2004 1 Ob 144/04i = SZ 2004/123.

²⁸⁸ Diese Ansicht wurde in Kap 5.1 bereits erörtert.

²⁸⁹ *Krejci* in *Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 23f.

Die Nichtigkeitsanordnung kann nach *Krejci*²⁹⁰ im Wege der teleologischen Reduktion relativiert werden, sofern das der Normzweck gebietet; selbst eine eindeutige Nichtigkeitsanordnung des Gesetzgebers rechtfertigt nicht das völlig Absehen vom Normzweck und den Entfall einer normzweckbedingten Differenzierung.

Ob Teil- oder Gesamtnichtigkeit eintritt, richtet sich gemäß stRsp²⁹¹ und hL²⁹² nicht nach dem hypothetischen Parteiwillen (vgl dazu aber Kap 5.13), sondern dem Zweck der Verbotsnorm. Für Klauselanwender gilt hinsichtlich Verträgen, die eine iSv § 879 Abs 3 oder § 6 KSchG nichtige Klausel enthalten: Erfasst die Sittenwidrigkeit nur einen Teil der gesamten Vereinbarung, so tritt Teilnichtigkeit ein, wogegen der Restvertrag wirksam bleibt.²⁹³ Hinsichtlich der infolge Nichtigkeit wegfallenden Klausel hat eine ergänzende Vertragsauslegung unter Berücksichtigung des dispositiven Rechts und des hypothetischen Parteiwillens zu erfolgen.²⁹⁴

Zusammenfassend kann somit ein Vertragsteil bei durch den Normzweck bedingt lediglich teilweiser Unzulässigkeit seines Inhaltes im Wege der geltungserhaltenden Reduktion im Ausmaß des zulässigen Inhaltes aufrechterhalten werden, wenn sich diese Aufrechterhaltung aus dem hypothetischen Parteiwillen erkennbar ableiten lässt.²⁹⁵ Auf die hinsichtlich

²⁹⁰ *Krejci* in *Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 23.

²⁹¹ OGH 28.10.1971 1 Ob 282/71 = SZ 44/166 = EvBl 1972/122 = JBl 1972, 322 = NZ 1973, 30; OGH 29.01.1974 4 Ob 602/73 = SZ 47/8 = EvBl 1974/295 = JBl 1974, 479 = RZ 1974, 61, 102 = ÖA 1977, 16; OGH 13.03.1996 5 Ob 506/96 = SZ 69/69 = JBl 1997, 37; OGH 11.05.2000 8 Ob 253/99k = SZ 73/79; OGH 27.11.2008 7 Ob 194/08t = wbl 2009/113 = EvBl 2009/466 (*Garber*) = ZVR 2009, 200 = HS 39.266; OGH 21.10.2010 2 Ob 50/10g = MietSlg 62.729; OGH 27.02.2014 6 Ob 224/12b = Zak 2013, 119 = ZFR 2013, 147 = RdW 2013, 268 = AnwBl 2013, 331 = EvBl-LS 2013/94 = ecolex 2013, 533 = ÖBA 2013, 1943 = VbR 2013, 12 (*Klauser*) = MietSlg 65.132; RIS-Justiz RS0016431.

²⁹² *Apathy/Riedler* in *Schwimann/Kodek IV*⁴ § 879 Rz 37; *Bollenberger* in *KBB*⁴, § 879 Rz 29; *Graf* in *ABGB-ON* 1.00 § 879 Rz 230; *Jabornegg*, Zum Provisionsanspruch des Immobilienmaklers, ÖJZ 1992, 645.

²⁹³ OGH 12.08.2004 1 Ob 144/04i = SZ 2004/123 = RdW 2004, 723.

²⁹⁴ OGH 24.06.2003 4 Ob 73/03v = SZ 2003/73 = JBl 2004, 50 (*Rummel*).

²⁹⁵ OGH 13.04.1983 1 Ob 581/83 = SZ 56/62 = EvBl 1983/468 = JBl 1983, 534 (zustimmend *F. Bydlinski*) = MietSlg 35.084 = MietSlg 35.093 = MietSlg 35.261(12); OGH 05.08.2003 7 Ob 179/03d = RdW 2003, 699 = VR 2003, 203 = JBl 2004, 245 = RdW 2004, 266 (*Reisinger*) = ecolex 2004, 528 (*Leitner*) = ecolex 2005, 425 (*Ertl*) = SZ 2003/91 = Zak 2012, 186 (*Kolmasch*).

Verbraucherverträgen aufgrund der EuGH-Rsp²⁹⁶ bestehende besondere Situation (nach hA²⁹⁷ soll hier aufgrund des Transparenzgebotes eine geltungserhaltende Reduktion grundsätzlich ausgeschlossen sein) wird unter Kap 5.12 eingegangen.

In jedem Fall ist der Restgültigkeit gegenüber der Gesamtnichtigkeit der Vorzug einzuräumen.²⁹⁸

5.4 Art der nichtigkeitsbedrohten Regelung

*Mayer-Maly*²⁹⁹ erkennt zwei Relativierungsfaktoren, die für die Frage der umfangmäßigen Reichweite des restgültigen Vertragsbestandteiles ausschlaggebend sein sollen, nämlich zum einen den objektiven Sinnzusammenhang der einzelnen Regelungsbestandteile und zum anderen den Parteiwillen: Als Faktoren für die Relativierung des Prinzips der Restgültigkeit wie auch des Prinzips der Gesamtnichtigkeit sieht *Mayer-Maly* vor allem das Wollen der Kontrahenten (den Parteiwillen) und den objektiven Sinnzusammenhang der von ihnen geschaffenen, nun in Frage stehenden Vereinbarung. „So kann eine Verankerung des Prinzips der Gesamtnichtigkeit mit dem Vorbehalt der Restgültigkeit bei dahingehendem Parteiwillen verbunden werden.“³⁰⁰ Umgekehrt „... kann sich aber auch die Verankerung des Prinzips der Restgültigkeit mit dem Vorbehalt verbinden, dass Gesamtnichtigkeit eintreten soll, wenn die

²⁹⁶ Im Detail Kap 5.16.

²⁹⁷ *Tschaler*, Zur Statthaftigkeit der Klausel "soweit gesetzlich zulässig" in AGB bei Verbraucherverträgen, ÖJZ 1998, 281 ff; *Graf*, Auswirkungen des Transparenzgebotes, ecolex 1999, 9 f; *Koziol/Welser* I¹² 165; dem ggü differenziert allerdings *Koziol – Welser/Kletecka* I¹⁴ Rz 437; einschränkend *Korinek*, Das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, JBl 1999, 171; OGH 05.08.2003 7 Ob 179/03d = JBl 2004, 245; *Leitner*, Geltungserhaltende Reduktion, ÖJZ 2002, 713; *Risak*, Transparenzgebot auch im Arbeitsvertragsrecht? ecolex 2006, 880; *Friedl*, Geltungserhaltende Reduktion im Verbraucherindividualprozess: Bindung der Beteiligung an Publikums-GmbH & Co KG jedenfalls für zehn Jahre zulässig, ecolex 2010, 3; *Graf*, Von nichtigen Klauseln, rechtswidrigen Geschäftspraktiken, Verbandsprozessen und ergänzender Vertragsauslegung - Ein höchstgerichtlicher Selbstwiderspruch, ecolex 2014, 1043; *Apathy* in *Schwimann/Kodek V* § 6 KSchG Rz 74; *Krejci* in *Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 524.

²⁹⁸ OGH 17.06.1986 2 Ob 535/86 = RdW 1987/10; OGH 12.04.2001 8 Ob 15/01s = SZ 74/67; *P. Bydlinski*, Bürgerliches Recht I⁶ 7/8; aA nur *Fitz*, Geltungserhaltende Reduktion in FS *Schnorr* 645.

²⁹⁹ *Mayer-Maly*, Teilnichtigkeit 267 f.

³⁰⁰ *Mayer-Maly*, Teilnichtigkeit 267.

*einzelnen Vertragselemente so zusammen hängen, dass sie nicht voneinander abgesondert werden können oder doch nach dem Willen der Kontrahenten offenbar nicht abgesondert werden sollen.*³⁰¹

*Illedits*³⁰² führt aus, dass hinsichtlich der beiden grundsätzlich zur Verfügung stehenden Alternativen der Gesamtnichtigkeit einerseits und der Restgültigkeit andererseits danach zu differenzieren ist, welcher Art (im Sinne seines Umfangs und seiner Bedeutung) der nichtige Regelungsteil ist. Ob es sich um einen Teil eines Rechtsgeschäftes, eine einzelne Vertragsklausel oder gar nur einen Teil einer Klausel handelt, hat unmittelbare Bedeutung für die Auswirkungen des Wegfalles dieses Teils auf den Gesamtvertrag.

Unabdingbare Grundvoraussetzung für eine Restgültigkeit ist die Teilbarkeit des Vertrages, also die Eignung des restlichen Vertragsteiles, auch ohne den wegfallenden nichtigen Teil Bestand zu haben.³⁰³ Fällt durch die Nichtigkeitssanktion ein *essentialium negotii* weg, so kann der verbleibende Rest nicht für sich alleine fortbestehen.

Es ist zu betonen, dass sich die von *Mayr-Maly* oben angesprochene Differenzierung nur auf die Reichweite der Restgültigkeit bezieht. Ob überhaupt eine Restgültigkeit in Frage kommt, richtet sich – wie dargestellt – nach dem Normzweck. Welcher Relativierungsfaktor nun ausschlaggebend ist, hängt von der Art der Nichtigkeit und – gemäß *Illedits*³⁰⁴ – vor allem wiederum vom Normzweck ab.

³⁰¹ *Mayr-Maly*, Teilnichtigkeit 267.

³⁰² *Illedits*, Teilnichtigkeit 25.

³⁰³ *Illedits* (Teilnichtigkeit 26) weist zu Recht darauf hin, dass dieser von *Mayr-Maly* (Teilnichtigkeit 269) ursprünglich lediglich als weiterer Relativierungsfaktor gewertete Umstand vielmehr eine Grundvoraussetzung darstellt.

³⁰⁴ *Illedits*, Teilnichtigkeit 28.

Prima vista erscheint die von *Mayer-Maly* und *Illedits* vertretene Ansicht somit als Zirkelschluss, weil beide Wege in der Relevanz des Normzwecks resultieren. Tatsächlich stehen aber die Fragen nach der Restgültigkeit und nach ihrem Umfang in einem derart engen Sinnzusammenhang, dass eine getrennte Behandlung untunlich wäre. Diese Thematik hat gerade im gegebenen Zusammenhang mit dem *quota litis*-Verbot größte Bedeutung, da sie Aufschluss darüber zulässt, in welchem Ausmaß hinsichtlich des eine Streitanteilsvereinbarung enthaltenden Anwaltsvertrages Restgültigkeit eintreten und in welcher Form der Parteiwille in diese Beurteilung Eingang finden könnte. Dies umso mehr, als *Mayer-Maly* den Faktoren des objektiven Sinnzusammenhanges und des Parteiwillens nicht nur bei der Bestimmung der Reichweite der Restgültigkeit, sondern auch bei der Vertragsergänzung eine Rolle einräumt.³⁰⁵ Demnach soll nach Maßgabe und unter Beachtung des Parteiwillens anstelle des dispositiven Gesetzesrechtes gegebenen Falles eine ergänzende Vertragsauslegung erfolgen.

Die Frage, ob Gesamtnichtigkeit oder Restgültigkeit eintreten, richtet sich somit einerseits und vorrangig nach dem Normzweck und andererseits nach der Art der Nichtigkeitsbedrohten Bestimmung. Über das letztgenannte Kriterium finden die Relativierungsfaktoren des Parteiwillens und des objektiven Sinnzusammenhanges Eingang in die Beurteilung, sodass extrapoliert werden kann, dass sich die Frage der Restgültigkeit – neben anderen Voraussetzungen – auch am Parteiwillen orientiert.

³⁰⁵ *Mayer-Maly*, Teilnichtigkeit 268.

5.5 Teil des Vertrages oder Teil einer Klausel?

§ 879 Abs 3 ABGB bezieht sich auf den Begriff der „Vertragsbestimmung“, § 6 KSchG spricht von „Vertragsbestandteilen“. Das Schrifttum bezeichnet beides als „Klauseln“.³⁰⁶

Das rechtliche Schicksal von nichtigen Klauseln ist europaweit uneinheitlich geregelt,³⁰⁷ selbst zwischen Österreich und Deutschland – zwei im Übrigen sehr ähnlichen Rechtsordnungen – bestehen hier erhebliche Unterschiede; so sind nach österreichischem Verständnis zum Teil nichtige Klauseln – außerhalb des Verbraucherrechts – geltungserhaltend zu reduzieren, während das in Deutschland als grundsätzlich unzulässig gesehen wird.³⁰⁸ Das hängt unter anderem damit zusammen, dass das ABGB kein Zergliederungsverbot kennt.³⁰⁹ Im Wirtschaftsleben ist aber die Tendenz zu beobachten, Vertragswerke, insbesondere Vertragsformblätter oder Geschäftsbedingungen, in zahlreiche Klauseln aufzugliedern. Nicht selten werden darin bewusst extreme – im Ergebnis nichtige – Vereinbarungen getroffen, da im Fall einer Geltendmachung der Nichtigkeit das zulässige Mindestmaß im Wege der Teilnichtigkeit ohnehin gilt.³¹⁰ Fitz sieht darin eine *culpa in contrahendo* im Wege der bewussten Schaffung von Intransparenz durch einen Vertragspartner.³¹¹

³⁰⁶ ZB *Krejci*, Handbuch KSchG 85 ff; F. *Bydlinski*, Allgemeine Versorgungsbedingungen und Energielieferungsverträge in Österreich, in *Neumayer-FS* zum 65. Geburtstag 127.

³⁰⁷ Hinsichtlich der jüngsten Rsp des EuGH und ihren Auswirkungen auf Ö s Kap 5.16.

³⁰⁸ *Geroldinger*, Ergänzende Auslegung von Verbraucherverträgen trotz Verbots der geltungserhaltenden Reduktion? ÖBA 2013, 27 ff; stv zum Meinungsstand s Kap 1.2.

³⁰⁹ *Ulmer*, Teilunwirksamkeit von teilweise unangemessenen AGB-Klauseln? NJW 1981, 2032.

³¹⁰ Zu der in Österreich grds nicht anwendbaren „*blue pencil doctrine*“ (Nach dieser im Common Law entwickelten Methode wird eine Restgültigkeit dann angenommen, wenn die Bestimmung durch den ersatzlosen Wegfall der nichtigen Bestandteil nicht sinnentfremdet wird. Ihre Berücksichtigung käme der Anwendung des in Ö abgelehnten Grundsatzes *utile per inutile non vitiatur* gleich) s zB *Pivateau, Griffin Toronjo* (31 August 2007), „*Putting the Blue Pencil Down: An Argument for Specificity in Noncompete Agreements*“, *Nebraska Law Review* 84 (3), retrieved 04.05.2009.

³¹¹ *Fitz*, Geltungserhaltende Reduktion 652.

Illedits hat dem gegenüber extrapoliert, dass kein Unterschied darin bestehen dürfe, ob es sich um einen Vertragsteil oder den Teil einer Klausel handelt, da nicht individuell ausgehandelte Vertragsbestimmungen ohnehin einer strengeren Inhaltskontrolle (gemäß §§ 879 Abs 3 ABGB und 6 Abs 3 KSchG) unterliegen.³¹²

Diese Ansicht ist zutreffend, da dem von *Fitz* zutreffend aufgezeigten Rechtsschutzbedürfnis durch die von *Illedits* ins Treffen geführte Inhaltskontrolle hinreichend Rechnung getragen wird. Auch Teile von Klauseln sind daher – wie Vertragsteile – auf ein noch zulässiges Ausmaß, sofern die Grenze zwischen noch Zulässigem und bereits Unzulässigem schwer zu definieren ist, jedenfalls ein sicher und solid zulässiges Ausmaß, geltungserhaltend zu reduzieren.³¹³

Eine Ausnahme von dieser Regel besteht im Verbraucherrecht (Kap 5.14.2) und im Verbandsprozess gemäß § 28 KSchG, da hier die Auslegung im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen hat und die Geltungskontrolle gemäß § 864a ABGB der Inhaltskontrolle gemäß § 879 Abs 3 ABGB vorgeordnet ist.³¹⁴ Dem Verbandsprozess kommt somit in erster Linie eine Präventivfunktion zu.³¹⁵

5.6 Analogiemöglichkeiten im Rahmen des ABGB

Abgesehen von der Spezialregelung des § 917a (dazu in Kap 5.14.3) beschäftigt sich das ABGB mit der Frage der Teilnichtigkeit nur in § 878 2. Satz, in einem Rahmen also, der sich auf den Themenkomplex der Unmöglichkeit bezieht. Demnach soll für den Fall des

³¹² *Illedits*, Teilnichtigkeit 70 f.

³¹³ *Illedits*, Teilnichtigkeit 112.

³¹⁴ OGH 11.05.2011 7 Ob 173/10g; RIS-Justiz RS0038205; *Apathy* in *Schwimann/Kodek IV*⁴ §§ 28-30 KSchG Rz 3.

³¹⁵ *P. Bydlinski*, in *Apathy*, Bürgerliches Recht, I⁶ 162.

Zusammentreffens eines möglichen und eines unmöglichen Vertragsinhaltes der Restgültigkeit des möglichen Vertragsteiles der Vorrang eingeräumt werden. Dies allerdings nur unter der Bedingung, dass aus dem Vertrag, also aus dem Parteiwillen, nicht Gegenteiliges hervorgeht.³¹⁶ In der L³¹⁷ wird diskutiert, ob § 878 S 2 ABGB für die Fälle der Gesetz- und Sittenwidrigkeit des § 879 ABGB analogiefähig ist.

Der Restgültigkeit wird in der Praxis der Vertragsgestaltung – beispielsweise in Form von salvatorischen Klauseln (vgl dazu ausführlich Kap 5.17) - häufig ausdrücklich der Vorrang gegenüber der Totalnichtigkeit eingeräumt und auch definiert, welche Parameter (zumeist die wirtschaftliche Zielsetzung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses) bei einer Reduktion oder einem Ersatz zu berücksichtigen sein sollen. Der auf diese Weise geäußerte Parteiwille ist beachtlich.³¹⁸ Aber selbst wenn der Parteiwille nicht mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck kommen sollte, wäre er relevant: Nach *Rummel*³¹⁹ ist in diesem Fall auf den hypothetischen Parteiwillen abzustellen, also darauf, „*welche Entscheidung die Parteien vernünftigerweise nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte getroffen hätten.*“³²⁰

³¹⁶ „...wenn anders aus dem Verträge nicht hervorgeht, dass kein Punkt von dem anderen abgesondert werden könne.“

³¹⁷ Eine übersichtliche Darstellung des Meinungsstandes findet sich bei *Heiss*, Formmängel und ihre Sanktionen 155.

³¹⁸ *Mayer-Maly*, Die Bedeutung des tatsächlichen Parteiwillens für den hypothetischen, in FS *Flume* 662; *Rummel* in *Rummel/Lukas* TB 859 – 916⁴ § 878 Rz 4; *Illedits*, Teilnichtigkeit 29.

³¹⁹ *Rummel* in *Rummel/Lukas* TB 859 – 916⁴ § 878 Rz 4; aA *Naendrup*, Die Teilnichtigkeit bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Untersuchungen zu Grundproblemen des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen 153; *Pierer v. Esch*, Teilnichtige Rechtsgeschäfte 70.

³²⁰ *Stv Flume*, Rechtsgeschäft³ 578.

Im Bereich der Unmöglichkeit ist die Frage der Restgültigkeit also im Sinne einer Abwägung des faktischen, in eventu des hypothetischen, Parteiwillens einerseits und eines diesen allenfalls konterkarierenden Normzwecks andererseits zu lösen.³²¹

Im Gegensatz zum Bereich der Unmöglichkeit soll es bei der Frage der Restgültigkeit im Bereich des Gesetzesverbotes aber – wie bereits mehrfach erwähnt – vorrangig auf den Normzweck ankommen. Allerdings fließt die Absicht des § 878 2. Satz ABGB in diesen Bereich insofern ein, „als der Parteiwille nur dann irrelevant ist, wenn dies dem Zweck der Verbotsnorm besser entspricht.“³²²

Gschnitzer³²³ fordert bei der Anwendung von § 879 ABGB eine Orientierung an Natur und Zweck des Verbotes, das die teilweise Unerlaubtheit auslöst. Dieser Einfluss könnte als analoge Anwendung von § 878 S 2 ABGB gesehen werden. Illedits³²⁴ spricht sich dagegen aus, diese Berücksichtigung dogmatisch als Analogie zu bezeichnen: von einer analogen Anwendung könne nur dann gesprochen werden, wenn die für einen bestimmten Einzeltatbestand angeordnete Rechtsfolge auf einen dem ursprünglichen Wortlaut nach nicht erfassten Sachverhalt erstreckt wird. Im vorliegenden Fall werde aber die Rechtsfolge selbst modifiziert. Da eine Analogie methodisch zur Anwendung der gleichen Rechtsfolgen führe, *in casu* aber die Rechtsfolgen modifiziert würden, weil die Regelungszwecke des §§ 878 2. Satz und 879 ABGB voneinander abweichen, könne von einer analogen Anwendung nicht gesprochen werden. Während § 878 2. Satz dem Grundsatz der Privatautonomie dadurch Geltung verschaffe, dass die Frage der Restgültigkeit nach dem Parteiwillen zu beantworten

³²¹ Rummel (Rummel/Lukas TB 859 – 916⁴ § 878 Rz 4) erwähnt, dass dieser Gedanke eher hypothetischer Natur ist, da eine direkter Anwendungsbereich des § 878 S 2 ABGB wohl bestenfalls im Rahmen der rechtlichen Unmöglichkeit denkbar wäre; (nur) dbzgl aA Illedits, Teilnichtigkeit 32.

³²² Mayer-Maly, Teilnichtigkeit 283; Rummel in Rummel/Lukas TB 859 – 916⁴ § 878 Rz 5; OGH 28.10.1971 1 Ob 282/71 = SZ 44/166 = EvBl 1972/233 = JBl 1972, 322 = NZ 1973, 30.

³²³ Gschnitzer in Klang² IV/1, 169.

³²⁴ Illedits, Teilnichtigkeit 33.

sei, setze § 879 der Privatautonomie Grenzen,³²⁵ indem sich bei einem Gesetzesverstoß oder einem Verstoß gegen die guten Sitten das Ausmaß der Restgültigkeit nach dem Verbotszweck richte. *„Der Wille, den Vertrag nur mit dem verbotswidrigen Vertragsteil abzuschließen, bleibe unbeachtlich, weil er auf Rechtswidriges gerichtet sei.“*³²⁶

Dieser Ansicht ist zu relativieren, da es ja eben keineswegs darum geht, ob der Vertrag „nur“ mit dem verbotswidrigen Vertragsteil abgeschlossen worden wäre. Diese Frage richtet sich – wie oben postuliert – auch im Regime des § 879 nach dem Parteiwillen, sofern dieser nicht dem Normzweck zuwider läuft. Ausschließlich nach dem Normzweck – und insofern abweichend von § 878 2. Satz – richtet sich vielmehr nur die Abgrenzungsfrage, wie weit das Verbot reicht. Das Schicksal des nicht vom Verbot umfassten Vertragsbestandteiles bleibt durch diese Betrachtungsweise aber unberührt. Insofern kann daher sehr wohl von einer analogen Anwendung des § 878 – soweit es den Parteiwillen in Bezug auf das Schicksal des gesetzeskonformen oder nicht gegen die guten Sitten verstoßenden Vertragsbestandteiles geht – gesprochen werden.

Immerhin kommt *Illedits* – wenngleich über einen mE nicht erforderlichen Umweg – zum gleichen Ergebnis, indem er letztlich festhält *„Die Entscheidung für die Restgültigkeit im Zweifelsfall bei Anwendung des § 879 ABGB, wenn also Überlegungen zum Schutzzweck der übertretenen Norm keine Aussage über die Vernichtung oder Aufrechterhaltung des nicht verbotswidrigen Vertragsteiles liefern, ist aber nichts anderes als eine analoge Anwendung einer der beiden Rechtsfolgenanordnungen des § 878 Satz 2 ABGB, nämlich die zweite*

³²⁵ Schon dieses Postulat ist zu hinterfragen: Privatautonomie und immanente Vertragsgerechtigkeit sind nämlich kein Gegensatz, sondern stehen gem *Larenz* (Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung³ 160) im Verhältnis einer immanenten Zuordnung.

³²⁶ *Illedits*, Teilnichtigkeit 33; der überdies unter Berufung auf *Mayer-Maly* (Teilnichtigkeit 270) den Standpunkt vertritt, dass eine Analogie auch an der III. Teilnovelle scheitere, da hier zwischen teilweiser Unmöglichkeit (878) und teilweiser Unerlaubtheit (879) explizit differenziert werde (*Illedits* aaO 32).

*Rechtsfolgenanordnung wird analog angewendet, indem die Rechtsfolge „im Zweifel Restgültigkeit“ einer nach der Tatbestandsformulierung unmittelbar gar nicht passenden Norm (§ 878 ABGB) auf einen ähnlichen Fall (der Teilnichtigkeit nach § 879 ABGB) erstreckt wird“.*³²⁷

Zusammengefasst kann daher festgehalten werden, dass eine Analogie zu § 878 2. Satz dahingehend möglich ist, dass sich diese nicht auf die Frage bezieht, ob überhaupt eine Restgültigkeit auch im Regime des § 879 ABGB möglich ist, sondern auf die Frage, was (im Sinne welcher Teil eines Vertrages) restgültig bestehen bleibt. Das Ergebnis dieser Analogie, nämlich der Vorrang der Restgültigkeit gegenüber der Totalnichtigkeit, ist anders als der Weg zu diesem Ergebnis und ungeachtet der Beurteilung, an welchem Kriterium (Normzweck oder Parteiwille) sich die zugrunde liegende Wertung orientiert, mittlerweile hL.³²⁸

Weitaus klarer ist die Situation in Hinblick auf § 917a ABGB.³²⁹ Die Bestimmung wurde am 01.10.1979, mit der Einführung des KSchG,³³⁰ in das ABGB aufgenommen. Mit § 917a wird gesetzlich eine geltungserhaltende Reduktion des fehlerhaften Vertrages (durch Herabsetzung auf das gesetzlich zulässige Entgelt, respektive Einklagbarkeit der Differenz auf das gesetzliche Mindestentgelt) vorgeschrieben. Die Bestimmung normiert also in den Fällen der Verletzung einer gesetzlichen Preisregelung die Teilnichtigkeit, indem die getroffene Entgeltvereinbarung unwirksam und *ex lege* korrigiert wird, während die übrigen Vertragsbestandteile unverändert erhalten bleiben.³³¹

³²⁷ *Illedits*, Teilnichtigkeit 34.

³²⁸ Stv *Bollenberger* in KBB⁴ § 879 Rz 29 mwN.

³²⁹ Eine Auseinandersetzung mit dem Tatbestand erfolgt im Kap „Spezialbestimmungen nach österreichischem Recht“ – 5.4.13.

³³⁰ BGBl Nr 140/1979.

³³¹ OGH 06.09.2012 Ob 172/01k = wobl 2003/126; *Gruber* in ABGB-ON 1.00 § 917a Rz 5.

Zielsetzung dieser Spezialregelung war es gem RV,³³² klar zu stellen, ob neben privatrechtlichen Preisbestimmungen³³³ auch verwaltungsrechtlich verankerte Preisober- oder untergrenzen die Teilnichtigkeit, also die Unwirksamkeit des gesetzwidrigen Regelungsteiles bei Fortbestand des nicht von der Unwirksamkeit betroffenen anderen Teils, zur Konsequenz haben. Diese Klarstellung erfolgte zugunsten der Teilnichtigkeit.

§ 917a konkretisiert die Regeln über die Gesetzwidrigkeit, wie sie sich aus § 879 ableiten lassen, für den Bereich der gesetzlichen Preisregelung. Damit wurde aber keine *lex specialis*, sondern eine Ergänzung zu § 879 geschaffen, da lange Zeit Unsicherheit darüber bestand, ob neben der privatrechtlichen Preisbestimmung auch verwaltungsrechtlich normierte Preisgrenzen die Rechtsfolgen des § 879 ABGB nach sich ziehen.³³⁴ Aus § 917a lässt sich daher *per analogiam* systematisch eine Wertung des Gesetzgebers zugunsten der Teilnichtigkeit ableiten, da § 917a hinsichtlich der Rechtsfolgen die gleiche Zielsetzung wie § 879 verfolgt.

5.7 Quantitative und qualitative Teilnichtigkeit

Der Begriff der „qualitativen Nichtigkeit“ bezieht sich auf inhaltliche Kriterien, jener der „quantitativen Nichtigkeit“ auf zahlenmäßige, also insbesondere betragliche oder zeitliche Kriterien. Die Differenzierung geht auf *Fitz*³³⁵ zurück, der bei der Beurteilung der Teilnichtigkeit von Klauseln zwischen Fällen quantitativen Übermaßes und solchen, die „materiell Eigenständiges zu einer optischen Einheit verquicken“, und damit zwischen qualitativer und quantitativer Nichtigkeit unterscheidet. Erstere bezieht sich somit auf

³³² ErläutRV KSchG, 744 BlgNr 14. GP 49.

³³³ Wie insb § 16 MRG.

³³⁴ OGH 09.04.1986 1 Ob 553/86 = SZ 59/65.

³³⁵ *Fitz*, Geltungserhaltende Reduktion 652.

inhaltliche Kriterien des Rechtsgeschäftes, letztere auf betragsmäßige oder zeitliche, also „quantitative“ Kriterien.³³⁶

Die Behandlung qualitativer Nichtigkeit ist unstrittig und wird auch von *Fitz*³³⁷ anerkannt, der von der Wirksamkeit des erlaubten Restbestandes einer qualitativ nichtigen Klausel ausgeht. Hinsichtlich der quantitativen Nichtigkeit wird von Teilen des Schrifttums³³⁸ ins Treffen geführt, dass durch eine geltungserhaltende Reduktion im Wege einer betraglichen (oder zeitlichen) Korrektur ein zu weit reichender richterlicher Eingriff erfolge.

Wie soeben in Kap 5.6 dargestellt, kennt das ABGB aber sehr wohl eine betragliche Korrektur. § 917a sieht genau diese Korrektur vor. Die zitierte Ansicht ist nicht mit § 917a ABGB vereinbar und daher abzulehnen.

Nach *Illedits* ist aber ohnehin keine Differenzierung zwischen den Rechtsfolgen einer quantitativen oder qualitativen Nichtigkeit erforderlich, da zum einen qualitative Tatbestände ebenso teilbar sind wie quantitative³³⁹ und zum anderen die Totalnichtigkeit in jedem Fall den (erheblich) weiterreichenden Eingriff als eine geltungserhaltende Reduktion darstellt.³⁴⁰ Diese zutreffende Ansicht hat Auswirkung auf das hier behandelte Thema des Umfanges der Restgültigkeit einer verpönten Streitanteilsvereinbarung:

§ 879 Abs 2 Z 2 ABGB ist als Fall einer qualitativen Nichtigkeit einzustufen, weil die Ausmessung des Honorars in einem Anteil des erstrittenen Betrages ein qualitatives Kriterium

³³⁶ Vgl auch *Heiss*, Formmängel und ihre Sanktionen: eine privatrechtsvergleichende Untersuchung 191.

³³⁷ *Fitz*, Geltungserhaltende Reduktion 652.

³³⁸ *Fitz*, Geltungserhaltende Reduktion 652; *Zimmermann*, Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit? 50, 57.

³³⁹ *Illedits*, Teilnichtigkeit 127.

³⁴⁰ *Illedits*, Teilnichtigkeit 60.

darstellt. Das verpönte Kriterium besteht in der direkten Relation des Honorars zur Höhe des erstrittenen Betrages. Würde das zustehende Erfolgshonorar in einem absoluten Betrag – einem quantitativen Kriterium - definiert, so läge keine verbotene *quota litis* vor. Anders läge die Sache auch, wenn die Überschreitung einer bestimmten Betragshöhe verboten wäre, darin läge ebenfalls ein quantitatives Kriterium.

Der zulässige Vertragsbestandteil bleibt daher (rest)gültig, da selbst *Fitz*,³⁴¹ der eine geltungserhaltende Reduktion ablehnt, von der Wirksamkeit des erlaubten Restbestandes einer qualitativ nichtigen Klausel ausgeht.

Durch den Wegfall des verpönten Vertragsteils drängt sich die Frage auf, welches Honorar nach Wegfall der – verbotenen - Bezugnahme auf den Prozesserfolg nun geschuldet wird. Diese Frage lässt sich auf verschiedene Weise lösen. In Betracht kommen eine ergänzende Vertragsauslegung, eine Konversion, eine geltungserhaltende Reduktion der nichtigen Vereinbarung auf das sicher und solid zulässige Ausmaß oder die Behandlung der nichtigen Vereinbarung wie eine quantitative Nichtigkeit, was letztlich ebenfalls in einer geltungserhaltenden Reduktion der Honorarvereinbarung resultiert.

5.8 Orientierung am Schutzzweck der Norm

Die Frage, ob ein Verstoß gegen § 879 ABGB eine Totalnichtigkeit nach sich zieht oder - allenfalls infolge einer geltungserhaltenden Reduktion - Restgültigkeit eintritt, was wiederum zum Erfordernis der Anwendung dispositiven Rechts oder einer ergänzenden

³⁴¹ *Fitz*, Geltungserhaltende Reduktion 652.

Vertragsauslegung führen kann, ist in Anlehnung an das Schadenersatzrecht nach hL³⁴² aus dem Schutzzweck der Norm abzuleiten: Im Regime des § 879 ABGB spielt die Frage, ob die Parteien auch den Restvertrag geschlossen hätten, nur hinsichtlich der Abgrenzung des nichtigen von dem Bestand habenden Vertragsteil und in den Fällen, in denen aus dem Normzweck kein Rückschluss auf eine Restgültigkeit gezogen werden kann, eine Rolle (im Detail s Kap 5.13). Grundsätzlich kommt es darauf an, welchen Schutzzweck die Verbotsnorm verfolgt; das wird mit dem Wortlaut des § 879 Abs 3 („jedenfalls“ *nichtig, wenn...*) und des § 6 Abs 3 KSchG („jedenfalls“ *nicht verbindlich,*) begründet.³⁴³

Die Ratio dieser Überlegung liegt darin, dass ein reines Abstellen auf den hypothetischen Parteiwillen wohl in den überwiegenden Fällen zu einer Totalnichtigkeit führen würde, weil der Vertrag eben (nur) in der verpönten Form gewünscht war. Das widerspricht dem Grundsatz *turpitudinem suam allegans non auditur*,³⁴⁴ der auf Unerlaubtes gerichtete Wille ist insoweit irrelevant, als er gegen den Schutzzweck der Norm verstößt.³⁴⁵

*Graf*³⁴⁶ zeigt allerdings die Fehleranfälligkeit dieses Grundsatzes anhand eines Beispiels aus der Rsp auf: Im Zusammenhang mit der Beachtlichkeit des Verbotszwecks der Norm für die Frage nach Teil- oder Gesamtnichtigkeit wird insb von *Bollenberger*³⁴⁷ die Entscheidung des OGH vom 28.10.1971 1 Ob 282/71 = SZ 44/146 zitiert. Dieser E liegt zusammengefasst folgender SV zugrunde:

³⁴² Stv *Gschnitzer* in *Klang* IV/1 168; *Mayer-Maly*, Teilnichtigkeit 264; *Krejci* in *Rummel/Lukas* TB 859 – 916⁴, § 879 Rz 514; *Apathy/Riedler* in *Schwimann/Kodek* IV³ § 878 Rz 9; *Illedits*, Teilnichtigkeit 37 f; *Bollenberger* in *KBB*⁴ § 879 Rz 29; *Sandrock*, Teilnichtigkeit 481.

³⁴³ *Illedits*, Teilnichtigkeit 37 ff; *Mayer-Maly*, Teilnichtigkeit 265; NZ 1983, 40; OGH 27.05.1986 14 Ob 86/86 = JBl 1986, 674 = Arb 10.527 = DRdA 1987, 452 (*Pfeil*); OGH 04.10.1989 3 Ob 525/89 = JBl 1990, 318 = EvBl 1990/22 = ecolex 1990, 84; OGH 19.12.1990 9 ObA 219/90 = DRdA 1991/46 = ZAS 1991/20 = EvBl 1991/60 mwN; OGH 30.01.1991 9 ObA 310/90 = RdW 1991, 270.

³⁴⁴ Lat, wörtlich „Niemand wird gehört, der sich auf seine eigene Schändlichkeit beruft“.

³⁴⁵ *Illedits*, Teilnichtigkeit 37 mwN.

³⁴⁶ *Graf* in ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 230 FN 468; *Graf*, Die österreichische Rückstellungsgesetzgebung 113 ff.

³⁴⁷ *Bollenberger* in *KBB*⁴ § 879 Rz 29.

Die Rechtsvorgängerinnen der Kläger haben dem Beklagten einen Liegenschaftsanteil zum Kauf angeboten, weil sowohl der Beklagte als auch die Rechtsvorgängerinnen der Kläger wegen ihrer jüdischen Abstammung aus dem damaligen Reichsgebiet auswandern wollten. Es wurde vereinbart, daß der Beklagte die Liegenschaftsanteile erwerbe und gleichzeitig, daß er den Verkäuferinnen diese Miteigentumsanteile gegen Bezahlung des wertgesicherten Kaufpreises zurückstelle, falls sich die Verhältnisse ändern und die Verkäuferinnen dies wünschen sollten. Der Wert der Liegenschaftsanteile wurde einvernehmlich mit 20 bis 22 Fotoapparaten, Zeiss-Contax, Optik 1:2, festgelegt. Die Wertsicherung wurde in der Weise bestimmt, daß sich der Beklagte um den Wiederkaufspreis ebenso viele Fotoapparate derselben oder einer gleichwertigen Marke sollte kaufen können. Der Kaufpreis von RM 9.714,28 (umgerechnet rund EUR 70.000,00)³⁴⁸ wurde von den Verkäuferinnen in Empfang genommen. Eine der beiden verkaufenden Schwestern wurde im August 1942 nach Theresienstadt gebracht, ihre Schwester ist 1964 im Ausland gestorben.

Die Kläger begehrten die Aufhebung des zwischen ihren Rechtsvorgängerinnen und dem Beklagten 1941 geschlossenen Liegenschaftskaufvertrages Zug um Zug gegen Zahlung des ursprünglichen Kaufpreises von RM 9.714,28 und stützten diesen Anspruch darauf, dass lediglich ein Treuhandverhältnis begründet worden sei.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, daß die festgestellte Vereinbarung als Verkauf mit dem Vorbehalt des Wiederkaufes (§ 1068 ABGB) zu werten sei. Dafür spräche der Umstand, daß zwischen den Verkäuferinnen und dem Beklagten als Käufer der Wiederkaufspreis unter Zugrundelegung eines bestimmten Wertmessers vereinbart worden sei. Es wäre sinnlos gewesen, den Kaufpreis zu erbringen und den Wiederkaufspreis

³⁴⁸ <https://de.wikipedia.org/wiki/Reichsmark>, abgefragt am 06.06.2017, 17:30 Uhr.

festzulegen, wenn die Parteien lediglich ein (verdecktes) Treuhandverhältnis begründen wollten, wie diese vorbrachten. In diesem Falle hätte es genügt, nach außen den Abschluss eines Kaufvertrages zu simulieren. Die Auszahlung eines Kaufpreises und die Festsetzung eines Wiederkaufpreises wäre dann entbehrlich gewesen. Das Recht des Wiederkaufes habe nach der Regelung des § 1070 ABGB nur von den Verkäuferinnen ausgeübt werden können, den klagenden Parteien als deren Rechtsnachfolgern stehe dieses Recht nicht zu.

Berufung und Revision der Kläger waren nicht erfolgreich. In der zitierten E bestätigte der OGH die Rechtsansicht der Vorinstanzen dahingehend, dass keine Treuhand, sondern ein Kauf mit Wiederkaufvorbehalt vorlag und sprach weiters aus: *„Den Revisionsausführungen ist allerdings darin beizupflichten, daß die Vereinbarung über den Vorbehalt des Wiederkaufsrechtes nach den damals geltenden Vorschriften nichtig war, weil diese Abmachung zufolge der Bestimmungen des § 8 Abs 1 und 2 der Verordnung über den Einsatz jüdischen Vermögens vom 3. 12. 1938, DRGBl 11709, einer – dies Falls nicht erwirkten - Genehmigung bedurft hätte (§ 879 Abs 1 ABGB). Es ist daher nötig, auf das damit angesprochene Problem der Gesamtnichtigkeit und der Restgültigkeit (Teilnichtigkeit) von Verträgen einzugehen. Gesamtnichtigkeit bedeutet, daß ein Vertrag zur Gänze der Nichtigkeit anheimfällt, wenn irgendeiner seiner Teile an Nichtigkeit leidet. Das Prinzip der Restgültigkeit dagegen bedeutet Isolierung der Nichtigkeit auf jene Vertragselemente, die unmittelbar von einer Nichtigkeit betroffen sind (Mayer - Maly in der Gedenkschrift für Gschnitzer, Über die Teilnichtigkeit 266).“*

In der Folge führt der OGH aus, dass die getroffene Vereinbarung „klar trennbare Vertragselemente“, nämlich einerseits die Kaufabrede und andererseits die Wiederkaufabrede, beinhaltet. Daraus war für die Kläger aber nichts gewonnen:

„Die von den Rechtsmittelwerbern zitierte Vorschrift des § 8 der Verordnung über den Einsatz jüdischen Vermögens vom 03.12.1938, DRGBI I 1709, wollte nicht etwa den Erwerb von Liegenschaften schlechthin unterbinden, sie war vielmehr dazu bestimmt, Angehörige der jüdischen Volksgruppe davon auszuschließen. Die Aufrechterhaltung der gegenständlichen Kaufvereinbarung als solcher widerstreitet weder der Natur noch dem Zweck der zitierten - bereits durch § 1 Abs 1 des Rechtsüberleitungsgesetzes vom 1. 5. 1945, StGBI Nr 6, aufgehobenen - Vorschrift (vgl auch die 1. Kundmachung über die Aufhebung von Rechtsvorschriften des Deutschen Reiches, StGBI Nr 14). Es besteht daher kein Anlass, den Nichtigkeitsgrund über die Nebenabrede hinaus wirken zu lassen und die Restgültigkeit der Kaufvereinbarung - ohne das vereinbarte Wiederkaufsrecht der Verkäufer - in Frage zu stellen.“

Diese Einschätzung führte dazu, dass nur Teilnichtigkeit, nämlich in Bezug auf die Wiederkaufabrede, angenommen wurde. Das führte zur Restgültigkeit des Vertragselementes der Kaufabrede und somit zur Klagsabweisung.³⁴⁹

Graf³⁵⁰ kritisiert diese Entscheidung als verfehlt, da der OGH den die Verfolgung der Juden umsetzenden Zweck der zitierten nationalsozialistischen V über den Einsatz jüdischen Vermögens als validen Normzweck zur Entscheidungsbegründung im Sinne des Vorliegens einer Teilnichtigkeit heranzog und damit das Unrecht des NS-Regimes unreflektiert fortsetzte.

³⁴⁹ Mit dem Themenkreis hat sich insb Mayer-Maly (in Klang² IV/2 736 ff) intensiv auseinander gesetzt: Ist die Vereinbarung eines Wiederkaufsvorbehaltes unzulässig, so stellt sich die Frage nach Gesamtnichtigkeit oder Restgültigkeit des Vertrages. Mayer-Maly kommt zu dem Ergebnis, dass die Gesamtnichtigkeit bei unzulässigem Wiederkaufsvorbehalt keine unabwendbare Sanktion darstelle. Vielmehr ergebe sie sich in der Regel aus einer dem Parteiwillen und der Interessenlage entsprechenden Berücksichtigung der Zusammenhänge zwischen dem ursprünglichen Kauf und dem vorbehaltenen Wiederkauf. Insgesamt bestätigt auch Mayer-Maly eine „im allgemeinen anzuerkennende Begünstigung der Restgültigkeit bei unzulässigen Wiederkaufsvorbehalten“.

³⁵⁰ DRGBI 1938 I 1709.

Dieser Ansicht ist uneingeschränkt zu folgen, da nicht jeder (Norm)Zweck die Mittel heiligt. Da die Regelungsabsicht des Verbotes aus heute völlig unbestreitbarer Sicht inakzeptabel ist, muss ihre Wirkung auf den ursprünglich durch sie verpönten Sachverhalt durchbrochen werden.

Wie sich zeigt, ist der Normzweck sohin nicht immer das Maß aller Dinge. Bei der Ermittlung des Normzwecks ist nicht auf den Entstehungs-, sondern den Anwendungszeitpunkt der Norm abzustellen, wodurch eine Berücksichtigung von Änderungen des soziologischen, wirtschaftlichen, technischen und des daraus mitunter abgeleiteten normativen Umfeldes gewährleistet wird.³⁵¹ Demnach kann ein im Laufe der Zeit eintretender Funktionsverlust durchaus zur gänzlichen Unanwendbarkeit der betreffenden Norm führen.³⁵²

Eine weitere Möglichkeit, um dem zwischen moralischen und positivistischen Aspekten oszillierenden Problem der Auslegung des Normzwecks gerecht zu werden, könnte in einer Anlehnung an den von *F. Bydlinski*³⁵³ entwickelten Dualismus eines inner- und außerrechtlichen Wertungsansatzes liegen.

5.9 Verdünnte Willensfreiheit

Im Sinne eines beweglichen Systems³⁵⁴ ist für die Beurteilung einer gröblichen Benachteiligung iS des § 879 Abs 3 ABGB auf das Ausmaß der Äquivalenzstörung und den Grad der verdünnten Willensfreiheit abzustellen.

³⁵¹ RIS-Justiz RS0003223 in Bezug auf bargeldlosen Zahlungsverkehr.

³⁵² *F. Bydlinski*, Methodenlehre² 588.

³⁵³ Vgl Kap 4.3.1.

³⁵⁴ *Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht 17.

Der Begriff der verdünnten Willensfreiheit leitet sich aus dem Telos des Verbraucherschutzrechtes ab.³⁵⁵

Auch hinsichtlich der - im Zusammenhang mit der hier untersuchten Rechtsfrage relevanten - Rechtsfolgen des § 879 Abs 2 Z 2 ABGB ist danach zu differenzieren, ob sich der Vertragspartner des RA mit diesem hinsichtlich seines Durchsetzungsvermögens auf Augenhöhe oder aber in einer Situation verdünnter Willensfreiheit befindet (also zB Verbraucher ist). Dabei ist vor allem auf die jüngste Rsp des EuGH³⁵⁶ Bedacht zu nehmen. Das Erfordernis dieser Differenzierung ergibt sich daraus, dass für die zit Bestimmung unter anderem der Schutz des Mandanten vor Übervorteilung als Normzweck in Frage kommt. Je nach Bedeutung dieser Zielsetzung sind die Anfälligkeit und das Ausmaß einer Äquivalenzstörung durch inkongruente wirtschaftliche Machtpositionen oder den Wissensvorsprung eines Vertragspartners ggü dem anderen zu untersuchen.

Das Vorliegen einer verdünnten Willensfreiheit kann sich in einem vom Normalfall erheblich abweichenden Ergebnis niederschlagen, da der Normzweck – wie bereits mehrfach ausgeführt – den allenfalls auf eine andere Zielsetzung ausgerichteten Parteiwillen empfindlich beschränken, sogar konterkarieren, kann. Hieraus ergibt sich die Notwendigkeit bei der Diskussion der Zulässigkeit der *quota litis* oder der Suche nach alternativen Lösungen grundsätzlich zwischen Mandaten, die Verbraucher, und solchen, die Unternehmer sind, zu differenzieren.

³⁵⁵ Der Begriff der „verdünnten Freiheit“ wurde von *F. Bydlinski* (Privatautonomie 120 ff; Glosse zu OGH 13.04.1983 1 Ob 581/83 = SZ 56/62 = EvBl 1983/129, 468 = JBl 1983, 534 = MietSlg 35084 = MietSlg 35093 = MietSlg 3526; Einordnung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Vertragsrecht, FS *Kastner* 60) etabliert, ist aber ursprünglich auf *Raiser* (Festschrift deutscher Juristentag I 1960, 123) zurück zu führen, der feststellt, dass Verträge, die mindestens *für eine Vertragspartei in einem „Raum verdünnter Freiheit“ zustande gekommen sind, besonders auf ihre inhaltliche Angemessenheit geprüft werden müssen*; s auch *Krejci*, Über gröblich benachteiligende Nebenbestimmungen in AGB und Vertragsformblättern, JBl 1981, 169 ff und 245 ff; *Krejci*, Handbuch KSchG 171 f.

³⁵⁶ EuGH 14.06.2012 C-618/10 Banco Espanol de Crédito SA / Joaquín Calderón Camino.

5.10 Die geltungserhaltende Reduktion

Schon die Definition des Begriffs der „geltungserhaltenden Reduktion“ ist umstritten, wie ein Auszug der Lehrmeinungen veranschaulicht:

*Zimmermann*³⁵⁷ bezeichnet die geltungserhaltende Reduktion als richterliche Vertragsgestaltung. Sie sei in Fällen der quantitativen Teilnichtigkeit³⁵⁸ unzulässig, weil sich keine gesetzliche Legitimation für einen richterlichen rechtsgestaltenden Eingriff fände.

*Illedits*³⁵⁹ definiert den Begriff als Reduktion einer teilweise gesetzwidrigen Klausel auf ein inhaltlich nicht beanstandendes Maß. Er sieht keine Veranlassung für eine Differenzierung nach quantitativen oder qualitativen Kriterien³⁶⁰ und will die geltungserhaltende Reduktion in beiden Fällen zulassen, da die bei quantitativer Teilnichtigkeit bis dahin geforderte Totalnichtigkeit den erheblich weitreichenderen Eingriff als eine Reduktion auf ein zulässiges Ausmaß darstelle.³⁶¹

Nach Ansicht von *P. Bydlinski*³⁶² soll eine geltungserhaltende Reduktion nur auf das „sicher und solid zulässige Ausmaß“ erfolgen, da andernfalls der Richter zum Sachwalter des Klauselanwenders würde.

*Leitner*³⁶³ definiert die geltungserhaltende Reduktion – freilich eingeschränkt auf den Anwendungsbereich von AGB – als eine Methode, die den völligen Wegfall einer

³⁵⁷ *Zimmermann*, Richterliches Modifikationsrecht oder Totalnichtigkeit? Die rechtliche Behandlung anstößiger-übermäßiger Verträge 80 ff.

³⁵⁸ Zu den Begriffen der quantitativen und qualitativen Teilnichtigkeit vgl Kap 5.7.

³⁵⁹ *Illedits*, Teilnichtigkeit 67.

³⁶⁰ *Illedits*, Teilnichtigkeit 58.

³⁶¹ *Illedits*, Teilnichtigkeit 60.

³⁶² *P. Bydlinski*, Beschränkung und Ausschluss der Gewährleistung Teil II, JBI 1993, 637; so bereits *F. Bydlinski*, Allgemeine Versorgungsbedingungen und Energielieferungsverträge in Österreich, in FS Neumayer 128.

unwirksamen Klausel und ihre damit verbundene Ersetzung durch das dispositive Recht verhindern will, indem sie bloß das unzulässige Übermaß beseitigt und die Klausel mit ihrem gerade noch statthaften Inhalt bestehen lässt.

Nach *Graf*³⁶⁴ soll – im Bereich des § 879 Abs 3 ABGB, was hier jedoch durchaus einschlägig ist - eine Klausel durch geltungserhaltende Reduktion insoweit aufrecht erhalten werden, als sie inhaltlich unanstößig und ein entsprechender hypothetischer Parteiwille erkennbar ist. Auch *Graf*³⁶⁵ verwendet – insofern *Illedits* folgend - den Begriff für in qualitativer wie auch für in quantitativer Hinsicht (zeitlich, betraglich, räumlich) unwirksame vertragliche Regelungen, hinsichtlich derer Teilnichtigkeit in der Form eintritt, dass die Regelung in jenem Umfang aufrechterhalten wird, in dem sie rechtlich jedenfalls unbedenklich ist.

Ebenso lässt auch *Krejci*³⁶⁶ die geltungserhaltende Reduktion bei quantitativer wie qualitativer Teilnichtigkeit zu. Ihm zufolge kommt es bei qualitativer Teilnichtigkeit auf den Normzweck an. Bei quantitativen Kriterien soll es zu keiner Totalnichtigkeit, sondern einer geltungserhaltenden Reduktion der betroffenen Vertragsklausel durch den Richter auf ein billiges und daher nicht zu beanstandendes Ausmaß kommen, wenn die Nichtigkeit nur infolge der zeitlichen, räumlichen oder umfänglichen Ausdehnung der Vertragsbestimmung eintritt.

Sohin ist auch die Streichung einer qualitativen Bestimmung – wie oben dargestellt, verwirklicht ein Verstoß gegen das *Quota-litis*-Verbot eine qualitative Teilnichtigkeit - als Reduktion zu sehen. Wird dadurch die (Rest)gültigkeit der Gesamtvereinbarung erreicht, so

³⁶³ *Leitner*, Ist das vollständige Ende der geltungserhaltenden Reduktion gekommen? ÖJZ 2002, 711.

³⁶⁴ *Graf* in ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 299.

³⁶⁵ *Graf* in ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 232.

³⁶⁶ *Krejci* in *Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 514.

ist diese Reduktion „geltungserhaltend“, wie es beispielsweise auch bei einem übermäßigen Haftungsausschluss der Fall ist.³⁶⁷

Schließlich wird auch in D überwiegend die Ansicht vertreten, dass eine Anpassung auf das Angemessene zu erfolgen habe, wobei dieses auch deutlich unter der Grenze des gerade noch Zulässigen liegen kann.³⁶⁸

Nach Ansicht der Rsp³⁶⁹ wird mit der geltungserhaltenden Reduktion der Vorgang bezeichnet, einen unzulässigen Vertragsteil durch das Gericht auf ein gerade noch zulässiges Ausmaß einzuschränken.

Methodologisch stellt die geltungserhaltende Reduktion einer Norm eine teleologische Interpretation dar. Sie besagt, dass eine gröblich benachteiligende Vertragsbestimmung³⁷⁰ nur insoweit nichtig ist, als die Gröblichkeit ihrer Nachteiligkeit reicht.³⁷¹ Demnach bleibt die betroffene Vertragsbestimmung insoweit aufrecht, als sie inhaltlich nicht zu beanstanden und ein entsprechender hypothetischer Parteiwille erkennbar ist.³⁷²

³⁶⁷ RIS-Justiz RS0016582.

³⁶⁸ Stv etwa *Schlosser* in *Staudinger* BGB II¹³ § 306 Rz 24 mwN.

³⁶⁹ OGH 29.05.1996 3 OB 2004/96v = SZ 69/127; OGH 25.08.1998 1 Ob 176/98h = SZ 71/141; krit *Geroldinger*, Ergänzende Auslegung von Verbraucherverträgen trotz Verbots der geltungserhaltenden Reduktion? ÖBA 2013, 27.

³⁷⁰ Die Einschränkung der Anwendbarkeit auf den Tatbestand der gröblichen Benachteiligung ist mE abzulehnen, s dazu im Detail unten.

³⁷¹ OGH 27.02.2012 7 Ob 215/11k = ecolex 2012, 603 = Zak 2012, 223 (*Huber*) = ZFR 2012, 224 (*Gruber*) = RZ 2012, 279 = VersR 2013, 124 = ecolex 2013, 1048 (*Ertl*); OGH 28.11.2012 7 Ob 93/12w = Zak 2013, 38 = OIZ 2013, 26 = RdW 2013, 136 = ecolex 2013, 240 (*Oberhammer*) = RZ 2013, 142 = ecolex 2013, 614 (*Wilhelm*) = wobl 2014, 2 (*Pletzer*) = wobl 2014, 7 = MietSlg 64.153 = MietSlg 64.315 = MietSlg 64.658 = RdW 2014, 8 (*Prader/Walzel von Wiesentreu*) = Der Mieter 2013, 14 (*Walzl-Sirk*) = SZ 2012/132; OGH 13.11.2013 7 Ob 143/13z = Zak 2014, 92 = ZRB 2014, 88; *Krejci* in *Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 524.

³⁷² OGH 27.02.2012 7 Ob 215/11k = ecolex 2012, 603 = Zak 2012, 223 (*Huber*) = ZFR 2012, 224 (*Gruber*) = RZ 2012, 279 = VersR 2013, 124 = ecolex 2013, 1048 (*Ertl*); *Krejci* in *Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 524.

Das Prinzip der geltungserhaltenden Reduktion ist dem Gesetzgeber durchaus geläufig,³⁷³ es findet sich in § 917a ABGB,³⁷⁴ § 16 Abs 5 MRG³⁷⁵ und in modifizierter Form in § 934 ABGB.³⁷⁶

Die geltungserhaltende Reduktion ist eine Form der Auslegung einer Willenserklärung, die voraussetzt, dass der Wortsinn der Erklärung – weil beispielsweise eine Erhaltungsklausel und alternative Rechtsfolgen im Falle einer Nichtigkeitsbedrohung fehlen – zu keinem brauchbaren Ergebnis führt. In weiterer Folge ist auf den tatsächlichen oder hypothetischen Parteiwillen abzustellen, dies allerdings nur nach der Maßgabe, dass eine Restgültigkeit tatsächlich vom Normzweck gedeckt ist. Führt auch das zu keinem Ergebnis oder ist der Parteiwille unbeachtlich, da er offensichtlich mit dem Normzweck konfligiert, ist die Übung des redlichen Verkehrs zu ermitteln,³⁷⁷ also auf die Umstände der Erklärung und die üblicher Weise, in unserem Fall also bei RA-Honorarvereinbarungen, geltenden Gewohnheiten und Gebräuche abzustellen.

Führt die Interpretation der Willenserklärung nach der Übung des redlichen Verkehrs zu keinem Ergebnis, so bietet sich grundsätzlich eine ergänzende Vertragsauslegung an. Eine ergänzende Vertragsauslegung setzt unter anderem das Vorliegen der *essentialia negotii*, also der wesentlichen Vertragsbestandteile, voraus, der Richter darf nicht ein *essentialium* des Vertrages ergänzen oder ersetzen.³⁷⁸ In dieser Voraussetzung liegt – im hier behandelten Fall einer Streitanteilsvereinbarung - noch kein Hindernis für eine ergänzende Vertragsauslegung,

³⁷³ *Illedits*, Teilnichtigkeit 86.

³⁷⁴ § 917a ABGB sieht – vereinfacht - die Unwirksamkeit einer Entgeltvereinbarung in dem Ausmaß vor, als ein gesetzliches Höchstmaß über-, beziehungsweise ein Mindestmaß unterschritten wird.

³⁷⁵ Demnach darf der für eine Wohnung der Ausstattungskategorie D vereinbarte Hauptmietzins je Quadratmeter der Nutzfläche und Monat 0,86 Euro nicht übersteigen. Ein vereinbarter höherer Mietzins ist auf das zulässige Ausmaß zu reduzieren.

³⁷⁶ Verbot der *laesio enormis*. Der verletzte Vertragsteil kann die Aufhebung des Vertrages fordern, der andere Vertragsteil kann dies abwenden, indem die Preisvereinbarung geltungserhaltend auf den gemeinen Wert im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses reduziert wird.

³⁷⁷ *Koziol – Welser/Kletecka* Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 350.

³⁷⁸ *Heiss* in ABGB-ON 1.00 § 914 Rz 75; *Rummel* in *Rummel* ABGB I³ § 914 Rz 9.

da die ergänzende Vertragsauslegung durchaus auch die Hauptleistungspflicht einer der Vertragsparteien (hier die Honorarleistungspflicht des Mandanten) tangieren kann, solange Bestimmbarkeit gegeben ist, die Art der Hauptleistungen also grundsätzlich feststeht.³⁷⁹

Die ergänzende Vertragsauslegung setzt weiters eine Unvollständigkeit der Vereinbarung, also eine – gemessen am Parteiwillen – planwidrige Vertragslücke, voraus.³⁸⁰ Nach *Rummel*³⁸¹ soll, da die ergänzende Vertragsauslegung eine Form der Analogie auf Vertragsebene darstellt, auch der Gegensatz dazu, nämlich die einschränkende Vertragsauslegung, als eine Form der teleologischen Reduktion auf Vertragsebene zulässig sein, wenn der Wortsinn der Vereinbarung Sachverhalte umfasst, die nach dem Parteiwillen nicht geregelt werden sollten.

Das rechtfertigt eine kurze Exkursion in Bezug auf den Begriff der teleologischen Reduktion (mitunter auch „Restriktion“). Darunter versteht man in der juristischen Methodenlehre³⁸² den Gegensatz zur Analogie. Eine planwidrige Lücke ist in beiden Fällen Anwendungsvoraussetzung, wobei diese im Fall der Reduktion nicht in einem Zuviel, sondern in einem Zuwenig iS des Fehlens einer Ausnahmebestimmung besteht. Anwendungsbereich sind daher Fälle, in denen der engstmögliche Wortsinn bereits über den Gesetzeszweck hinausgeht.³⁸³ Obwohl § 7 ABGB diese Form der Lückenfüllung nicht anführt, ist ihre Zulässigkeit auch vom OGH anerkannt.³⁸⁴

³⁷⁹ OGH 26.11.1992 7 Ob 1657/92 = RdW 1993, 303; *Binder* in *Schwimann/Kodek* IV⁴ § 914 Rz 177.

³⁸⁰ *Heiss* in ABGB-ON 1.00 § 914 Rz 76.

³⁸¹ *Rummel* in *Rummel* ABGB I³ § 914 Rz 10.

³⁸² *F. Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre² 90.

³⁸³ *F. Bydlinski*, Grundzüge Methodenlehre² 91.

³⁸⁴ OGH 11.09.1979 4 Ob 536/79 = SZ 52/132 = JBl 1981, 326 (*F. Bydlinski*) = NZ 1980, 92; OGH 07.04.2000 5 Ob 267/98w (verst Sen) = SZ 73/66 = immolex 2000, 230 (*Iby*) = ÖZW 2001, 85 (*Riedler*) = wobl 2000, 169 (*Würth*).

Ziel der teleologischen Reduktion ist die Einschränkung einer Rechtsnorm um ein bestimmtes Tatbestandsmerkmal, das zwar von ihrem Wortlaut erfasst ist, aber offenbar dem Normzweck widerspricht. Mit anderen Worten, der Wortlaut ist im Vergleich zum Normzweck überschießend: Die teleologische Reduktion verschafft der *ratio legis* nicht gegen einen zu engen, sondern gegen einen überschießend weiten Gesetzeswortlaut Durchsetzung. Die verdeckte Lücke besteht hier im Fehlen einer nach dem Normzweck notwendigen Ausnahme. Voraussetzung ist der Nachweis, dass eine umschreibbare Fallgruppe von den Grundwertungen oder Zwecken des Gesetzes entgegen seinem Wortlaut gar nicht getroffen wird und dass sie sich von den "eigentlich gemeinten" Fallgruppen so weit unterscheidet, dass die Gleichbehandlung sachlich ungerechtfertigt und willkürlich wäre.³⁸⁵ Die teleologische Reduktion folgt spiegelbildlich den Regeln der Analogie, da es in beiden Fällen um einen Vergleich zwischen Normwortlaut und Normzweck geht.³⁸⁶

Um im Rahmen dieses Vergleiches den Normzweck zu ermitteln, ist von dem von den Vertragsparteien vorgestellten, von ihnen gewünschten und folglich durch den Vertrag zu realisierenden, Zustand auszugehen. Bestehen verschiedene Interpretationsmöglichkeiten des Vertragsinhaltes, so ist jener der Vorzug einzuräumen, die den beabsichtigten Zustand mit größerer Wahrscheinlichkeit und im größtmöglichen Umfang herstellen kann, was eine Analyse der voraussichtlichen Folgen jeder Auslegungsmöglichkeit erfordert.³⁸⁷

Unzulässig ist es, durch teleologische Reduktion eine gesetzliche Vorschrift zur Gänze ihres Inhaltes zu entkleiden.³⁸⁸

³⁸⁵ RIS-Justiz RS0008979; F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² 480.

³⁸⁶ OGH 07.04.2000 5 Ob 267/98w (verst Sen) = SZ 73/66.

³⁸⁷ F. Bydlinski, Methodenlehre und Rechtsbegriff² 480.

³⁸⁸ OGH 14.03.1990 9 ObS 4/90 = wbl 1990, 271 (Liebeg) = ZAS 1991, 65 = EvBl 1990/562 = RdW 1990, 353 = WBl 1990, 271.

Füllt sich die planwidrige Lücke nach der Reduktion nicht von selbst,³⁸⁹ so kann sich, wenn infolge der Reduktion sogar der Begriffskern der Norm tangiert wird, die Notwendigkeit einer anschließenden Lückenfüllung durch Analogie ergeben.³⁹⁰

Im Anwendungsbereich gegen zwingendes Recht verstoßender Verträge gilt nichts anderes: Haben die Parteien eine mit Nichtigkeit bedrohte Vereinbarung getroffen, so kommt eine teleologische, geltungserhaltende Reduktion der getroffenen Vereinbarung als Unterfall der einschränkenden Vertragsauslegung in Betracht.³⁹¹ Da die Zielsetzung eine Art der Vertragskorrektur ist,³⁹² ist, *Heiss*³⁹³ folgend, die Bezeichnung als aufrechterhaltende Auslegung treffend.

Wie bereits extrapoliert, hängen die grundsätzliche Zulässigkeit und das Ausmaß einer geltungserhaltenden Reduktion von mehreren Faktoren ab, nämlich – nach einem Teil der eingangs dieses Kap zit Lehre³⁹⁴ und Rsp³⁹⁵ – davon, ob qualitative oder quantitative Nichtigkeit vorliegt, weiters vom Schutzzweck der Norm, dem Parteiwillen nach der Natur und dem Zweck des Vertrages, der Ermittlung des „sicher und solid zulässigen Ausmaßes“ der vorzunehmenden Reduktion, des Vorliegens einer Situation der verdünnten Willensfreiheit, insb der allfälligen Verbrauchereigenschaft eines Vertragspartners³⁹⁶ und der Art des Rechtsstreits (Individual- oder Verbandsprozess).³⁹⁷

³⁸⁹ OGH 20.10.1999 5 Ob 266/99z = SZ 5/305 = ecolex 2000, 354 (*Wilhelm*) = NZ 2001, 141 (*Hoyer*).

³⁹⁰ *P. Bydlinski* in KBB⁴ § 7 Rz 5.

³⁹¹ *Heiss* in ABGB-ON 1.00 § 914 Rz 95.

³⁹² So explizit OGH 13.01.1977 7 Ob 809/76 = MietSlg 29.107 = ImmZ 1977, 205.

³⁹³ *Heiss* in ABGB-ON 1.00 § 914 Rz 95.

³⁹⁴ *Illedits*, Teilnichtigkeit 58; *P. Bydlinski*, Beschränkung und Ausschluss der Gewährleistung Teil II, JBI 1993, 637; *Leitner*, Ist das vollständige Ende der geltungserhaltenden Reduktion gekommen? ÖJZ 2002, 711; *Graf* in ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 299; *Krejci* in *Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 514; *Schlosser* in *Staudinger BGB*¹³ 2 Recht der Schuldverhältnisse § 306 Rz 24.

³⁹⁵ OGH 29.05.1996 3 OB 2004/96v = SZ 69/127; OGH 25.08.1998 1 Ob 176/98h = SZ 71/141.

³⁹⁶ Die geltungserhaltende Reduktion ist nur außerhalb des KSchG zulässig (OGH 05.08.2003 7 Ob 179/03d = JBI 2004, 245 = ecolex 2004, 237 [*Leitner*]).

³⁹⁷ Aus Präventionsgründen ist die geltungserhaltende Reduktion im Verbandsprozess unangebracht (stv OGH 07.10.2003, 4 Ob 130/03a = JBI 2004, 443; RIS-Justiz RS0016590; OGH 24.09.1998 2 Ob

Die Herauslösung des restgültigen Vertragsteiles stellt den ersten Schritt dar, der zweite Schritt der geltungserhaltenden Reduktion oder aufrechterhaltenden Auslegung besteht nach der Rsp³⁹⁸ im Ersatz des nichtigen Vertragsbestandteiles durch einen gesetzeskonforme Regelung, die dem entspricht, „*was redliche und vernünftige Parteien bei angemessener Berücksichtigung der Interessen beider Teile vereinbart hätten*“. Dieser zweite Schritt kommt im Ergebnis einer Konversion gleich,³⁹⁹ s dazu im Detail unten bei Kap 5.11.

Die geltungserhaltende Reduktion wird in erster Linie mit Vertragsklauseln in AGB in Verbindung gebracht,⁴⁰⁰ was ihrer Bedeutung allerdings nicht gerecht wird. Insb kommt sie für gröblich benachteiligende Klauseln in AGB in Betracht.⁴⁰¹ Nach Ansicht von *Iro*,⁴⁰² *Fitz*⁴⁰³ und *Kletecka*⁴⁰⁴ soll eine geltungserhaltende Reduktion bei AGB-Klauseln jedoch dann ausscheiden, wenn die Rechtswidrigkeit der Klausel evident sei. Wie dargestellt, kommt der geltungserhaltenden Reduktion – weit über den Bereich von AGB hinaus - überall dort Bedeutung zu, wo es um die Frage der Teilnichtigkeit eines Vertrages, des Ausmaßes derselben und der Füllung der durch die Teilnichtigkeit entstehenden planwidrigen Vertragslücke ankommt.

Unter welchen Umständen und in welchem Ausmaß ist nun im Anwendungsbereich des § 879 Abs 2 Z 2 ABGB eine geltungserhaltende Reduktion des Anwaltsvertrages, also eine

9/97 f = SZ 71/150; OGH 17.01.2001 6 Ob 324/00s = ZVR 2001, 203; OGH 27.01.1999 7 Ob 170/98w = SZ 72/12).

³⁹⁸ Stv OGH 12.12.2007 7 Ob 202/07t = VR 2009, 820 (*Palten*).

³⁹⁹ *Heiss* in ABGB-ON 1.00 § 914 Rz 98.

⁴⁰⁰ *Rummel* in *Rummel* ABGB I² § 878 Rz 5 bezeichnet die geltungserhaltende Reduktion als Spezialfrage für das Problem, ob einzelne Klauseln auf das gesetzlich zulässige Ausmaß reduziert werden dürfen.

⁴⁰¹ *Krejci* in *Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 524 ff; *Krejci*, Ungewöhnliche Klauseln in AGB, JBI 1981, 255; *Illedits*, Teilnichtigkeit 45; *Koziol – Welser/Kletecka* I¹⁴ Rz 569.

⁴⁰² *Iro*, Teilwirksamkeit gröblich benachteiligender AGB-Klauseln "soweit gesetzlich zulässig"?

RdW 1987, 7.

⁴⁰³ *Fitz*, Geltungserhaltende Reduktion 645.

⁴⁰⁴ *Kletecka* in *Aicher/Holoubek*, Der Schutz von Verbraucherinteressen 145 ff.

Verminderung der Vereinbarung um den nichtigen Vertragsteil, nämlich Details der Honorarvereinbarung, bei gleichzeitiger Restgültigkeit des gesetzeskonformen restlichen Vertragsteiles, zulässig?

*Illedits*⁴⁰⁵ vertritt bei individuell vereinbarten Klauseln, die an der Generalklausel des § 879 Abs 1 ABGB zu messen sind, unter Berufung auf die Lehre vom Schutzzweck der Norm die geltungserhaltende Reduktion, also die Teilnichtigkeit bei Restgültigkeit des konformen Vertragsbestandteils, als Rechtsfolge (zu den Ausnahmen in Bezug auf das Verbraucherrecht und den Verbandsprozess s unten). Es wäre nicht einzusehen, wieso für die Spezialtatbestände der Z 1 bis 4 des 2. Abs des § 879 anderes gelten sollte als für die durch deren demonstrative Aufzählung konkretisierte Generalklausel.⁴⁰⁶

Abweichend, allerdings nur in Bezug auf quantitativ teilnichtige AGB-Klauseln, äußern sich *Fitz*⁴⁰⁷ und *Iro*,⁴⁰⁸ die in diesen Fällen eine Totalnichtigkeit fordern. Das wird damit begründet, dass eine geltungserhaltende Reduktion – im Ergebnis also eine Teilnichtigkeit – der Intention des Gesetzgebers, auf eine angemessene Gestaltung allgemeiner Geschäftsbedingungen hinzuwirken, widerspreche und den Geschäftsverkehr letztlich mit einem erheblichen Maß an AGB-Intransparenz belaste. Andererseits bewirke die Totalnichtigkeit keinen Eingriff in schutzwürdige Interessen des AGB-Verwenders,⁴⁰⁹ vielmehr sei dieser gezwungen, seine Vertragsbedingungen im Rahmen des gesetzlich Zulässigen abzufassen und dadurch eine Täuschung des regelmäßig geschäftsunerfahrenen

⁴⁰⁵ *Illedits*, Teilnichtigkeit 105 mwN und Rsp-Übersicht (79 ff).

⁴⁰⁶ So auch im Ergebnis der OGH 27.02.2014 6 Ob 224/12b = Zak 2013, 119 = ZFR 2013, 147 = RdW 2013, 268 = AnwBl 2013, 331 = EvBl-LS 2013/94 = ecolex 2013, 533 = ÖBA 2013, 1943 = VbR 2013, 12 (*Klauser*) = MietSlg 65.132, der lediglich die (Teil)Nichtigkeit der Honorarvereinbarung, (*in casu*) aber nicht jene einer gleichzeitig vereinbarten Zession feststellt.

⁴⁰⁷ *Fitz*, Zur „geltungserhaltenden Reduktion“ überschießender AGB-Klauseln 645.

⁴⁰⁸ *Iro*, Bankvertragsrecht I Rz 1/23 ff.

⁴⁰⁹ *Fitz*, geltungserhaltende Reduktion 653.

Partners über deren tatsächliche Reichweite zu verhindern.⁴¹⁰ Auch die in Deutschland hL⁴¹¹ spricht sich gegen die Zulässigkeit einer geltungserhaltenden Reduktion bei AGB aus.

*Illedits*⁴¹² hält dem entgegen, dass die unterschiedliche Behandlung von AGB und individuell vereinbarten Klauseln hinsichtlich der Rechtsfolgen (dort totalnichtig, da teilnichtig, wie das *Fitz* fordert) abzulehnen ist, weil selbst im Fall einer individuell ausgehandelten, zur Gänze nichtigen Klausel der Restvertrag in Geltung bleibt, wenn der Schutzzweck der übertretenen Norm keine weiterreichende Nichtigkeit verlangt und der Rest des Vertrages auch ohne den nichtigen Teil als selbständiger Regelungsinhalt bestehen kann.

Dieser Ansicht ist zu folgen, da nicht einzusehen ist, weshalb der Schutzzweck der Norm im AGB-Recht, abweichend von dem für individuell ausgehandelte Verträge geltenden Regime, völlig irrelevant sein und jedenfalls Totalnichtigkeit eintreten sollte.⁴¹³

5.11 Die ergänzende Vertragsauslegung

Gem § 861 ABGB kommt ein Vertrag durch den übereinstimmenden Willen beider Parteien zustande. Die Einwilligung in einen Vertrag muss frei, ernstlich, bestimmt und verständlich erklärt werden. Erfolgt die Annahme unter anderen Bestimmungen als unter welchen das Versprechen geschehen ist, so entsteht gem § 869 ABGB kein Vertrag. Der objektive Erklärungswert verliert seine Bedeutung, wenn sich die Parteien in der Sache einig sind. Es

⁴¹⁰ *Iro*, Teilwirksamkeit gröblich benachteiligender AGB-Klauseln „soweit gesetzlich zulässig“? RdW 1987, 7.

⁴¹¹ *Stv Ulmer/Brandner/Hensen ABGB*¹⁰ § 306 RN 37 mwN.

⁴¹² *Illedits*, Teilnichtigkeit 105; so auch bereits *F. Bydlinski* in *Aicher*, Rechtsfragen der öffentlichen Energieversorgung 148.

⁴¹³ Teilweise aA *P. Bydlinski*, Richtlinienkonforme „gesetzesübersteigende“ Rechtsfindung und ihre Grenzen – eine methodische Vergewisserung anlässlich 20 Jahre EU-Mitgliedschaft, JBI 2015, 2 (12 ff).

gilt der übereinstimmende Wille, gleichgültig, ob die Ausdrucksmittel diesen Willen nach objektiven Kriterien zutreffend wiedergeben.⁴¹⁴

Treten nach Abschluss der Vereinbarung Problemfälle auf, die von den Parteien nicht bedacht und daher auch nicht ausdrücklich geregelt wurden, ist gem § 914 ABGB unter Berücksichtigung der übrigen Vertragsbestimmungen und des von den Parteien verfolgten Zwecks sowie unter Heranziehung der Verkehrssitte zu prüfen, welche Lösung redliche und vernünftige Parteien für diesen Fall vereinbart hätten.⁴¹⁵

Diese, als ergänzende Vertragsauslegung bezeichnete, Methode kommt zur Anwendung, sobald die Füllung einer Vertragslücke über das Gewollte hinaus erforderlich ist⁴¹⁶ und die Heranziehung dispositiven Rechts daran scheitert, dass die Parteien dessen Anwendung nicht gewollt hätten.⁴¹⁷ Zielsetzung ist es also, den lückenhaften Vertrag unter Zugrundelegung des bereits tatsächlich Vereinbarten zu Ende zu denken.⁴¹⁸ Grundvoraussetzung dabei ist jedenfalls, dass das tatsächlich Vereinbarte zumindest die *essentialia negotii*, also die Mindestanforderungen an den jeweiligen Vertragstyp, umfasst, andernfalls liegt nämlich keine Ergänzungsbedürftigkeit, sondern Unbestimmtheit iSv § 869 ABGB vor.

Als Mittel der ergänzenden Vertragsauslegung kommen der hypothetische Parteiwille, die Übung des redlichen Verkehrs, der Grundsatz von Treu und Glauben sowie die Verkehrsauffassung in Betracht, wobei es unter diesen Aspekten keine feste Rangfolge gibt,

⁴¹⁴ Stv OGH 04.07.1979 3 Ob 538/78; jüngst OGH 22.10.2014 1 Ob 126/14g; RIS-Justiz RS0014005; RIS-Justiz RS0017839.

⁴¹⁵ RIS-Justiz RS0113932.

⁴¹⁶ Rummel in Rummel/Lukas, TB 859 – 916⁴ § 914 Rz 6.

⁴¹⁷ OGH 22.10.2008 7 Ob 214/08h; RIS-Justiz RS0017890; OGH 20.11.2001 3 Ob 146/01v = JBI 2002, 455; RIS-Justiz RS 0017829.

⁴¹⁸ P. Bydlinski, Bürgerliches Recht I⁶ 153.

sondern unter Berücksichtigung aller Möglichkeiten die Lücke so zu schließen ist, wie es der Gesamtregelung des Vertrags gemessen an der Parteienabsicht am ehesten entspricht.⁴¹⁹

Strittig ist das Verhältnis zwischen ergänzender Vertragsauslegung und Konversion.⁴²⁰ Unter Konversion wird eine Maßnahme verstanden, die darauf abstellt, unwirksame Verträge durch Umdeutung zu erhalten, indem eine dem Vereinbarten möglichst nahe liegende, gesetzeskonforme Ersatzregelung gesucht wird. Ist also ein Geschäft unwirksam, werden durch die getroffene Vereinbarung aber die Voraussetzungen eines anderen Vertragstypus erfüllt und entspricht dessen Verwirklichung eher dem (hypothetischen) Parteiwillen, als die Nichtigkeit des ursprünglichen Vertrages, so kann eine Umdeutung erfolgen.⁴²¹ Die Konversion ist unzulässig, wenn sie zu einer Umgehung der nichtigkeitsbegründenden Norm führen würde.⁴²²

Fälle der gesetzlichen Konversion finden sich insbesondere im Erbrecht⁴²³ in Form der Bestimmungen des § 610 ABGB⁴²⁴ (demnach wird ein Testierverbot in eine stillschweigende Nacherbschaft auf den Überrest umgedeutet)⁴²⁵ und des § 654 ABGB⁴²⁶ (im Fall einer Erwerbsinkapazität des Vermächtnisnehmers hinsichtlich einer bestimmten Sache, zB im Fall eines Liegenschaftserwerbs durch einen Devisenausländer, erlangt der Vermächtnisnehmer demnach im Wege der Konversion anstelle des Anspruches auf die Sache einen Anspruch auf

⁴¹⁹ RIS-Justiz RS0017832; OGH 24.10.1990 9 ObA 172/90 = SZ 63/191 = WBI 1991, 101 = ecolex 1991, 115.

⁴²⁰ Vgl die ausführliche Darstellung bei *Heiss*, Formmängel und ihre Sanktionen 191 ff; *Jud*, Testierabsicht, Form und Konversion, NZ 2001, 17 ff.

⁴²¹ *Bollenberger* in KBB⁴ § 915 Rz 12 mwN.

⁴²² Stv OGH 11.08.1993 9 ObA 200/93 = SZ 66/95 = DRdA 1994, 134 (*Floretta*) = ecolex 1993, 844 = wbl 1994, 55 = RdW 1994, 86.

⁴²³ *Welser* in *Rummel* ABGB I² § 601 Rz 11.

⁴²⁴ Die im Zuge des Erbrechts-Änderungsgesetzes BGBl I Nr 87/2015 erfolgte Neufassung der Bestimmung ändert nichts an der darin normierten gesetzlichen Konversion.

⁴²⁵ *Welser* in *Rummel* ABGB I² § 610 Rz 1.

⁴²⁶ Auch § 654 ABGB wurde im Rahmen des ErbRÄG 2015 neu gefasst, die Regelung der Erwerbsinkapazität wurde dabei im Wesentlichen inhaltlich beibehalten.

deren Verkehrswert).⁴²⁷ Weiters sehen § 15 Abs 4 KSchG⁴²⁸ und § 880a ABGB,⁴²⁹ sowie die mittlerweile historische Bestimmung des § 1250 ABGB⁴³⁰ eine gesetzliche Konversion vor.

Anwendungsfälle der Konversion sind vor allem die Umdeutung einer fristwidrigen Kündigung in eine solche zum zulässigen Kündigungstermin im Arbeitsrecht iSv § 1158 Abs 4 ABGB⁴³¹ sowie im Versicherungsvertragsrecht gem § 8 VersVG (die zeitwidrige Kündigung ist grundsätzlich in eine ordnungsgemäße Kündigung umzudeuten, wenn dies dem mutmaßlichen, dem Erklärungsempfänger erkennbaren Willen des Kündigenden zum Zeitpunkt der Kündigung entspricht).⁴³² Weitere Beispiele sind etwa die Umdeutung eines formnichtigen Wechsels in eine Anweisung (die Erklärung des Wechselbürgen auf einem formungültigen Wechsel kann in eine Bürgschaftserklärung nach bürgerlichem Recht umgedeutet werden),⁴³³ oder die Umdeutung einer letztwilligen Stiftung in eine Auflage (im Falle eines Formverstoßes bei der Errichtung einer letztwilligen Stiftungserklärung ist zu versuchen, dem Stifterwillen im Wege der Konversion möglichst nahezukommen, etwa im Sinne einer Umdeutung in eine an den Erben gerichtete Auflage).⁴³⁴

*Heiss*⁴³⁵ sieht in der Konversion ein Instrument ergänzender Vertragsauslegung. Das wird damit begründet, dass die Konversion in ihrem Wesen der Teilnichtigkeit nahe stehe. Ein nichtiges Rechtsgeschäft werde in einer anderen Form aufrechterhalten, weil die gesetzeskonforme Modifikation dem tatsächlich gewollten Geschäft zumindest in wirtschaftlicher Hinsicht sehr nahe käme und daher von den Parteien – sofern die Kenntnis

⁴²⁷ *Welser* in *Rummel* ABGB I² § 654 Rz 1.

⁴²⁸ *Rummel* in *Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 914 Rz 45.

⁴²⁹ *Apathy/Riedler* in *Schwimann/Kodek* IV⁴ § 880a Rz 1; *Graf* in ABGB-ON 1.00 § 880a Rz 3.

⁴³⁰ *Fucik* in ABGB-ON 1.00 § 1250 Rz 4; aufgehoben durch BGBl I 87/2015.

⁴³¹ *Krejci* in *Rummel*, ABGB I³ § 1158 Rz 104.

⁴³² OGH 01.10.2003 7 Ob 210/03p = EvBl 2004/38.

⁴³³ OGH 28.03.1996 8 Ob 2082/96a = SZ 69/85.

⁴³⁴ OGH 03.09.1996 10 Ob 2204/96g = SZ 69/197; *Schauer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG § 8 Rz 12.

⁴³⁵ *Heiss* in ABGB-ON 1.00 § 914 Rz 98; detailliert in *Heiss*, Formmängel 196.

der Nichtigkeit unterstellt wird – gewollt sein würde.⁴³⁶ Es werde somit auf den hypothetischen Parteiwillen abgestellt, wobei die Rechtsfolgen des Konversionsgeschäftes nicht weiter reichen dürften als jene des nichtigen Vertrages.⁴³⁷ Da die Heranziehung des hypothetischen Parteiwillens gerade das klassische Instrument der ergänzenden Vertragsauslegung sei, handle es sich bei der Konversion um eben diese.⁴³⁸

Die hL⁴³⁹ räumt der Konversion zwar eine enge Verwandtschaft zur ergänzenden Vertragsauslegung, insbesondere hinsichtlich der Ziele und Methoden, ein, qualifiziert sie aber nicht als solche, da sie über die ergänzende Auslegung hinausgeht. So ist vor allem nach *Binder*⁴⁴⁰ ein Abstellen auf den gewünschten wirtschaftlichen Erfolg im Wege der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens derart weitreichend, dass nur im Fall des Vorliegens positivrechtlicher Anhaltspunkte von einer Auslegung gesprochen werden könne.

Heiss ist mit Ausnahme der Fälle der gesetzlichen Konversion – bei der die erforderlichen positivrechtlichen Anhaltspunkte ja vorliegen - letztlich nicht zuzustimmen: Zum einen leitet *Heiss* – unter Berücksichtigung der verschiedenen „Vorzeichen“ - seinen Ansatz aus der deutschen Rechtslage ab.⁴⁴¹ § 140 dBGB sieht vor, dass ein nichtiges Rechtsgeschäft, wenn es den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts entspricht, dann gilt, wenn anzunehmen ist, dass seine Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde. Eine vergleichbare Regelung existiert in Österreich jedoch nicht, das ABGB kennt keinen allgemeinen Konversionstatbestand.

⁴³⁶ *Heiss*, Formmängel 205; OGH 08.05.1984 4 Ob 321/83 = ÖBl 1984, 90.

⁴³⁷ *Heiss* in ABGB-ON 1.00 § 914 Rz 98.

⁴³⁸ *Heiss*, Formmängel 194.

⁴³⁹ *Rummel* in *Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 914 Rz 45; *Binder*, Zur Konversion von Rechtsgeschäften 65 ff; *Jud*, NZ 2001, 17 ff; *Bollenberger* in KBB⁴ § 914 Rz 12.

⁴⁴⁰ *Binder*, Konversion von Rechtsgeschäften 45.

⁴⁴¹ *Heiss*, Formmängel 193 f.

Zum anderen geht es zwar bei der ergänzenden Vertragsauslegung wie auch bei der Konversion darum, einen unzulässigen (weil in der vorliegenden Form oder Art nichtigen) Inhalt durch eine am Parteiwillen orientierte, möglichst nahekommende zulässige andere Form oder Art (des Inhaltes) aufrecht zu erhalten. Das kann durch ergänzende Vertragsauslegung nach Entstehen einer Lücke infolge einer Reduktion, oder aber eben durch Konversion erfolgen. Der springende Punkt besteht aber darin, dass die ergänzende Vertragsauslegung – mE im Gegensatz zur Konversion - einer planwidrigen Vertragslücke bedarf.

Dieser nur auf den ersten Blick unmaßgeblich erscheinende Unterschied kann unter Umständen bei der Rechtsdurchsetzung, namentlich bei der Beweislastverteilung und vor allem im Prozessrecht, bei der für die Rechtsmittellegitimation relevanten Qualifikation als erhebliche Rechtsfrage, bedeutend sein.

5.12 Ergänzende Vertragsauslegung versus geltungserhaltende Reduktion?

Prima Vista erscheint die geltungserhaltende Reduktion - also *de facto* ein Minus in Hinblick auf den Regelungsumfang - als der logische Gegensatz zur ergänzenden Vertragsauslegung, die in dieser Hinsicht einem Plus hinsichtlich des Regelungsumfanges (durch seine „Ergänzung“) gleich kommt. Das ist zu relativieren.

Für Verbraucherverträge (*business to customer*) sowie in den Fällen des § 879 Abs 3 ABGB⁴⁴² gelten andere Grundsätze als für *business to business* Verträge und Fälle der

⁴⁴² Abs 3 erklärt Vertragsbestimmung in allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern für nichtig, sofern sie gröblich benachteiligend sind und es sich bei der Bestimmung nicht um die Festlegung einer der beidseitigen Hauptleistungen handelt.

Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit gem den Abs 1 und 2 *leg cit*, da hier die dem Verbraucherrecht immanente Gefällelage der Machtpositionen nicht gegeben ist.

Überdies ist zu betonen, dass die geltungserhaltende Reduktion in Folge der Rsp des EuGH zum Verbraucherrecht mittlerweile äußerst restriktiv zu handhaben ist. Auf diese Rsp wird unter Kap 5.16 gesondert eingegangen. Vorweg genommen sei, dass infolge der jüngsten EuGH-Rsp⁴⁴³ die geltungserhaltende Reduktion bei Individualprozessen⁴⁴⁴ im Verbraucherrecht nach hL⁴⁴⁵ und Rsp⁴⁴⁶ unzulässig ist, da sie gegen das in Umsetzung der RL 93/13/EWG⁴⁴⁷ in Österreich rezipierte, in § 6 Abs 3 KSchG normierte Transparenzgebot verstößt.

In diesem Bereich führt der Ausschluss der geltungserhaltenden Reduktion dazu, dass Vertragslücken nach hA⁴⁴⁸ notwendiger Weise durch dispositives Recht oder, wenn dies nicht zielführend ist, durch ergänzende Vertragsauslegung zu füllen sind.⁴⁴⁹ Wäre eine geltungserhaltende Reduktion zulässig, so würde die intransparente Regel durch diese auf ein

⁴⁴³ EuGH 14.06.2012 C-618/10 (*Banco Espanol de Credito/Calderon Camino*) = JBl 2012, 434 (*Lukas*) = ÖBA 2013, 48; EuGH 30.05.2013 C-397/11 (*Jörös / Aegon Magyarországi*); EuGH 30.05.2013 C-488/11 (*Asbeek Brusse und Garabito / Jahani BV*).

⁴⁴⁴ Bei Verbandsprozessen ist sie aufgrund hRsp (RIS-Justiz RS0038205) aufgrund des Präventionscharakters des Verfahrens ausgeschlossen.

⁴⁴⁵ *Graf* in ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 300; *Graf*, *ecolex* 1999, 8; *Graf* in FS *Mayer* 16 f; *Koziol/Welser* Bürgerliches Recht I¹³ 184; *Leitner* Transparenzgebot 112 f; *Iro* in *Apathy/Iro/Koziol* Bankvertragsrecht I² Rz 1/37; *Kathrein* in KBB⁴ § 6 KSchG Rz 4; OGH 22.12.2010 2 Ob 73/10i = JBl 2011, 175 (*Mayrhofer*); OGH 05.08.2003 7 Ob 179/03d = JBl 2004, 245 = *ecolex* 2004, 237 (*Leitner*); aA noch *Krejci* in *Rummel* ABGB I³ § 879 Rz 256 – nunmehr aber differenzierend *Krejci* in *Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 526; differenzierend auch *Apathy/Riedler* in *Schwimann/Kodek* IV⁴ § 879 Rz 38, wonach Unzulässigkeit nur vorliegt, sofern eine überschießende Klausel bewusst verwendet wird oder deren Gesetzeswidrigkeit offenkundig ist.

⁴⁴⁶ RIS-Justiz RS0128735; OGH 24.01.2013 2 Ob 22/12t = SZ 2013/8; OGH 29.08.2013 2 Ob 131/12x; OGH 13.11.2013 7 Ob 143/13z; OGH 17.02.2014 4 Ob 229/13z wonach im Anwendungsbereich des ABGB nichts anderes gelten könne, seien doch sämtliche einschlägige nationale Normen (neben § 6 KSchG insbesondere auch § 878 S 2 ABGB und § 879 ABGB) richtlinienkonform im Sinne der Klauselrichtlinie auszulegen. Damit seien alle Verbraucherverträge, die am oder nach dem 01.01.1995 geschlossen worden sind und in den Anwendungsbereich der Klauselrichtlinie (insbesondere deren Art 6 Abs 1) fallen, vom Verbot der geltungserhaltenden Reduktion erfasst; OGH 19.03.2014 7 Ob 11/14i; OGH 18.02.2015 7 Ob 53/14s; OGH 02.07.2015 7 Ob 73/15h; OGH 22.09.2015 4 Ob 252/14h.

⁴⁴⁷ EB 311 BlgNR 20. GP 24.

⁴⁴⁸ Vgl etwa *Bollenberger* in KBB⁴ § 879 Rz 30; *Apathy/Riedler* in *Schwimann/Kodek* IV⁴ § 879 Rz 38; OGH 20.11.2001 3 Ob 146/01v.

⁴⁴⁹ *Apathy/Riedler* in *Schwimann/Kodek* IV⁴ § 879 Rz 38; OGH 24.06.2003 4 Ob 73/03v = SZ 2003/73.

zulässiges Ausmaß „zurecht gestutzt“, sodass eine Lückenschließung gar nicht mehr notwendig wäre; der Anwendung dispositiven Rechts oder einer ergänzenden Vertragsauslegung wären daher der Boden entzogen. Daher verschwimmen die Grenzen zwischen geltungserhaltender Reduktion und ergänzender Vertragsauslegung, weil beide Methoden letztlich der gleichen Zielsetzung, nämlich einer Aufrechterhaltung des Grundkonsenses der Parteien im zulässigen Ausmaß, folgen. Das ist der Grund, weshalb auch die ergänzende Vertragsauslegung von Verbraucherverträgen auf dem Prüfstand steht, da sie nicht als umetikettierte geltungserhaltende Reduktion fungieren dürfe.⁴⁵⁰

Im Bereich von Verbraucherverträgen ist somit nicht nur kein Gegensatz zwischen geltungserhaltender Reduktion und ergänzender Vertragsauslegung gegeben, sondern die beiden Instrumente verfolgen vielmehr, wenngleich mit unterschiedlichen Methoden, das gleiche Ziel, nämlich die Aufrechterhaltung des Vertrages mit zulässigem Inhalt.

Auch außerhalb des Verbraucherrechts kommen geltungserhaltende Reduktion und ergänzende Vertragsauslegung gemeinsam zur Anwendung. Dann nämlich, wenn im Wege der geltungserhaltenden Reduktion eine Vertragslücke geschaffen wird und diese Lücke durch ergänzende Vertragsauslegung zu schließen ist, weil sich aus dem dispositiven Recht keine Lösung ableiten lässt oder weil eine solche (auf dispositivem Recht basierende) Lösung dem Parteiwillen widerspräche. Somit ist auch in diesem Bereich nicht von einem Gegensatz, sondern vielmehr von einer gemeinsamen Zielsetzung beider Methoden zu sprechen.

Der OGH schloss bei intransparenten Klauseln im Individualprozess letztendlich auch die geltungserhaltende Reduktion aus.⁴⁵¹ Bei gröblich benachteiligenden Klauseln hielt der OGH

⁴⁵⁰ Geroldinger, Ergänzende Auslegung von Verbraucherverträgen, ÖBA 2013, 29.

⁴⁵¹ Stv OGH 19.03.2014 7 Ob 11/14i; OGH 05.06.2007 10 Ob 67/06k = RdW 2007, 661 = ÖBA 2008, 117 (Kellner) = HS 38.456; RIS-Justiz RS0128735.

die geltungserhaltende Reduktion unter Berufung auf § 6 Abs 3 KSchG auch bei Verstößen gegen § 879 Abs 3 ABGB für unzulässig.⁴⁵² Die ergänzende Vertragsauslegung war nach dieser Rsp aber zumindest nicht ausgeschlossen.

Konsequenter Weise behandelt der EuGH⁴⁵³ beide Methoden gleich, indem er die einschränkende wie auch die abwandelnde Aufrechterhaltung von iSd RL 93/13⁴⁵⁴ missbräuchlichen Vertragsklauseln in Verbraucherverträgen untersagt. Damit wird die geltungserhaltende Reduktion solcher Vertragsklauseln ebenso ausgeschlossen wie die ergänzende Vertragsauslegung. Das begründet der EuGH damit, dass die Mitgliedstaaten gem Art 6 Abs 1 der RL 93/13 vorzusehen haben, dass missbräuchliche Klauseln gegenüber Verbrauchern unverbindlich sind. Die Mitgliedsstaaten haben „angemessene Mittel“ zu implementieren,⁴⁵⁵ um den Einsatz missbräuchlicher Klauseln zu unterbinden. Stünde es den nationalen Gerichten frei, missbräuchliche Klauseln abzuändern, so würde dies den erwünschten Abschreckungseffekt für Unternehmer, nämlich das Risiko der schlichten Unanwendbarkeit, konterkarieren, weshalb ausschließlich die Nichtanwendung der missbräuchlichen Klausel einen wirksamen Schutz des Verbrauchers darstelle.

Im Ergebnis ist sohin eine ergänzende Vertragsauslegung im Verbraucherrecht nur noch dann zulässig, wenn sie sich zugunsten des Verbrauchers auswirkt, die Klausel also auch für den Verbraucher vorteilhaft wäre und dieser an der entsprechenden Klausel tatsächlich festhalten will.⁴⁵⁶

⁴⁵² OGH 05.08.2003 7 Ob 179/03d = RdW 2003, 699 = VR 2003, 203 = JBI 2004, 245 = RdW 2004, 266 (*Reisinger*) = ecolex 2004, 528 (*Leitner*) = ecolex 2005, 425 (*Ertl*) = SZ 2003/91 = Zak 2012, 186 (*Kolmasch*).

⁴⁵³ EuGH 14.06.2012 C-618/10, *Banco Espanol de Credito/Calderon Camino*.

⁴⁵⁴ RL 93/13 EWG des Rates 05.04.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl L 95, 29.

⁴⁵⁵ Art 7 Abs 1, RL 93/13, 24. ErwGr; *Trillmich*, Klauselkontrolle nach spanischem Recht im Vergleich mit der Klauselrichtlinie 93/13/EWG 344.

⁴⁵⁶ *Prader/Walzel von Wiesentreu*, Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, Zulässigkeit der ergänzenden Vertragsauslegung oder wie? in RdW 2013, 383; für die Zulässigkeit der ergänzenden

Schon aus der Diskussion darüber, ob im Bereich des Verbraucherrechts lediglich die geltungserhaltende Reduktion oder auch die ergänzende Vertragsauslegung unzulässig sein sollen, lassen sich die Ähnlichkeit und die gleiche Zielrichtung beider Methoden ableiten. Eine über den grundsätzlichen methodischen Unterschied beider Auslegungstechniken hinausgehende Differenzierung ist aber hinfällig, da beide Methoden, ob sie nun einzeln oder kumulativ angewandt werden, der gleichen Zielsetzung, nämlich der Aufrechterhaltung des teilweise unwirksamen Vertrages, verpflichtet sind.

5.13 Faktischer und hypothetischer Parteiwille

5.13.1 Begriffsbestimmung

Als faktischer Parteiwille ist das zu verstehen, was die Vertragsparteien tatsächlich wollten. Das tatsächlich Gewollte wird in aller Regel explizit zum Ausdruck gebracht. Aber selbst ein durch konkludentes Verhalten der Vertragsparteien zustande kommender Vertragsabschluss basiert auf tatsächlichem Parteiwillen, der in diesem Fall durch Faktizität in Form eines bestimmten konkludenten Handelns zum Ausdruck gebracht wird.

Haben sich die Vertragsparteien über ein bestimmtes Sachproblem jedoch keine Gedanken gemacht, so wird es für gewöhnlich auch zu keiner expliziten Regelung dieses Sachproblems kommen. Wird aber gerade dieses Sachproblem bei der Vertragsauslegung schlagend, so kann darauf abgestellt werden, was die Parteien gewollt hätten, hätten sie das Thema bedacht. Der hypothetische Parteiwille ist also das, was die Vertragsparteien theoretisch gewollt hätten.

Vertragsauslegung: *Schauer*, Der EuGH und die ergänzende Vertragsauslegung: Konsequenzen der Entscheidung C-618/10 Banesto, RdW 2012, 639; *Geroldinger*, Ergänzende Auslegung von Verbraucherverträgen, ÖBA 2013, 27; *Palten*, Dauerrabatt im Unternehmergeschäft, Interessewegfall, VR 2013/904.

Mayer-Maly sieht den Vertrag in Anlehnung an *F. Bydlinski*⁴⁵⁷ als Ordnung mit eigener, objektivierbarer Sinnhaftigkeit.⁴⁵⁸ Um den Sinn dieser Ordnung zu erfassen, ist der faktische oder zumindest der hypothetische Parteiwille zu eruieren. Dabei ist allerdings darauf Bedacht zu nehmen, dass der Grundsatz *utile per inutile non vitiatur* in Österreich nicht gilt.

Im Fall der Teilnichtigkeit stellt sich die Frage, welche Teile des Vertrages die Nichtigkeitssanktion betrifft und ob der wegfallende Vertragsbestandteil durch eine neue Regelung auf Basis des faktischen Parteiwillens, falls dieser ermittelbar ist, oder andernfalls anhand des hypothetischen Parteiwillens ersetzt werden kann. Der Parteiwille kann also bei der Frage nach dem Inhalt der Ersatzregelung und bei der Frage nach dem Ausmaß der Teilnichtigkeit Bedeutung haben. Aber schon die Frage selbst, ob der Vertrag bei Auftreten eines Nichtigkeitsgrundes überhaupt zum Teil aufrechterhalten werden (Teilnichtigkeit) oder zur Gänze wegfallen soll (Totalnichtigkeit), kann sich am Parteiwillen orientieren.

§ 139 dBGB normiert für das deutsche Recht den Primat der Totalnichtigkeit. Restgültigkeit soll nur in dem Fall gegeben sein, wenn "*anzunehmen ist, dass das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde*". Da diese Bestimmung Aufschluss über die Ermittlung und die Bedeutung des Parteiwillens im relevanten Zusammenhang gibt, lohnt sich ein cursorischer Blick auf die diesbezügliche dLit: *Sandrock*⁴⁵⁹ kritisiert die mit § 139 dBGB verbundene überbordende Betonung des hypothetischen Parteiwillens, *Flume*⁴⁶⁰ betont demgegenüber in Abschwächung der Bedeutung des Parteiwillens den von den Geschäftsparteien verfolgten Zweck des Rechtsgeschäftes. Diesen Standpunkt hat *Larenz*⁴⁶¹

⁴⁵⁷ *F. Bydlinski*, Privatautonomie 103 ff, insb 173 f.

⁴⁵⁸ *Mayer-Maly*, Teilnichtigkeit 274.

⁴⁵⁹ *Sandrock*, Teilnichtigkeit 482 ff.

⁴⁶⁰ *Flume*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts II¹ Das Rechtsgeschäft 578 ff.

⁴⁶¹ *Larenz*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts¹ 451.

mit seiner Feststellung unterstrichen, dass es sich bei der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens weder um Vertragsauslegung, noch um die Feststellung einer psychischen Tatsache handle.

Die Bedachtnahme auf den Parteiwillen widerspricht nach in Österreich hL⁴⁶² dann dem Normzweck, wenn dieser auf den Schutz der anderen Vertragspartei abzielt.

Nur dann, wenn sich aus dem Normzweck keine Tendenz für oder gegen eine Restgültigkeit oder Totalnichtigkeit ableiten lässt, kommt es auf den hypothetischen Parteiwillen an, im Zweifel ist – in dieser Hinsicht § 878 S 2 ABGB folgend - von einer Restgültigkeit auszugehen.⁴⁶³

Der hypothetische Parteiwille kann sohin durchaus relevant für die Rechtsfolgen einer Gesetzeswidrigkeit sein. Er ist dann zu berücksichtigen, wenn er mit dem Normzweck in Einklang gebracht werden kann. Stellt der Normzweck jedoch auf den Schutz einer Vertragspartei ab, so ist die Berücksichtigung eines diese Regelungsabsicht konterkarierenden hypothetischen Parteiwillens unzulässig. Das bedeutet, dass die Berücksichtigung des hypothetischen Parteiwillens im Rahmen des Verbraucherrechts, das typischer Weise auf den Schutz des schwächeren Vertragspartners, also des Verbrauchers, abzielt, problematisch ist. Sie kommt nur dann in Frage, wenn der Parteiwille dem Schutzgedanken effizienter Rechnung trägt, als der Normzweck.

⁴⁶² Riedler in *Schwimann/Kodek* IV⁴ § 879 Rz 52; *Apathy*, Zur Folge unzulässiger Ablösevereinbarungen 6 ff.

⁴⁶³ Riedler in *Schwimann/Kodek* IV⁴, § 879 Rz 52; *Graf* in ABGB-ON 1.01 § 879 Rz 231.

5.13.2 Bedeutung des Parteiwillens für das Ausmaß der Teilnichtigkeit

Im Rahmen des gewählten Themas ergibt sich die Relevanz des Parteiwillens vor allem für die Themenbereiche des Ausmaßes der Nichtigkeit und des Ausmaßes einer allfälligen Restgültigkeit. Bei dem zuletzt genannten Themenbereich stellt sich wiederum die Frage, ob und in welchen Fällen bei einer geltungserhaltenden Reduktion, respektive einer anschließend allenfalls erforderlichen ergänzenden Vertragsauslegung, auf den Parteiwillen abzustellen ist.

Bei der Beurteilung des Ausmaßes der Teilnichtigkeit eines Vertrages spielen objektive wie auch subjektive Gestaltungskräfte eine Rolle, da zum einen auf den Schutzzweck der Norm, zum anderen auf den Parteiwillen abzustellen ist. Auf die Bedeutung des Schutzzwecks der Norm wurde bereits im Kap 5.8 eingegangen. Es sei erinnert, dass sich die Frage nach Gesamtnichtigkeit oder Teilgültigkeit einer wegen Gesetz- und/oder Sittenwidrigkeit nichtigen Vereinbarung nach diesem richtet. Dem Parteiwillen kommt – wie bereits dargestellt – nur insofern Bedeutung zu, als er den Normzweck nicht beeinträchtigt. Insofern kommt dem Schutzzweck der Norm relativ zwingende Wirkung zu.

Dem Parteiwillen kann bei Verstößen gegen § 879 ABGB keine uneingeschränkte Bedeutung zukommen, da dem bewusst gegen Verbotsgesetze Verstossenden kein Schutz zukommt,⁴⁶⁴ denn das gebietet ja schon die Zielsetzung der Norm. Wird der Vertrag, wie zumeist, dem Schutzzweck folgend in zulässigem Umfang mit vertretbarem Inhalt aufrecht erhalten, so erfolgt im Rahmen der solchermaßen vorzunehmenden Reduktion oder Adaption zunächst eine Orientierung am dispositiven Recht. Nur wenn das dispositive Recht von den Parteien abbedungen worden sein sollte, kommt es auf den hypothetischen Parteiwillen an, da der

⁴⁶⁴ *Turpitudinem suam allegans non auditur.*

ursprünglich durch den Verbotszweck geschützte Vertragspartner, der ja bereits dem nichtigen Vertrag zugestimmt hätte, nach erfolgter Vertragsanpassung zu seinen Gunsten erst recht hinreichend geschützt ist.⁴⁶⁵

Das kann also gelten, wenn zB der durch die Verbotsnorm geschützte Vertragspartner durch den Wegfall des von ihm ja ursprünglich gewünschten Gesamtvertrages schlechter gestellt wäre als durch den Erhalt des restgültigen Vertrages.⁴⁶⁶ Allerdings ist hinsichtlich des nichtigen Vertragsteiles eine Ersatzregelung erforderlich. Sofern die Nichtigkeit eines Vertragsbestandteiles nicht auch die Nichtigkeit der korrespondierenden Gegenleistungsverpflichtung vorsieht, spricht nichts dagegen, die vertraglich erbrachte Leistung mit einer im Rahmen des Parteiwillens, soweit dieser gesetzeskonform reduziert wird, von den Parteien zulässiger Weise gewollten Gegenleistung zu honorieren.

Das steht im Einklang mit der Ansicht von *Illedits*,⁴⁶⁷ der zutreffend formuliert: „*Der objektive Gestaltungsfaktor lässt also Raum für eine umfängliche Erweiterung des durch ihn fixierten Nichtigkeitsbereiches durch die Parteien (subjektiver Gestaltungsfaktor) oder er verbietet dies.*“

Bedenkt man die Zielsetzung des § 879 Abs 2 Z 2 ABGB, nämlich zum einen den Schutz des Mandanten, zum anderen den Schutz des Standesansehens (im Detail dazu Kap 6.4.2), so lässt sich diesen Zwecken weder der ersatzlose Wegfall beider Vertragspflichten unterstellen, womit die Teilgültigkeit des nicht von der Nichtigkeitssanktion bedrohten Vertragsparts geklärt ist. Noch lässt sich daraus der Ausschluss einer Bedachtnahme auf das von den

⁴⁶⁵ So auch *Illedits* (Teilnichtigkeit 37), der von einer maximalen Orientierung am Willen der vertragsschließenden Parteien spricht.

⁴⁶⁶ *Illedits* (Teilnichtigkeit 38 f) unter exemplarischer Heranziehung der Entscheidung OGH 10.07.1979 4 Ob 9/79 = JBl 1981, 48 ff, die sich mit dem Dienstvertrag eines Arztes beschäftigt, der als Nebenpflicht eine Mindestbelegung von Sanatoriumsbetten mit eigenen Patienten vorsieht.

⁴⁶⁷ *Illedits*, Teilnichtigkeit 40.

Parteien gewollte Ergebnis, nämlich eine grundsätzliche Interdependenz zwischen Leistungserfolg und Höhe der Gegenleistung im gesetzlich zulässigen Ausmaß (vgl dazu Kap 6.4 und 6.5) ableiten. Vielmehr würde es – abgesehen von den erheblichen rechtlichen Problemen, die eine Rückabwicklung der bereits erfolgten Leistungen mit sich brächte – dem Parteiwillen wohl eklatant widersprechen, wenn der Klient anstelle der gewünschten Beratungsleistung gar keine bekäme oder für diese Leistung die von ihm bewusst abgelehnte Honorierung nach dem oft schwer vorhersehbaren gesetzlichen Tarif akzeptieren müsste.

Der hypothetische Parteiwille findet nur im Zuge einer ergänzenden Vertragsauslegung Berücksichtigung, definitionsgemäß aber nicht im Fall der Heranziehung dispositiven Rechts. Die ergänzende Vertragsauslegung setzt das Vorliegen einer planwidrigen Vertragslücke voraus. Eine solche liegt im hier relevanten Sinne vor, wenn ein nichtiger Vertragsteil eliminiert und der ursprüngliche Vertrag daher um diesen eliminierten Part gekürzt wird, sich aber weder aus dem restlichen Vertrag noch dem dispositiven Recht Aufschluss über den (ja nunmehr weggefallenen) Regelungsinhalt gewinnen lässt. Sofern die Vertragsparteien dieses Eliminationsrisiko nicht bewusst in Kauf genommen haben (zur Bedeutung subjektiver Komponenten der Sittenwidrigkeit s Kap 4.3.2), ist die durch die Eliminierung entstehende Vertragslücke wohl in den meisten Fällen planwidrig.

Illedits erwähnt allerdings, dass das Auftreten von bei der Vereinbarung selbst nicht geregelten Fragen bei der Vertragsdurchführung *per se* noch keine planwidrige Vertragslücke begründet.⁴⁶⁸ Grundsätzlich ist nämlich dem Gesetz die Funktion der Ergänzung von Verträgen vorbehalten. Das Gesetz ist aus diesem Grund vorrangig heran zu ziehen, sodass nur im Ausnahmefall von einer planwidrigen Unvollständigkeit ausgegangen werden kann, die tatsächlich eine ergänzende Vertragsauslegung erforderlich machen würde.

⁴⁶⁸ *Illedits*, Teilnichtigkeit 41.

In casu handelt es sich aber keineswegs um nicht bedachte formelle Probleme der Vertragsdurchführung, sondern um einen erheblichen Eingriff in die Vertragsgestaltung durch den Wegfall eines Vertragsbestandteiles: Es kann unterstellt werden, dass die Vertragsparteien mit dem wegfallenden Vertragsbestandteil – also der gesetzwidrigen und daher nichtigen Honorarvereinbarung – in den meisten Fällen eine Regelung treffen wollten, der das dispositive Recht (bei Fehlen einer Honorarvereinbarung gilt ein angemessenes Entgelt als vereinbart) nicht gerecht würde; andernfalls hätten sie ja – Rechtskenntnis vorausgesetzt – gar keine Regelung getroffen. Vielmehr war den Parteien aber die Honorarfrage derart wichtig, dass sie sie explizit in der von Ihnen gewünschten – gesetzwidrigen – Form regelten. Die vorzitierte Ausnahmesituation liegt hier also zweifellos vor. Da somit kein anwendbares dispositives Gesetzesrecht zur Verfügung steht, ist jedenfalls eine ergänzende Vertragsauslegung zur Lückenfüllung notwendig.⁴⁶⁹ *Rummel* folgend⁴⁷⁰ ergibt sich eine planwidrige Vertragslücke nämlich aus dem (fehlenden) Zusammenspiel von Vertrag und Gesetz.⁴⁷¹

Käme es – was wohl angesichts der offenbar angestellten detailreichen Überlegungen der Parteien selten der Fall sein wird – zu keinem bewussten Ausschluss dispositiven Rechts, so kämen die obigen Ausführungen nicht zur Anwendung. Die ergänzende Vertragsauslegung hätte sich diesfalls am dispositiven Recht zu orientieren. Das bedeutet, ein angemessenes Entgelt würde geschuldet.

Wie in Kap 5.4 extrapoliert, ist die Teilbarkeit der vertraglichen Gesamtregelung eine der Grundvoraussetzungen für die Teilnichtigkeit. Bei dem nichtigkeitsbedrohten Regelungsteil

⁴⁶⁹ *Illedits*, Teilnichtigkeit 41 f.

⁴⁷⁰ *Rummel*, Vertragsauslegung nach der Verkehrssitte 106.

⁴⁷¹ *Illedits*, Teilnichtigkeit 42.

darf es sich um keinen wesentlichen Vertragsbestandteil handeln, da diesfalls der Restvertrag nicht selbständig weiterbestehen könnte. Zweifellos ist das Honorar des RA, also der Preis, eine der im Synallagma stehenden Hauptleistungen des Anwaltsvertrages.

Wie bereits ausgeführt, ist das Verbot der *quota litis* als Fall einer qualitativen Teilnichtigkeit einzustufen, da § 879 Abs 2 Z 2 ABGB eine direkte Relation des Honorars zum erstrittenen Betrag, und somit ein qualitatives Kriterium, verpönt. Würden das zustehende Erfolgshonorar oder eine allenfalls zulässige Obergrenze desselben in einem absoluten Betrag – also einem quantitativen Kriterium – definiert, so läge keine verbotene Streitanteilsvereinbarung vor.

Der Gesamtvertrag bleibt in Fällen der qualitativen Nichtigkeit in seinem zulässigen Ausmaß restgültig, da selbst jener Teil des Schrifttums, der eine geltungserhaltende Reduktion ablehnt, von der Wirksamkeit des erlaubten Restbestandes einer qualitativ nichtigen Klausel ausgeht.⁴⁷² Das ist zwar ein Ergebnis, aber noch keine Lösung der Frage, wie mit dem Problem der Qualifikation als Hauptleistung und der Möglichkeit des selbständigen Fortbestandes des restgültigen „Rumpfvertrages“ umzugehen ist.

Die Definition dieser Voraussetzung für die Restgültigkeit stammt von *Illedits*,⁴⁷³ der in Weiterentwicklung eines Gedankens von *Mayer-Maly*⁴⁷⁴ die Ansicht vertritt, dass sich die Eignung des verbleibenden Vertragsteiles auch ohne den nichtigen Teil Bestand zu haben, „*besser als Grundvoraussetzung für die Annahme einer möglichen Restgültigkeit, denn als selbständiger Relativierungsfaktor zwischen Gesamtnichtigkeit und Restgültigkeit*“ ... eigne, „*denn zweifellos kann ein Torso ohne essentialia negotii, der zB nur mehr aus vertraglichen*

⁴⁷² Fitz, Geltungserhaltende Reduktion 652; Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht § 6 Rn 25a.

⁴⁷³ *Illedits*, Teilnichtigkeit 26.

⁴⁷⁴ *Mayer-Maly*, Teilnichtigkeit 269.

Nebenbestimmungen besteht, nicht aufrechterhalten werden.“ Beispielhaft führt *Illedits*⁴⁷⁵ die Modifizierung einer Gewährleistungsbestimmung an, die mit Wegfall der Vereinbarung über die Lieferung einer bestimmten Sache keinen Sinn macht.

Illedits ist hier uneingeschränkt zu folgen, seine Ausführungen sind stichhaltig. Allerdings existiert *in casu*, also in Bezug auf die qualitative Teilnichtigkeit der Vereinbarung einer *quota litis*, ein weiteres, sogar stärkeres Argument für die Restgültigkeit: das Problem des Wegfalles einer Hauptleistung wird gar nicht schlagend, zumal ja nicht die Hauptleistung selbst, also die Honorarleistung durch den Mdt, sondern nur die Art ihrer Ermittlung unzulässig und folglich nichtigkeitsbedroht ist. Wie in Kap 6.2.3 näher ausgeführt, besteht eine gesetzliche Honorargrundlage in § 16 RAO: sofern sich – mangels Vereinbarung - im G keine Anhaltspunkte finden (insb RATG), so gilt gem § 1152 ABGB und § 354 UGB ein angemessenes Entgelt als vereinbart. Durch den Wegfall der Vereinbarung über die Bemessung des HN fällt der HN-Anspruch selbst gar nicht weg.

Die Ausführungen über das Zusammenwirken gesetzlicher und vertraglicher Parameter in Hinblick auf das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke (s Kap 5.13.2) finden auch auf diesen Fall Anwendung. Aus dem Zusammenspiel des Parteiwillens und der gesetzgeberischen Wertung lässt sich zweifelsfrei ableiten, dass die Leistungen des RA zu honorieren sind. Eine direkte Proportionalität des Honorars zum erstrittenen Betrag ist verpönt, der diesbezügliche Teil der Honorarvereinbarung ist nichtig und fällt weg. Der Wegfall der Bestimmungen über die Ermittlung der HN-Höhe führt aber keineswegs zum Wegfall einer Hauptleistungsverpflichtung.

⁴⁷⁵ *Illedits*, Teilnichtigkeit 26.

Nun könnte man einwenden, dass bei der Vereinbarung einer *quota litis* der gesamte Entgeltanspruch sehr wohl wegfallen könnte, wenn der als Voraussetzung stipulierte Prozess Erfolg gar nicht eintritt und kein Mindestentgelt vereinbart wurde. Dem ist entgegen zu halten, dass die Hauptleistungsverpflichtung des Mdt nicht wegfällt, sondern mit Null definiert wird, sofern auch die seitens des RA zu erbringende Hauptleistung, nämlich ein Prozess Erfolg im definierten Ausmaß, nicht eintritt. Beide Leistungen sind synallagmatisch. Es kann also hier nicht vom Wegfall einer Hauptleistungsverpflichtung gesprochen werden, sondern diese reduziert sich symmetrisch zur Höhe der im Gegenzug zu erbringenden Hauptleistungsverpflichtung des anderen Vertragspartners (des RA). L und Rsp qualifizieren nämlich nur solche Vertragsbestandteile als Hauptleistungsverpflichtungen, die die individuelle, zahlenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistungen festlegen.⁴⁷⁶ Daher stellen Bestimmungen, die die Preisberechnung in lediglich allgemeiner Form regeln, keine Hauptleistungsverpflichtung dar.⁴⁷⁷

Dass die Erbringung der HN-Leistung durch den Mdt mitunter von Komponenten abhängig ist, die sich der Sphäre des RA entziehen, ändert nichts an der – theoretischen – Zulässigkeit dieser Vertragsform und begründet keinen Erklärungsmangel im Sinne des § 861 ABGB.⁴⁷⁸ Auch in diesem Zusammenhang ist somit bei der Gesamtbeurteilung des Vertrages auf den Parteiwillen, namentlich die von den Parteien ursprünglich gewollten Austauschbedingungen hinsichtlich der wechselseitig zu erbringenden Leistungen, Rücksicht zu nehmen.

⁴⁷⁶ ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 47; *Krejci* in *Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 374; *Apathy* in *Schwimann/Kodek IV*⁴ § 879 Rz 31; OGH 11.05.1993 1 Ob 538/93 = ÖBA 1994, 236.

⁴⁷⁷ OGH 24.05.2000 3 Ob 146/99p.

⁴⁷⁸ *Gschnitzer* in *Klang IV I*² 197 hält den Entfall eines HN im Fall eines Prozessmisserfolges als zulässig.

5.14 Ausgewählte Spezialgebiete zur Nichtigkeit nach österreichischem Recht

5.14.1 Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblätter

Das österreichische Recht kennt keine Legaldefinition des Begriffes der „allgemeinen Geschäftsbedingungen“. Da ihr Einsatz aber regelmäßig zu einer einseitig nachteiligen Ungleichgewichtslage zwischen den Vertragsparteien führt, wird vom Gesetzgeber auf das Tatbestandselement der gröblichen Benachteiligung abgestellt. Diese Ungleichgewichtslage wird auch als „verdünnte Willensfreiheit“ bezeichnet.⁴⁷⁹ Werden mit einer „unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles“ gröblich benachteiligenden, in AGB oder Vertragsformblättern enthaltenen Vertragsbestimmung überdies lediglich *accidentalialia negotii* festgelegt, so ist diese Vertragsbestimmung gem § 879 Abs 3 ABGB „jedenfalls nichtig“. Diese Prüfung wird als Inhaltskontrolle bezeichnet. Im Gegensatz zur Prüfung der inhaltlichen Kriterien setzt sich § 864a ABGB – die zweite Säule der AGB-Kontrolle – ausschließlich mit der Frage auseinander, inwieweit der anerklärte Vertragspartner mit der betreffenden AGB-Klausel rechnen musste. § 879 Abs 3 ist auch auf Unternehmer anzuwenden.⁴⁸⁰

Das Tatbestandselement der gröblichen Benachteiligung muss im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses verwirklicht sein,⁴⁸¹ wobei es eines beweglichen Systems auf den Grund und das Ausmaß der Abweichung vom dispositiven Recht, sowie das Ausmaß der Verdünnung der Willensfreiheit des betroffenen Vertragspartners abzustellen ist.⁴⁸² Nach dem

⁴⁷⁹ Vgl etwa Bollenberger in KBB⁴ § 864a Rz 1; im Detail zum Begriff der verdünnten Willensfreiheit Kap 5.9.

⁴⁸⁰ Bollenberger in KBB⁴ § 879 Rz 22; OGH 24.06.2010 6 Ob 100/10i = Zak 2010, 317 = EvBl 2010, 921 = ZVB 2010, 89 (Michl) = ecolex 2010, 846 = bbl 2010, 250 = RdW 2010, 717 = Zak 2012, 186 (Kolmasch, Judikaturübersicht).

⁴⁸¹ Bollenberger in KBB⁴ § 879 Rz 23.

⁴⁸² Apathy/Riedler in Schwimann/Kodek IV⁴ § 879 Rz 30.

Gesetzeswortlaut („*einen Teil*“) wäre denkbar, dass sich beide Vertragsteile auf eine Benachteiligung berufen könnten. Da dieses Ergebnis der Intention des Gesetzgebers, nämlich dem Schutz des schwächeren Vertragspartners, zuwider laufen würde, ist die Bestimmung teleologisch zu reduzieren.⁴⁸³ Eine Selbstbenachteiligung des Klauselanwenders wird vom Tatbestand nicht erfasst.

Die Unwirksamkeit kann auch im Verbandsverfahren gem § 28 KSchG durch die in § 29 *leg cit* genannten Verbraucherschutzverbände⁴⁸⁴ mittels Unterlassungsklage (zumeist in Verbindung mit einer Urteilsveröffentlichung) geltend gemacht werden. Der Unterlassungsanspruch bezieht sich auf die künftige Verwendung der betreffenden Klausel.⁴⁸⁵ Da der Verbandsprozess einer präventiven Funktion im Sinne des Allgemeininteresses verpflichtet ist, soll zur Beurteilung der Wirksamkeit einer Klausel die „*kundenfeindlichste*“, also die für den Verbraucher ungünstigste, Auslegung maßgeblich sein.⁴⁸⁶

Die Verwendung eindeutig unzulässiger Klauseln in AGB oder Vertragsformblättern kann wettbewerbsrechtliche Ansprüche auslösen.⁴⁸⁷ Überdies wird in der Lehre in letzter Zeit vermehrt eine Schadenersatzverpflichtung des Anwenders unwirksamer Klauseln in AGB oder Vertragsformblättern diskutiert.⁴⁸⁸

⁴⁸³ P. Bydlinski, Bürgerliches Recht I⁷ Rz 6/29.

⁴⁸⁴ Das sind die Wirtschaftskammer Österreich, die Bundesarbeitskammer, der Österreichische Landarbeiterkammertag, die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs, der Österreichische Gewerkschaftsbund, der Verein für Konsumenteninformation und der Österreichische Seniorenrat.

⁴⁸⁵ Stv OGH 01.08.2012 1 Ob 244/11 f = ZFR 2012, 328 = RdW 2012, 730 = ZIR 2013,107 = ecolex 2013, 107 (*Graf/Weiland*) = ÖBA 2013, 553 (*Koch*).

⁴⁸⁶ P. Bydlinski, Bürgerliches Recht I⁶ Rz 1/17.

⁴⁸⁷ OGH 23.02.2010 4 Ob 99/09a = MR 2010,160 = wbl 2010, 142 = jusIT 2010, 135 (*Staudegger*) = ÖBI-LS 2010, 90 (*Thöni*) = ecolex 2010, 684 (*Schopper*) = ecolex 2010, 471 (*Horak*) = RdW 2010, 388 (*Thiele*) = RdW 2010, 401 = Zak 2012, 186 (*Kolmasch*) = SZ 2010/14 = RdW 2013, 186 (*Thiele*) = ÖJZ 2015, 293 (*Graf*) = HS 41.137 = HS 41.138 = HS 41.149 = HS 41.232 = HS 41.242 = HS 41.253.

⁴⁸⁸ Zust *Leitner*, Schadenersatz im Zinsenstreit, ÖJZ 2005, 321; ders, Schadenersatz bei AGB-Verwendung in FS *Iro* (2013) 121 ff; *Kozioł – Welser/Kletecka* I¹⁴ Rz 441; *G. Graf*, Rechtswidrige Zinsanpassungsklauseln und Verjährungsrecht, ecolex 2003, 652; *Klauser*, Kreditzinsen – wie weiter? ecolex 2003, 659; OGH 20.04.2005 7 Ob 190/04y = ecolex 2005, 235 (*Klauser*); OGH 08.02.2008 9 Ob 23/07h = ÖBA 2008, 658 (*Madl*); krit OGH 22.03.2005 10 Ob 23/04m = JBI 2005, 443 (*Lukas*);

Problematisch ist der unbestimmte Gesetzesbegriff der Gröblichkeit iSv § 879 Abs 3. Zu seiner Konkretisierung sind zahlreiche Einzelfallentscheidungen heran zu ziehen. So wurden vom OGH beispielsweise ein Ausschluss jeder Kündigungsmöglichkeit bei Dauerschuldverhältnissen (konkret bei Genussscheinen für 35 Jahre),⁴⁸⁹ der Verfall von Gutscheinen nach zwei Jahren,⁴⁹⁰ die Verpflichtung zur Weiterleistung von Leasingraten bei Beschädigung des Leasinggegenstandes durch Dritte und Unterlassung der Anrechnung einer erbrachten Ersatzleistung,⁴⁹¹ die Haftung für nicht verursachte Schäden ungeachtet eines Kausalitätsnachweises,⁴⁹² ein unreflektiertes Tierhaltungsverbot in Mietwohnungen,⁴⁹³ ein Anspruchsverlust, wenn Schäden nicht bei Verlassen der Garage gemeldet werden,⁴⁹⁴ sowie eine unreflektierte Ausmalverpflichtung des Mieters bei Rückstellung des Mietgegenstandes⁴⁹⁵ als Fälle einer gröblichen Benachteiligung qualifiziert.

Auf die Inhaltskontrolle des § 6 KSchG (Klauselkatalog) wird aufgrund ihrer zentralen Bedeutung gesondert, unter Kap 5.14.2, eingegangen.

OGH 09.11.2005 1 Ob 68/05i = ÖBA 2006, 445 (*Rummel*); abl *P. Bydlinski*, Bürgerliches Recht I⁶ Rz 6/33a; *Rummel*, Schadenersatz aus *culpa in contrahendo* wegen Verwendung unerlaubter Allgemeiner Geschäftsbedingungen in FS Canaris (2007) 1149.

⁴⁸⁹ Wbl 2006, 278 (*F. Schuhmacher*).

⁴⁹⁰ OGH 28.06.2012 7 Ob 22/12d = Zak 2012, 295 = JBI 2012, 588 = RdW 2012, 516 = immolex 2012, 284 (*Böhm*) = AnwBl 2013, 9 = ecolex 2012, 9 67 = ZVR 2014, 225 (*Lindinger*).

⁴⁹¹ OGH 22.02.1985 1 Ob 546/84 = SZ 57/41.

⁴⁹² OGH 25.02.1999 6 Ob 320/98x = RdW 1999, 460 = ecolex 1999, 538 (*Wilhelm*) = SZ 72/38 = bbl 1999, 161 = HS 30.359 = Zak 2012, 186 (*Kolmasch*).

⁴⁹³ OGH 22.12.2010 2 Ob 73/10i = JBI 2011, 175 (*Mayrhofer*) = OIZ 2011, 26 (*Foerster*) = Zak 2011, 106 (*Pletzer*) = Zak 2011, 110 (*Kellner*) = Zak 2011, 116 = immolex 2011, 25 (*Prader/Böhm*) = wobl 2011, 93 (*Vonkilch*) = wobl 2011, 98 (*Riss*) = wobl 2011, 57 = EvBl 2011/462 = Jus-Extra OGH-Z 4965 = AnwBl 2011, 259 = RdW 2011, 140 = ecolex 2011, 201 = RZ 2011 EÜ106 = MietSlg 62.000 = MietSlg 62.095 = MietSlg 62.220 (22) = Zak 2012, 186 (*Kolmasch*) = Zak 2012, 403 (*Kolmasch*) = Der Mieter 2015, 64 (*Schinnagl/Groeschl*) = HS 41.217 = HS 41.266 = HS 41.257.

⁴⁹⁴ OGH 25.04.1995 4 Ob 522/95 = RdW 1995, 297 = EvBl 1995/579 = JBI 1995, 717 = ZVR 1995, 334 = SZ 68/79 = HS 26.460 = HS 26.550 = HS 26.637 = HS 26.695 = HS 26.854 = HS 26.865 = Zak 2012, 186 (*Kolmasch*).

⁴⁹⁵ OGH 27.02.2012 2 Ob 215/10x = Zak 2012, 112 = immolex-LS 2012, 29 = immolex-LS 2012, 30 = immolex-LS 2012, 31 = immolex-LS 2012, 32 = immolex 2012, 107 (*Prader*) = AnwBl 2012, 307 (*Reichholf*) = immolex 2012, 141 = EvBl-LS 2012/98 = Jus-Extra OGH-Z 5171 = RdW 2012, 402 = ecolex 2012, 607 = Zak 2012, 186 (*Kolmasch*) = wobl 2012, 131 (*Vonkilch/Riss*) = wobl 2013, 127 (*Schrader*) = wobl 2013, 139 (*Pesek*) = MietSlg 64.244 = MietSlg 64.245 = RdW 2014, 633 (*Pittl/Kemetmüller*).

Der Inhaltskontrolle des § 879 Abs 3 vorgelagert ist die Geltungskontrolle gem § 864a ABGB,⁴⁹⁶ im Rahmen derer die objektive Ungewöhnlichkeit einer in AGB oder Vertragsformblättern enthaltenen Klausel geprüft wird. Eine Klausel ist in diesem Sinne ungewöhnlich, wenn der Vertragspartner – Verbraucher oder Unternehmer⁴⁹⁷ - mit ihr vernünftiger Weise nicht zu rechnen brauchte,⁴⁹⁸ oder sie im gegebenen Zusammenhang gerade für diesen Vertragspartner aus der Sicht eines redlichen Aufstellers (Klauselanwenders) überraschend sein musste.⁴⁹⁹ Überdies kann sich die Ungewöhnlichkeit aus einer exotischen Positionierung im Text ergeben. Aus diesem Grund werden nicht außergewöhnliche Bestimmungen in Vertragsformblättern oft fett gedruckt und an besonders auffälliger Stelle angebracht.⁵⁰⁰ Der OGH spricht von einem Überrumpelungs- oder Übertölpelungseffekt,⁵⁰¹ eine bewusste diesbezügliche Absicht des Klauselanwenders wird nicht gefordert.⁵⁰² Einer allfälligen Ungewöhnlichkeit iSv § 864a kann durch den Klauselanwender vorgebeugt werden, indem er den Vertragspartner vor Vertragsabschluss⁵⁰³ ausdrücklich auf den Inhalt der Klausel hinweist.

Eine in diesem Sinne ungewöhnliche Bestimmung wird nicht Vertragsinhalt, sofern sie für den Vertragspartner nachteilig ist. Nachteiligkeit bedeutet im gegebenen Zusammenhang, dass die Klausel aus der Sicht des Vertragspartners zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu dessen Lasten vom dispositiven Recht abweicht,⁵⁰⁴ oder, falls kein einschlägiges dispositives

⁴⁹⁶ OGH 29.04.2004 6 Ob 60/04y = RdW 2004, 730 = Zak 2012, 186 (*Kolmasch*).

⁴⁹⁷ OGH 07.06.1990 7 Ob 12/90 = ÖBA 1991, 273 (*Jabornegg*).

⁴⁹⁸ *Apathy/Riedler* in *Schwimann/Kodek IV*⁴ § 864a Rz 5 mwN.

⁴⁹⁹ *Graf* in ABGB-ON 1.00 § 864a Rz 41 mwN.

⁵⁰⁰ *P. Bydlinski*, Bürgerliches Recht I⁶ Rz 6/26.

⁵⁰¹ *Graf* in ABGB-ON 1.00 § 864a Rz 42 mwN.

⁵⁰² In diese Richtung *Graf* in ABGB-ON 1.00 § 864a Rz 41; eindeutig *P. Bydlinski*, Bürgerliches Recht I⁶ Rz 6/26.

⁵⁰³ *P. Bydlinski*, Bürgerliches Recht I⁶ Rz 6/26.

⁵⁰⁴ *Rummel* in *Rummel*, ABGB I² § 864a Rz 6; *Graf* in ABGB-ON 1.00 § 864a Rz 46.

Recht existiert, dass der Vertragspartner des Klauselanwenders durch den Wegfall der betreffenden Klausel besser gestellt wäre.⁵⁰⁵

Im Gegensatz zu § 879 Abs 3, der ausdrücklich („*jedenfalls*“) die Nichtigkeit als Rechtsfolge fordert, werden gegen die Geltungskontrolle des § 864a verstoßende Bestimmungen „*nicht Vertragsbestandteil*“. In der Lit wird die Rechtsfolge eines Verstoßes kontroversiell diskutiert. Während ein Teil der L⁵⁰⁶ § 864a als einen Fall der relativen Nichtigkeit qualifiziert und andere für eine absolute Nichtigkeit eintreten,⁵⁰⁷ geht der OGH von einem Mittelweg aus und prüft eine Klausel dann amtswegig im Lichte einer Nachteiligkeit und Ungewöhnlichkeit, wenn sie nach den „unstrittigen Tatumständen bedenklich“ ist;⁵⁰⁸ ist das nicht der Fall, so trifft jene Partei die Behauptungs- und Beweislast, die sich auf einen Verstoß gegen § 864a beruft.

In Bezug auf die Frage der Antragslegitimation erscheint die vom OGH vertretene Kompromisslösung als die zu bevorzugende, da sie dem Schutzzweck der Bestimmung dadurch Rechnung trägt, dass eklatante Fälle amtswegig aufzugreifen sind und in allen anderen Fällen die auch sonst anwendbaren Behauptungs- und Beweislastregeln gelten.

Allerdings befasst sich die Diskussion nicht mit dem augenscheinlichsten Unterschied zwischen § 879 Abs 3 und § 864a, der schon aus dem bloßen Wortlaut erhellt. Offenbar wertet der Gesetzgeber den Begriff der Nichtigkeit anders als den Begriff des Nichtzustandekommens: so werden Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts – unter weiteren

⁵⁰⁵ Graf in ABGB-ON 1.00 § 864a Rz 41; Krejci, Konsumentenschutzgesetz 120.

⁵⁰⁶ Welser, JBI 1979, 450; Krejci, ÖJZ 1981, 113, 150 und 155; Krejci, Handbuch zum KSchG 121 f.

⁵⁰⁷ Rummel in Rummel ABGB I³ § 864a Rz 9; Apathy/Riedler in Schwimann/Kodek IV⁴ § 864a Rz 6.

⁵⁰⁸ OGH 28.08.1986 6 Ob 684/85 = RdW 1986, 334 = JBI 1987, 247 = RZ 1987, 90; OGH 25.03.1987 1 Ob 576/87 = RdW 1987, 406; OGH 24.05.1989 1 Ob 558/89 = SZ 62/99; OGH 07.06.1990 7 Ob 12/90 = VR 1991, 77 = ÖBA 1991, 376 (Jabornegg) = VersR 1992, 83 = RdW 1992, 15; OGH 18.04.2002 2 Ob 50/02w = ecolex 2002, 660 = JUS OGH-Z 3368 = RdW 2002, 730 = ÖBA 2003, 215 = Zak 2012, 83 (Kolmasch) = Zak 2012, 186 (Kolmasch); OGH 05.07.2006 7 Ob 156/06a.

Voraussetzungen – gem § 864 a „*nicht Vertragsbestandteil*“, während iSv § 879 Abs 3 gröblich benachteiligende Bestimmungen – wiederum unter weiteren Voraussetzungen – „*jedenfalls nichtig*“ sind.

Es wurde bereits ausgeführt, dass Nichtigkeit – das gilt selbst für Fälle der absoluten Nichtigkeit – nicht *per se*, also ohne weiteren Rechtsgestaltungsakt, eintritt. Der nichtige Vertragsbestandteil ist nicht schlechthin ein rechtliches *nullum*, weshalb die auf *Krejci* zurück zu führende Bezeichnung der absoluten Nichtigkeit als „*geltend zu machende Nichtigkeit*“ kritisiert wurde (auf die diesbezüglichen Ausführungen zu Kap 5.1 wird verwiesen). Jede Art von Nichtigkeit bedarf einer Rechtsgestaltung und somit der „Geltendmachung“.

Anders verhält es sich mit Klauseln, die aufgrund expliziter gesetzlicher Anordnung gar nicht erst Vertragsbestandteil werden. In diesen Fällen, also in den Fällen des § 864a, ist sohin ein Rückgriff auf den Nichtigkeitstatbestand gar nicht erforderlich, da die betreffende Klausel tatsächlich als rechtliches *nullum*, als nicht existent, zu betrachten ist. Diese Ansicht steht im Einklang mit der einhelligen RSp⁵⁰⁹ zur Rangordnung der AGB-Kontrolltatbestände: Demnach ist die Kontrolle gem § 879 Abs 3 jener gem § 864a nachgelagert, da eine Bestimmung, die gar nicht Vertragsinhalt wird, keiner Kontrolle bedarf.⁵¹⁰

Bei der Geltungskontrolle nach § 864a ABGB stellt sich nicht die Frage nach Teil- oder Gesamtnichtigkeit, da die gesamte tatbestandsmäßige Klausel gar nicht erst Vertragsinhalt wird. Im Unterschied dazu ist im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB

⁵⁰⁹ OGH 13.04.1983 1 Ob 581/83 = SZ 56/62 = JBl 1983, 534 (*F. Bydlinski*); RS0020590 = OGH 30.06.1988 8 Ob 25/88 = SZ 61/166 = RdW 1988, 418 = JBl 1988, 786 = ÖBA 1989, 320; RS0037089 = OGH 23.11.1994 1 Ob 638/94 = ecolex 1995, 332 = RdW 1995, 258 = HS 25.419 = Jus-Extra OGH-Z 1827 = HS 25.437 = Zak 2012, 83 (*Kolmasch*) = Zak 2012, 186 (*Kolmasch*); OGH 28.11.2007 7 Ob 250/07a = VR 2008, 769 = RdW 2008, 398 = RdW 2008, 359; ecolex 2008, 1094 (*Ertl*) = ZFR 2009, 60 (*Gruber*) = Zak 2012, 186 (*Kolmasch*).

⁵¹⁰ Graf in ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 276.

explizit die Teilnichtigkeit vorgesehen. Welche Regelung an die Stelle der nichtigen Klausel, respektive des nichtigen Bestandteils der Klausel, tritt, richtet sich nach den allgemeinen, bereits dargelegten, Regeln.

5.14.2 Konsumentenschutz

§ 879 Abs 3 ABGB bezieht sich auf Vertragsformblätter und allgemeine Geschäftsbedingungen. Wie bereits erwähnt, ist die Bestimmung auch auf Geschäfte unter Unternehmern anzuwenden.⁵¹¹ Das KSchG versucht demgegenüber die zwischen Unternehmer und Verbraucher herrschende Ungleichgewichtslage auszugleichen. Da diese Ungleichgewichtslage vom Gesetzgeber als gravierender als jene bei der Verwendung von AGB oder Vertragsformblättern empfunden wird,⁵¹² kann der in § 6 KSchG enthaltene demonstrative Klauselkatalog nicht ohne weiteres als Konkretisierungsnorm für § 879 ABGB herangezogen werden. Das gilt allerdings nicht für die Tatbestände der §§ 6 Abs 1 Z 5, 9 und 10 KSchG,⁵¹³ weil hier der Regelungszweck von AGB oder Verbrauchergeschäften unabhängig ist. Diese Normen können also sehr wohl im Rahmen der Konkretisierung der Generalklausel des § 879 berücksichtigt werden.

Die in den Abs 1 und 2 genannten Vertragsbestimmungen sind „*jedenfalls nicht verbindlich*“. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen diese Vertragsbestimmungen somit nichtig sein.⁵¹⁴ Die Nichtigkeit ist relativ, sie muss vom Verbraucher geltend gemacht werden.⁵¹⁵ Einige Zeit wurde von RSp⁵¹⁶ und L⁵¹⁷ die Ansicht vertreten, dass die Unwirksamkeit einzelner

⁵¹¹ Kap 5.14.1

⁵¹² *Illedits*, Teilnichtigkeit 49 mwN.

⁵¹³ *Illedits*, Teilnichtigkeit 50.

⁵¹⁴ ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 21.

⁵¹⁵ *Apathy* in *Schwimann/Kodek V*⁴ § 6 KSchG Rz 1; aA *P. Bydlinski*, Bürgerliches Recht I⁶ Rz 7/44.

⁵¹⁶ OGH 16.06.1983 6 Ob 596/83 = RdW 1983, 72.

⁵¹⁷ *Kathrein* in *KBB*⁴ § 6 KSchG Rz 3; *Apathy* in *Schwimann/Kodek V*⁴ § 6 KSchG Rz 1.

Klauseln⁵¹⁸ – im Sinne des Normzwecks von § 6 KSchG – den restlichen Vertrag nicht berühre und daher nur zur Teilnichtigkeit führe. Mittlerweile – vor allem im Lichte von Art 6 der Klausel-RL – ist jedoch die Meinung vorherrschend,⁵¹⁹ dass die Teilnichtigkeit und somit eine geltungserhaltende Reduktion bei Verbraucherverträgen deshalb ausscheidet, weil zu weit gefasste Klauseln das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG verletzen. Manche Autoren⁵²⁰ sprechen sich sogar für eine analoge Anwendung des Transparenzgebots über Verbraucherverträge hinaus aus.

Dieser Standpunkt ist mE angesichts der klaren Zielsetzung des Gesetzgebers, mit dem KSchG die typischer Weise gegebene Ungleichgewichtslage zwischen Unternehmern und Verbrauchern auszugleichen, abzulehnen. Zum einen ist eine Ungleichgewichtslage im Regime des § 879 Abs 3 nicht Tatbestandsvoraussetzung: ihr Bestehen ist lediglich im Rahmen der Interessensabwägung zur Feststellung einer gröblichen Benachteiligung relevant.⁵²¹ Zum anderen ergibt sich die besondere Schutzbedürftigkeit iSd § 879 Abs 3 – im Gegensatz zum Verbraucher, der bereits aufgrund dieser Eigenschaft schutzwürdig ist – erst aus der Informationskostenasymmetrie, die darin liegt, dass es sich für den Verwender standardisierter Verträge betriebswirtschaftlich rentiert, in deren Formulierung Kosten zu investieren, während sich für seinen Vertragspartner eine genaue Auseinandersetzung,

⁵¹⁸ Unter der hier unterstellten Voraussetzung, dass auch im Einzelfall kein Widerspruch zwischen der teilweisen Unwirksamkeit im Rahmen des Vertrages und jener im Rahmen einer Vertragsklausel besteht.

⁵¹⁹ OGH 05.08.2003 7 Ob 179/03d = SZ 2003/91 = VR 2003, 622 = VRInfo 2004, 7 = ecolex 2005, 420 (*Ertl*) = JBI 2004, 245 = KRES 3, 116 = RdW 2003, 699 = RdW 2004, 265 (*Reisinger*); RIS-Justiz RS0117830; OGH 05.08.2003 7 Ob 179/03d = ecolex 2004, 528 (*Leitner*); G. Graf, Auswirkungen des Transparenzgebots, ecolex 1999, 9 f; *Leitner*, Ist das vollständige Ende der geltungserhaltenden Reduktion gekommen? ÖJZ 2002, 711; *St. Korinek*, Das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, JBI 1999, 171 f; *Koziol-Welser/Kletecka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 570.

⁵²⁰ *Koziol-Welser/Kletecka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 570; *Schilcher*, Das Transparenzgebot im Vertragsrecht, in *Aicher/Holoubek*, Der Schutz von Verbraucherinteressen 124 ff; *Leitner*, Transparenzgebot 129 ff.

⁵²¹ OGH 23.04.2009 8 Ob 164/08p = SZ 2009/53 = Zak 2009, 389; *Graf* in ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 284.

geschweige denn eine detaillierte Prüfung der AGB oder Vertragsformblätter, in aller Regel nicht rechnet.⁵²²

Während die in § 6 Abs 1 KSchG demonstrativ aufgezählten Vertragsbestimmungen jedenfalls nicht verbindlich sind, gilt das für den Katalog des Abs 2 nur dann, wenn die entsprechende Vertragsbestimmung nicht im Einzelnen ausgehandelt wurde. Die Materialien sprechen in diesem Zusammenhang von einer Unangemessenheit „geringeren Grades“.⁵²³ Der Unternehmer muss zu einer Änderung der von ihm formulierten Vertragsbestimmung bereit sein,⁵²⁴ dem Verbraucher muss die Möglichkeit eingeräumt werden, auf die Formulierung Einfluss zu nehmen.⁵²⁵ Aus diesem Grund gelten Vertragsbestimmungen, die von einem Vertreter des Unternehmers ohne Änderungsbefugnis abgeschlossen werden, als nicht wirksam ausgehandelt.⁵²⁶

Ein Eingehen auf die einzelnen Tatbestände des § 6 KSchG würde den hier vorgegeben Rahmen sprengen, eine übersichtliche Darstellung findet sich beispielsweise in *Welser/Zöchling-Jud II*¹⁴ Rz 1215 ff.

Allerdings ist zu untersuchen, ob nicht § 6 Abs 1 Z 5 KSchG im hier gegebenen Zusammenhang besondere Bedeutung zukommt. Gem dieser Bestimmung sind Vereinbarungen, die dem Unternehmer für seine Leistung einen höheren als den bei Vertragsabschluss bestimmten Entgeltanspruch einräumen, unwirksam, es sei denn die für eine Erhöhung maßgeblichen Umstände sind im Vertrag bezeichnet, sachlich gerechtfertigt,

⁵²² Graf in ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 278.

⁵²³ EB 744 BlgNR 14. GP 21.

⁵²⁴ EB 744 BlgNR 14. GP 48; Kathrein in KBB⁴ § 6 KSchG Rz 23.

⁵²⁵ Jüngst OGH 24.01.2013 2 Ob 22/12t = ÖBA 2013, 1918 = RdW 2013, 278 = ecolex 2013, 503 (Holly) = ecolex 2013, 522 = JBl 2013, 519 = AnwBl 2013, 475 = RZ 2013, 219 = ÖBA 2014, 920 (Kellner) = VbR 2015, 48 (Kolba) = ZVR 2014, 75 (Danzl) = SZ 2013/8.

⁵²⁶ OGH 30.10.1996 9 Ob 2169/96b = SZ 69/245; Apathy in Schwimann/Kodek V⁴ § 6 KSchG Rz 3.

hängen nicht vom Willen des Unternehmers ab und ihr Eintritt kann auch zu einer Reduktion des Entgeltanspruches führen (Prinzip der Zweiseitigkeit).⁵²⁷

Die Bestimmung hat vor allem im Zusammenhang mit Preis- und Zinsengleitklauseln sowie Zinsanpassungsklauseln große Bedeutung.⁵²⁸ Sie ist aber auch im hier aufgezeigten Zusammenhang mit der *quota litis* einschlägig: Es ist naheliegend und kann mit einem gesunden Rechtsempfinden erwartet werden, dass Preiserhöhungen, also eine einseitige Erhöhung der Leistungsverpflichtung einer Partei, im Bereich des Verbraucherrechtes unzulässig sind. Alles andere widerspräche dem Grundsatz „*pacta sunt servanda*“.

Ins Auge stechen aber die Ausnahmen von dieser Regel: So kann das Entgelt dann erhöht werden, wenn

- a) die für eine Erhöhung maßgeblichen Umstände im Vertrag umschrieben sind,
- b) diese Umstände sachlich gerechtfertigt sind,
- c) der Eintritt dieser Umstände nicht vom Willen des Unternehmers abhängt und
- d) die gleichen Umstände gegeben Falles auch zu einer Entgeltreduktion führen können.

Unter diesen Voraussetzungen ist eine Entgeltanpassung anhand vordefinierter Kriterien gegenüber Konsumenten zulässig. Aus der Zielsetzung des Verbraucherschutzrechts, die aus dem rechtsgeschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern für diese als den regelmäßig schwächeren Partnern resultierenden Gefahren auszuschalten oder zu mindern,⁵²⁹ würde im

⁵²⁷ G. Graf Welche Preisänderungsklauseln sind in Verbraucherverträgen wirksam? wbl 2005, 197; Iro, Zur Wirksamkeit formularmäßiger Änderungsvorbehalte, in FS Koziol (2010) 147.

⁵²⁸ Welser/Zöchling-Jud II¹⁴ Rz 1225 mwN; OGH 20.11.2002 5 Ob 266/02g = ecolex 2003, 237 (Leitner); OGH 17.12.2002 4 Ob 265/02b = ÖBA 2003, 373 (Iro).

⁵²⁹ Apathy in Schwimann/Kodek V⁴ § 1 KSchG Rz 5.

Umkehrschluss⁵³⁰ resultieren, dass eine Entgeltanpassung unter Unternehmern selbst ohne die in § 6 Abs 1 Z 5 KSchG statuierten Voraussetzungen zulässig ist; allerdings widerspräche dies der Intention des § 2 Abs 1 KSchG, wonach die Aufnahme einer Regelung in das I. Hauptstück des KSchG nicht – zwingend – den Schluß zulässt, dass außerhalb des Verbraucherrechts anderes gälte.⁵³¹

§ 879 Abs 2 Z 2 ABGB sieht nichts anderes als eine Entgeltanpassung vor, die mit dem Prozesserfolg junktimiert ist: Für den Mandanten ist bei Vertragsabschluß unbekannt, ob und welcher Betrag erstritten wird. Da sich das (dem Grunde nach jedenfalls geschuldete) Honorar anteilig von diesem Betrag ableitet, also an den Streitbetrag angepasst wird, sobald dieser bekannt ist, ist die Honorarhöhe für den Mandanten im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses intransparent. Zweifellos ist § 6 KSchG im Verhältnis zu § 879 ABGB nicht nur die jüngere,⁵³² sondern auch die speziellere⁵³³ Norm. Somit ist – allenfalls mit dem Schutz von Ehre und Ansehen des Standes (s dazu Kap 6.4, insb 6.4.3) – ein Anwendungsbereich für das Verbot im Bereich B to B tatsächlich nur noch schwer argumentierbar. Selbst im Verbraucherrecht, also im Bereich B to C, wäre eine Streitanteilsvereinbarung mE zulässig, sofern die in § 6 Abs 1 Z 5 KSchG normierten Voraussetzungen vorliegen. Eine Streitanteilsvereinbarung stellt nämlich nichts anderes als die von der zit Bestimmung erfasste Entgeltanpassung (Definition von das Entgelt beeinflussenden Umständen) dar.

⁵³⁰ Geschäfte zwischen Unternehmern fallen selbst bei erheblicher Ungleichheit ihrer wirtschaftlichen Stärke und Erfahrung nicht unter das Konsumentenschutzgesetz – OGH 21.04.1982 1 Ob 778/81 = SZ 55/51.

⁵³¹ *Welser/Zöchling-Jud II*¹⁴ Rz 1183.

⁵³² BGBl Nr 140/1979.

⁵³³ § 6 KSchG konkretisiert die generellen Bestimmungen über Sittenwidrigkeit und gröblich benachteiligende Vertragsbestimmungen – EBRV 744 BlgNR 14. GP 21.

5.14.3 § 917a ABGB

Eine Wertung des Gesetzgebers zugunsten der Teilnichtigkeit lässt sich § 917a ABGB entnehmen. Die Bestimmung normiert die Teilnichtigkeit einer gesetzlich Höchstpreise⁵³⁴ überschreitenden Vereinbarung im Ausmaß der Überschreitung des normierten Höchstmaßes. Die zwingende Norm⁵³⁵ bezieht sich auf Tatbestände, die durch Preisober- oder -untergrenzen dem Individualschutz des wirtschaftlich schwächeren Vertragspartners dienen⁵³⁶ und sieht vor, dass Überschreitungen des zulässigen Höchstpreises ebenso wie Unterschreitungen des normierten Mindestpreises⁵³⁷ unwirksam sind und der Vertrag im Ausmaß des höchst-, respektive minimal zulässigen Preises wirksam zustande kommt.

§ 917a bezieht sich auf bestimmte Entgelte. *P. Bydlinski*⁵³⁸ ist darin zuzustimmen, dass davon auch bestimmbare Entgelte erfasst werden, da die Bestimmbarkeit eines Preises dessen Bestimmtheit gem § 869 ABGB grundsätzlich gleichzuhalten ist.⁵³⁹

Zielsetzung der Bestimmung war ursprünglich die Gleichbehandlung der Auswirkung öffentlich-rechtlicher und zwingender privatrechtlicher Preisgrenzen auf privatrechtliche

⁵³⁴ Die Bestimmung findet nach übereinstimmender L und Rsp nicht nur auf formell-gesetzliche Entgeltbestimmungen, sondern auch auf VO Anwendung (OGH 09.04.1986 1 Ob 553/86 = SZ 59/65 = ÖZW 1987, 26; *P. Bydlinski*, Zur Ermittlung der Anschlusspreise bei der Versorgung mit elektrischer Energie, ÖZW 1987, 3; *P. Bydlinski*, Die rechtlichen Grenzen für Stromanschlusspreisvereinbarungen im Lichte der aktuellen zivilgerichtlichen Judikatur, ÖZW 1989, 65); ebenso ist sie auf Preisbescheide anzuwenden (*Hanreich*, Das zeitliche Element der Preisregelung, ÖZW 1982, 11).

⁵³⁵ OGH 06.09.2001 2 Ob 172/01k = RdW 2002,81.

⁵³⁶ *P. Bydlinski* in KBB⁴ § 917a Rz 1.

⁵³⁷ In der Praxis wesentlich seltener als Höchstpreise, in Frage kommen etwa die Buchpreisbindung (§ 2 Z 5 BG über die Preisbindung bei Büchern) oder Systemnutzungstarife gem § 25 Abs 3 EIWOG.

⁵³⁸ *P. Bydlinski* in KBB⁴ § 917a Rz 2.

⁵³⁸ *P. Bydlinski* in KBB⁴ § 917a Rz 2.

⁵³⁹ OGH 10.07.1979 4 Ob 538/79 = EvBl 1980/38 = JBl 1980, 151 (*F. Bydlinski*); *F. Bydlinski*, die Baukostenendabrechnung als Bestimmung der Leistung des einen Vertragsteils durch den anderen, JBl 1975, 245; *Mayer-Maly* Das Ermessen im Privatrecht, in FS *Melichar* 442.

Verträge.⁵⁴⁰ Im Gegensatz zu privatrechtlichen Preisgrenzen wurde vor Inkrafttreten der Bestimmung die Verletzung öffentlich-rechtlicher Preisgrenzen wiederholt mit der Gesamtnichtigkeit des Vertrages sanktioniert,⁵⁴¹ während der Verstoß gegen zwingende privatrechtliche Normen unter Berufung auf § 878 S 2 ABGB lediglich zur Teilnichtigkeit führte.⁵⁴²

Bemerkenswert ist die klare Zielsetzung des Gesetzgebers, wonach die Bestimmung nicht anzuwenden ist, wenn anstelle einer einzelnen Person (arg „zum Schutz eines Vertragspartners“), eine Personengruppe geschützt werden soll, wie – explizit in der RV erwähnt – bei standesrechtlichen Mindesthonoraren der Fall.⁵⁴³ Nun ist § 917a nicht ohne weiteres einschlägig, allerdings ist seine, zumindest analoge, Anwendbarkeit auf Streitanteilsvereinbarungen durchaus denkbar, da der gleiche Regelungszweck, nämlich die Unterbindung von Vereinbarungen, die von gesetzlichen – RATG – Höchst- oder Mindestpreisen abweichen, verfolgt wird.⁵⁴⁴ Andererseits ist die Wertung des Gesetzgebers, wonach die Rechtsfolgen auch hier vom Schutzzweck abhängig sind, offensichtlich. Einmal mehr kommt also der Zielsetzung für das Verbot der *quota litis* Bedeutung zu: Liegt das Gesetzesverbot im Interesse des (einzelnen) Klienten, so wäre dem eine gewisse Legitimität nicht abzusprechen, wenngleich diesem Schutzzweck mit gelinderen Mitteln besser entsprochen werden könnte (zu den möglichen Alternativen s unten). Liegt der Schutzzweck aber im Interesse von Ehre und Ansehen des Standes, so ergibt sich aus § 917a ABGB, dass dem Gesetzgeber die Schutzwürdigkeit dieses Gutes – zumindest außerhalb des Standesrechts

⁵⁴⁰ EB zu RV 744 BlgNR 14. GP 49; *Bürge*, Preisbestimmung durch einen Vertragspartner und die Tagespreisklausel, JBl 1989, 687.

⁵⁴¹ Nachweise bei *Mayer-Maly* in Klang IV/2 290 f.

⁵⁴² *Binder* in *Schwimann/Kodek IV*⁴ § 917a Rz 1.

⁵⁴³ *Reischauer* in *Rummel I*² § 917a Rz 1; RV 744 BlgNR 14. GP 49.

⁵⁴⁴ Für die Anwendbarkeit genügt die Preisbestimmbarkeit iSd § 1054 ABGB, etwa durch Festlegung der Grundsätze und Regeln zur Preisermittlung (*Binder* in *Schwimann/Kodek IV*⁴ § 917a Rz 6); OGH 18.09.1986 7 Ob 626/86 = ÖZW 1987, 60 (*P. Bydlinski*).

selbst – kein Anliegen war; vielmehr wollte er verhindern, mit dem ABGB zu stark in die an anderer Stelle zu regelnde Honorargestaltung der freien Berufe einzugreifen.

Welche Rückschlüsse lässt nun § 917a ABGB auf das Verbot der Streitanteilsvereinbarung zu? Die Regelung bezieht sich – wie erörtert – auch auf bestimmbare Preise. Sohin stellt die Definition des Preises in einem Prozentsatz des Prozesserfolges kein Anwendungshindernis dar. Eine unmittelbare Anwendung von § 917a scheitert aber daran, dass § 879 Abs 2 Z 2 kein Höchst- oder Mindestmaß festlegt, sondern die Art der Preisbestimmung verpönt. Diese unterschiedlichen Tatbestandsvoraussetzungen versagen mE eine analoge Anwendung von § 917a. Allerdings ist diese Bestimmung hilfreich bei der ergänzenden Vertragsauslegung, die nach Wegfall der nichtigen Art der Preisbestimmung erforderlich wird: Ist kein Honorar vereinbart – und das ist nach Wegfall der Preisbestimmungsregel zweifellos der Fall – so gilt ein angemessenes Honorar als vereinbart. Die Grenzen der Angemessenheit sind letztlich im Rahmen einer Angemessenheitsprüfung durch die Rechtsanwaltskammern zu ermitteln und orientieren sich – wie in Kap 6.3.4 dargestellt – in erster Linie an den Ansätzen der Allgemeinen Honorarkriterien der Rechtsanwälte.⁵⁴⁵ Wie oben ausgeführt, soll § 917a nicht auf standesrechtliche Mindesthonorare anzuwenden sein. Hinsichtlich des standesrechtlich definierten Höchstmaßes erscheint § 917a jedoch in Bezug auf die Preisfindung analogiefähig, sofern keine Honorarvereinbarung getroffen wurde oder diese – aufgrund ihrer Nichtigkeit – wegfällt.

Das bedeutet, dass unter Heranziehung der genannten Bestimmung eine an sich unzulässige Streitanteilsvereinbarung dazu führen könnte, dass dem subsidiär relevanten Parteiwillen unterhalb der standesrechtlich vorgesehenen Angemessenheitsgrenzen entsprochen werden kann. Dadurch kann verhindert werden, dass infolge des Wegfalls der Preisfestsetzung, weil

⁵⁴⁵ Die AHK sind eine standesinterne generelle Regelung, die für alle Kammermitglieder bindend ist (vgl. *Thiele Anwaltskosten*³ 62).

diese einen Hauptvertragsbestandteil darstellt, der gesamte Vertrag nichtig würde. Vielmehr kann der Vertrag in Geltung erhalten bleiben, indem die nichtige Preisbestimmung durch eine solche ersetzt wird, die mit dem angemessenen Honorar begrenzt ist.

5.14.4 Wucher

§ 879 Abs 2 Z 4 sanktioniert das Ausnutzen der Entscheidungsfreiheit des bewucherten Vertragspartners, um dadurch eine Leistung zu erwirken, die zur eigenen in auffallendem Missverhältnis steht.

Für die Beurteilung, ob ein Vertrag wegen Wuchers nichtig ist, ist seine rechtliche Einordnung irrelevant; vielmehr ist jedes Rechtsgeschäft, das ein Austausch- und Gegenseitigkeitsverhältnis begründet, vom Tatbestand erfasst.⁵⁴⁶ Somit sind ebenso Glücksverträge,⁵⁴⁷ als auch Gesellschaftsverträge,⁵⁴⁸ Leibrentenverträge,⁵⁴⁹ Ausgedingeverträge⁵⁵⁰ und grundsätzlich – soweit der Umfang der wechselseitigen Ansprüche bei Vertragsabschluss absehbar ist – Vergleiche⁵⁵¹ vom Wuchertatbestand erfasst.

Die tatbestandsmäßige Einschränkung der Entscheidungsfreiheit kann auf den demonstrativ genannten Faktoren Leichtsinns, Zwangslage, Verstandesschwäche, Unerfahrenheit oder Gemütsaufregung beruhen. Die RSp anerkennt aber auch zu große Vertrauensseligkeit als Anfechtungsgrundlage.⁵⁵²

⁵⁴⁶ Stv OGH 13.07.1994 3 Ob 503/93 = SZ 67/123.

⁵⁴⁷ OGH 14.11.1951 1 Ob 772/51 = SZ 24/306.

⁵⁴⁸ RIS-Justiz RS0038488.

⁵⁴⁹ OGH 18.12.1957 2 Ob 578/57 = EvBl 1958/157; OGH 18.05.1989 7 Ob 581/89.

⁵⁵⁰ Stv OGH 28.01.1988 6 Ob 2/88.

⁵⁵¹ OGH 23.11.2000 6 Ob 281/00t = EvBl 2001/78 ; *Graf* in ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 259.

⁵⁵² OGH 25.03.1993 8 Ob 502/93 = SZ 66/41 = JBl 1994, 404.

Ein Ausnutzen iSd Tatbestandes liegt vor, wenn dem Wucherer sowohl die Situation des Bewucherten, als auch das grobe Leistungsmissverhältnis (s sogleich) bekannt sind oder zumindest sein müssten.⁵⁵³

Ein auffallendes Missverhältnis setzt eine übermäßige, leicht erkennbare, ungerechtfertigte Äquivalenzstörung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses voraus.⁵⁵⁴ Fehlt eine der vorgenannten Tatbestandsvoraussetzungen, so kommt eine Nichtigkeit dennoch in Frage, sofern diesen Voraussetzungen gleichwertige Umstände hinzutreten.⁵⁵⁵

Die Rechtsfolge beim wucherischen Vertrag ist gem § 7 Abs 1 WucherG stets die Gesamtnichtigkeit;⁵⁵⁶ insofern kommt diesem Tatbestand angesichts der Priorisierung der Teilnichtigkeit im österreichischen Recht Ausnahmecharakter zu. Lediglich für wucherische Darlehens- oder Kreditverträge sieht § 7 Abs 2 WucherG die Teilnichtigkeit vor: Der Bewucherte kann die vertraglich eingeräumten Rückzahlungsfristen trotz Wuchers beanspruchen, der Zinssatz ist aber auf den zweifachen Basiszinssatz im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu reduzieren.⁵⁵⁷

Die systemwidrige Anordnung einer Totalnichtigkeit wird in der L⁵⁵⁸ kritisiert. *Illedits*⁵⁵⁹ wertet § 7 Abs 1 WucherG als „*legislative Fehlentscheidung*“, da es keine überzeugende

⁵⁵³ Nachweise bei Graf in ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 271.

⁵⁵⁴ Graf in ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 268.

⁵⁵⁵ OGH 20.03.1985 1 Ob 532/85 = SZ 58/43; OGH 27.08.1997, 1 Ob 72/97p = RdW 1998, 11.

⁵⁵⁶ OGH 06.07.2016 7 Ob 115/16m = Zak 2016, 275; Apathy/Riedler in Schwimann/Kodek IV⁴ § 879 Rz 37; Graf in ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 272 mwN.

⁵⁵⁷ OGH 11.05.2000 8 Ob 253/99k = ÖBA 2001, 170 = EvBl 2000/197 = RdW 2001, 16.

⁵⁵⁸ Gschnitzer in Klang IV/I² 208 mwN; RIS-Justiz RS0016431: „Darüber, ob die Nichtigkeit des Teiles das Ganze ergreift oder nicht, entscheidet - anders als nach § 878, zweiter Satz ABGB - nicht Natur und Zweck des Vertrages bzw der Parteiwillen, sondern Natur und Zweck des Verbotes. Dabei ist nach Mayer - Maly, Gschnitzer - GedS 283 der von der Gesetzeslage gewährte Spielraum iS einer Entscheidung für grundsätzliche Restgültigkeit zu nutzen.“

⁵⁵⁹ Die von *Illedits* (Teilnichtigkeit 84 f) insb geforderte Orientierung an der geltungserhaltenden Reduktion ist aufgrund der bereits wiederholt zit Rsp des EuGH im Bereich des Verbraucherrechts mittlerweile nicht mehr zulässig.

Begründung dafür gibt, weshalb beim Wucher – mit Ausnahme des Kreditwuchers – von der prinzipiellen Priorisierung der Restgültigkeit abgewichen wird.

Dieser Ansicht ist zu folgen. Die Frage, ob Gesamt- oder Teilnichtigkeit eintritt, richtet sich - wie bereits extrapoliert - nach dem Schutzzweck der Norm, eventualiter nach dem hypothetischen Parteiwillen und somit nach den Umständen des Einzelfalles. Die Rechtsfolge des § 7 Abs 1 WucherG ist apodiktisch. Sie lässt eine Berücksichtigung der individuellen Umstände nicht zu und konterkariert die Funktion des § 879 Abs 1, der eben keine Festlegung trifft, ob die normierte Nichtigkeit total oder teilweise eintreten soll.

5.14.5 Mietzinsobergrenzen

Bis 1916 war das Mietrecht ausschließlich im ABGB geregelt. Erst mit der dritten Teilnovelle wurden im Sinne des noch in den Kinderschuhen befindlichen Mieterschutzes im Bestandrecht zwei zwingende Vorschriften, namentlich § 1096 Abs 1 letzter Satz und § 1117 ABGB letzter Satz, geschaffen. Hinzu kamen kurz darauf vier Mieterschutzverordnungen,⁵⁶⁰ mit denen im Wesentlichen befristete Mieterhöhungsverbote und Kündigungsbeschränkungen zugunsten des Mieters geschaffen wurden.⁵⁶¹

Am 15.12.1922 wurde das Mietengesetzes (MG)⁵⁶² kund gemacht, das erstmalig einen umfangreichen effektiven Mieterschutz verwirklichte. Es beinhaltete im Wesentlichen Mietzinsbeschränkungen auf Basis einer Vergleichsmiete in Relation zur wirtschaftlichen

⁵⁶⁰ RGBI 34/1917; RGBI 323/1917; RGBI 21/1918 und RGBI 21/1918.

⁵⁶¹ Eine detaillierte historische Darstellung der Entwicklung des Mieterschutzes in Österreich findet sich in *Stampfer*, Die Anfänge des Mieterschutzes in Österreich (1995).

⁵⁶² BGBl 872/1922.

Lage zum Stichtag 01.08.1914 („*Friedenszins*“),⁵⁶³ einen gesetzlichen Kündigungsschutz, die Möglichkeit der Weitergabe des Bestandsobjektes unter Angehörigen, den Eintritt in das Mietrecht von Todes wegen sowie eine Einschränkung der Befristungsmöglichkeit von Mietverträgen.

Mit dem Mietrechtsänderungsgesetz 1967⁵⁶⁴ kam es zu einer Liberalisierung der Neuvermietung durch Erweiterung der Zulässigkeit freier Mietzinsvereinbarungen für nach 1968 geschlossene Mietverträge und somit *de facto* zur Abschaffung des „*Friedenszins*“.

1982 trat das Mietrechtsgesetz (MRG)⁵⁶⁵ in Kraft. Es sah – aus dem hier maßgeblichen Aspekt des Mieterschutzes – insbesondere auf Kategorien (A bis D) basierende Mietzinsobergrenzen vor. Mit dem 3. WohnrechtsänderungsG (WÄG)⁵⁶⁶ wurde das erst kurz zuvor eingeführte Kategoriemietzinssystem hinsichtlich Neuvermietungen durch das Richtwertsystem ersetzt.

§ 16 MRG definiert den höchstzulässigen Hauptmietzins, § 26 MRG den höchstzulässigen Untermietzins. § 16 Abs 8 und § 26 Abs 4 MRG verdeutlichen, was gem § 917a ABGB ohnedies bereits seit 1979 klar normiert ist: die das Höchstmaß überschreitende Mietzinsvereinbarung ist unwirksam.

Bis zum Inkrafttreten von § 917a ABGB⁵⁶⁷ war die Judikatur zur Mietzinshöhe höchst uneinheitlich. Ein Verstoß gegen Zinsbildungsvorschriften konnte entweder zur Total- oder

⁵⁶³ Der *Friedens-* oder auch *Friedenskronenzins* wurde nicht, wie mitunter fälschlich behauptet, aufgrund der Notlage im ersten Weltkrieg eingeführt. Mit ihm wurde 1922 das 1914 bestehende Mietzinsniveau „versteinert“ und um das 150fache erhöht.

⁵⁶⁴ BGBl 280/1967.

⁵⁶⁵ BGBl 520/1981.

⁵⁶⁶ BGBl 800/1993.

⁵⁶⁷ BGBl 140/1979.

zur Teilnichtigkeit führen.⁵⁶⁸ Das hängt damit zusammen, dass die am Schutzzweck der Norm orientierte Auslegung der Tragweite der Unwirksamkeit abhängig vom Einzelfall zu uneinheitlichen Ergebnissen führt. Mit der zunehmenden Betonung des Mieterschutzes kam die RSp⁵⁶⁹ bereits vor Einführung der § 917a einhellig zu dem Ergebnis, dass verbotene Mietzinsvereinbarungen nur zur Nichtigkeit im Ausmaß des Überschreitens des zulässigen Höchstmaßes führen. Das gleiche gilt für verbotene Ablösen.⁵⁷⁰

Die §§ 16 und 26 MRG stellen völlig klare gesetzlich normierte Fälle einer – quantitativen – geltungserhaltenden Reduktion und sohin ein weiteres Wertungskriterium des Gesetzgebers für die Priorisierung der Teilnichtigkeit gegenüber der Totalnichtigkeit dar.

Aus der Rechtslage im Mietrecht lässt sich – dort freilich bedingt durch die besondere politische Bedeutung, die der Materie zukommt – eine Priorisierung des Rückgriffes auf einen „gerechten Preis“ anstelle der Gesamtnichtigkeit des Vertrages ableiten. Auf die Probleme, die die Annahme der Existenz eines *iustum pretium* aufwirft, wird unter Pkt 6.3 eingegangen.

5.14.6 Arbeitsrecht

Die Differenzierung zwischen Teil- und Totalnichtigkeit hat in jenen Rechtsbereichen besonders große Bedeutung, in denen in großem Umfang zwingendes und nachgiebiges Recht aufeinander stoßen. Vor allem in diesen Bereichen stellt sich regelmäßig die Frage, ob nicht

⁵⁶⁸ Nachweise bei *Illedits*, Teilnichtigkeit 81.

⁵⁶⁹ OGH 25.01.1961 5 Ob 436/60 = SZ 34/14; OGH 09.11.1966 6 Ob 136/66 = SZ 39/190 = MietSlg 18.618(30) = EvBl 1967/ 209 = JBl 1967, 432 = ImmZ 1967, 286; OGH 06.06.1973 5 Ob 73/73 = JBl 1973, 617 = MietSlg 25.093/17; OGH 14.11.1979, 6 Ob 673/79 = MietSlg 31.095.

⁵⁷⁰ *Apathy*, Zur Folge unzulässiger Ablösevereinbarungen, FS *Eichler* 1; OGH 09.11.1966 6 Ob 136/66 = SZ 39/190 = MietSlg 18.618(30) = EvBl 1967/ 209 = JBl 1967, 432 = ImmZ 1967, 286; OGH 14.11.1979 6 Ob 673/79 = MietSlg 31.095.

rechtswidrige Vertragsbestandteile ein anderes Schicksal erfahren können als rechtswidrige. Das ist gerade im Arbeitsrecht der Fall.

Zielsetzung des Arbeitsrechts ist es vorrangig, einen effizienten Schutz der Interessen des in aller Regel wirtschaftlich unterlegenen Arbeitnehmers zu gewähren. Dieser Schutzzweck wird vor allem durch die Normierung zwingender Rechtsvorschriften, die keine Abweichungen einräumen, aber auch durch relativ zwingende Rechtsvorschriften, die Abweichungen nur zugunsten des Arbeitnehmers zulassen, verfolgt.

Zu beachten ist, dass die im ABGB behandelte Nichtigkeit mE grundsätzlich auf Ziel-, nicht aber auf Dauerschuldverhältnisse – wie Arbeitsverträge - abstellt. Unterstellt man die Totalnichtigkeit als Rechtsfolge der Verwirklichung eines Nichtigkeitsgrundes, so würde das im Arbeitsrecht dazu führen, dass der Arbeitsvertrag keinerlei rechtliche Wirkung entfaltet und das Arbeitsverhältnis - allenfalls unter Heranziehung der bereicherungsrechtlichen Regeln hinsichtlich der Rückabwicklung - aufzulösen wäre.

Hierbei stellt sich das Problem, ob die Auflösung *ex tunc* zu erfolgen hat, wie es beispielsweise auch bei der diesbezüglich vergleichbaren Irrtumsanfechtung gem § 871 ABGB der Fall ist,⁵⁷¹ oder ob – der hM⁵⁷² folgend – bei Dauerschuldverhältnissen wie dem Arbeitsvertrag eine Auflösung *ex nunc* zu erfolgen hat, sobald sie sich bereits im Erfüllungsstadium befinden.

⁵⁷¹ *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht I³ § 914 Rz 35; *Rummel* in *Rummel*³ § 877 Rz 1; *Koziol – Welser/Kletecka* I¹⁴ Rz 501.

⁵⁷² RIS-Justiz RS 0106756; OGH 27.01.1983 7 Ob 689/82 = MietSlg 35.089; OGH 26.09.1991 7 Ob 580/91 = JBl 1992, 186; OGH 20.11.2006 8 Ob 86/06i = ecolex 2007, 351 (*Rabl*) = ÖZW 2008, 47 (*Wagner*); *Lurger* in *ABGB-ON*^{1.02} § 1435 ABGB; diff *Spielbüchler* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ 141 f; krit *F. Bydlinski*, Privatautonomie 147 f; *Apathy/Riedler* in *Schwimann/Kodek* IV⁴ § 870 Rz 19.

Die Ansicht, wonach eine *Ex tunc*-Auflösung wegen einer fehlerhaften Vertragsgestaltung bei bereits im Erfüllungsstadium befindlichen Dauerschuldverhältnissen abgelehnt und das Vertragsverhältnis statt dessen für die Vergangenheit als gültig behandelt und nur die Auflösung aus wichtigem Grund zugestanden wird,⁵⁷³ findet vor allem im Arbeits- und im Gesellschaftsrecht (hinsichtlich Gesellschaftsverträgen) Anwendung. Diese Lehrmeinung wird von der Rsp berücksichtigt, macht aber wesentliche Aufnahmen: Eine *ex tunc* Wirkung der Vertragsauflösung wird vom OGH⁵⁷⁴ dann nämlich sehr wohl bejaht, wenn die Leistung unbrauchbar ist, wenn keine Rückabwicklungsschwierigkeiten bestehen⁵⁷⁵ oder wenn Arglist vorliegt.⁵⁷⁶

Es liegt auf der Hand, dass eine Vertragsauflösung *ex tunc* aus der Sicht des Arbeitsmarktes grundsätzlich keine zufrieden stellende Lösung wäre. Dies zumal einerseits die bereicherungsrechtlichen Ansprüche grundsätzlich nicht den Vorschriften des Lohnschutzes unterliegen und andererseits, weil die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses – unter Korrektur der aufgetretenen Fehler – eher im Interesse beider Vertragsseiten steht, als der ersatzlose Wegfall und die Rückabwicklung desselben, weil es auf einer fehlerbehafteten Vereinbarung basiert.

Auch im Arbeitsrecht gelten grundsätzlich die allgemeinen Regeln des Vertragsrechts, wonach sich die Frage der Restgültigkeit des Vertrages bei einem nur teilweisen Verstoß gegen § 879 ABGB nach dem Zweck der Verbotsnorm richtet.⁵⁷⁷ Anstelle des unzulässigen

⁵⁷³ *Rebhahn* in Zeller Kommentar I² § 914 Rz 35; *Koziol – Welser/Kletecka* I¹⁴ Rz 502; *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht I⁵ 214; diff *F. Bydlinski*, Arbeitsrechtskodifikation und allgemeines Zivilrecht 103.

⁵⁷⁴ OGH 26.06.1997 2 Ob 131/97x = RdW 1997, 715.

⁵⁷⁵ RIS-Justiz RS 0106756; OGH 02.07.2009 6 Ob 69/08b.

⁵⁷⁶ OGH 13.06.1990 3 Ob 516/90 = SZ 63/100 = JBI 1991, 238 = NZ 1992, 6; OGH 13.07.1998 7 Ob 354/97b = ÖBA 1999, 230 = GesRZ 1998, 213 mwN; RIS-Justiz RS 0014837; *Rummel* in *Rummel* § 870 ABGB Rz 2 mwN; OGH 17.12.2008 6 Ob 257/08z = ecolex 2009, 311; RIS-Justiz RS 0018363.

⁵⁷⁷ *Rebhahn/Kietz* in Zeller Kommentar I² § 879 Rz 78.

Vertragsbestandteiles treten gesetzliche oder sonstige generelle Regelungen, soweit sie anwendbar sind.⁵⁷⁸

Nun ergeben sich aber gerade im Bereich des Arbeitnehmerschutzes (insb Arbeitszeit und Arbeitsruhe, Arbeitsbedingungen Jugendlicher und Schwangerer, Gefahrenverhütung, Gestaltung des Arbeitsumfeldes, Umgang mit Maschinen und Arbeitsstoffen, etc) besondere Schwierigkeiten: die Arbeitnehmerschutzbestimmungen stellen durchwegs (zum Teil relativ) zwingendes Recht dar, ein Verstoß führt zur Nichtigkeit.⁵⁷⁹ Das führt zu einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung der bereits erbrachten Leistungen und somit zu einem lediglich angemessenen Entlohnungsanspruches des Arbeitnehmers. Dieses Ergebnis wäre für den Arbeitnehmer dann nachteilig, wenn der vereinbarte Entlohnungsanspruch über dem angemessenen lag. Aus dem Schutzzweck der Arbeitnehmerschutzbestimmungen lässt sich in aller Regel ableiten, dass die Nichtigkeit nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers geltend gemacht werden darf. Daher kommt es für die Vergangenheit zu einer Konvaleszenz, die Nichtigkeit tritt nur *pro futuro* ein.⁵⁸⁰ Dogmatisch entspricht dieses Ergebnis einer Teilnichtigkeit mit Wirkung *ex nunc*.

5.15 Rückabwicklung

§ 1174 ABGB schließt Bereicherungsansprüche dann aus, wenn das Geleistete nach dem Parteiwillen das Entgelt für eine unerlaubte Tätigkeit sein soll; die Rechtsfolge tritt aber nur – in den seltenen Fällen – ein, wenn die verpönte Absicht den Geschäftszweck der Leistung

⁵⁷⁸ OGH 19.02.1980 4 Ob 138/79 = EvBl 1980/170.

⁵⁷⁹ Koziol – Welser/Kletecka I¹⁴ Rz 551; aA Spielbüchler, Zur betrieblichen Regelung der Arbeitszeit, DRdA 1972, 133 ff.

⁵⁸⁰ Koziol – Welser/Kletecka I¹⁴ Rz 551; Mayer-Maly in Mayer-Maly/Marhold, Österreichisches Arbeitsrecht Bd I Individualarbeitsrecht 72.

bildet.⁵⁸¹ Nicht erfasst ist die Rückforderung des Entgelts für eine Sache oder Dienstleistung bei verbotenen Austauschgeschäften.⁵⁸²

Die nichtige Vereinbarung wird *ex tunc*⁵⁸³ beseitigt. Das rechtfertigt grundsätzlich⁵⁸⁴ wechselseitige Rückforderungsansprüche für das Geleistete. Rechtsgrundlage dafür bildet § 877 ABGB.⁵⁸⁵ Diese Bestimmung ist nach hM⁵⁸⁶ als eigener Kondiktionentyp iS einer Bereicherungsrückabwicklung zu betrachten und daher auch im Fall der Nichtigkeit heranzuziehen.⁵⁸⁷ Sie erstreckt sich auf alle verbotenen und sittenwidrigen Verträge ohne Rücksicht auf einen Irrtum des Leistenden und verdrängt insofern die §§ 1431 und 1432 ABGB.⁵⁸⁸

Auf den ersten Blick kommt eine Rückabwicklung der wechselseitigen Vertragsleistungen nur bei Fällen der Totalnichtigkeit in Betracht: die rückabzuwickelnden Leistungen stellen in aller Regel *essentialia negotii* dar. Ist die Vertragsgrundlage für den Leistungsaustausch nichtig, so führt ihr Wegfall zum Ausschluss einer Teilnichtigkeitslösung, da der verbleibende Vertragsrest nicht für sich alleine fortbestehen kann.⁵⁸⁹

Allerdings treten vor allem im Verbraucherrecht Konstellationen auf, die auch die Rückabwicklung von Teilleistungen erforderlich machen, welche keine wesentlichen Vertragsbestandteile darstellen. Hier sind beispielsweise – ohne Anspruch auf Vollständigkeit

⁵⁸¹ Rebhahn/Kietz in Schwimann/Kodek V⁴ § 1174 Rz 6.

⁵⁸² Rebhahn/Kietz in Schwimann/Kodek V⁴ § 1174 Rz 4 mwN.

⁵⁸³ Krejci in Rummel/Lukas, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 515, mit dem Hinweis, dass dies für bereits im Erfüllungsstadium befindliche Dauerschuldverhältnisse problematisch ist und aus diesem Grund von Fall zu Fall zu differenzieren und auf den Normzweck abzustellen ist.

⁵⁸⁴ Sofern eine Rückforderung im Einzelfall nicht sittenwidrig iS eines Verstoßes gegen die Vertrauenstheorie (Rummel in Rummel/Lukas, TB 859 – 916⁴ § 871 Rz 1) wäre.

⁵⁸⁵ RIS-Justiz RS0038328; OGH 25.01.2001 2 Ob 322/00t = SZ 74/11 = JBl 2001, 712 = EFSI 96.945 = Zak 2012, 403 (Kolmasch).

⁵⁸⁶ Stv Apathy in Schwimann/Kodek IV⁴ § 877 Rz 1.

⁵⁸⁷ Rummel in Rummel/Lukas, TB 859 – 916⁴ § 877 Rz 2.

⁵⁸⁸ Rummel in Rummel/Lukas, TB 859 – 916⁴ § 877 Rz 2 mwN.

⁵⁸⁹ Vgl im Detail Kap 5.4.

- hinsichtlich Spareinlagen⁵⁹⁰ und Kreditverträgen,⁵⁹¹ sowie Rundungsklauseln im Zusammenhang mit Zinsgleitklauseln⁵⁹² zu nennen. In den genannten Fällen tritt bei einem Verstoß Teilnichtigkeit ein, zugleich sind aber auch die aufgrund der nichtigen Vertragsbestimmung erbrachten Leistungen zurück zu stellen.

Wie schon die Begrenzung des Ausmaßes der Nichtigkeit, hängt auch die Möglichkeit einer Rückforderung der aufgrund der nichtigen Vertragsbestimmung erfolgten Leistung nach der – auf *Wilburg*⁵⁹³ basierenden - neueren Rsp⁵⁹⁴ maßgeblich vom Verbotszweck ab. Die ältere Rsp⁵⁹⁵ ließ eine Rückforderung unter Berufung auf den Umstand, dass mit der Nichtigkeit des Vertrages auch die die Vermögensverschiebung rechtfertigende Causa wegfalle, grundsätzlich zu.

Die aktuelle L⁵⁹⁶ tritt für einen Kompromiss zwischen beiden Positionen ein. Demnach soll Nichtigkeit – insofern der älteren Rsp folgend – grundsätzlich zu einer Rückforderbarkeit führen, sofern sich – der neueren Rsp Rechnung tragend – aus dem Verbotszweck nicht explizit die Unzulässigkeit einer Kondiktion ergibt.

⁵⁹⁰ Stv OGH 21.12.2005 3 Ob 238/05d = Zak 2006, 55 = ÖBA 2006, 286 (*Iro*) = RdW 2006, 211 = JBI 2006, 313 (*Dullinger*) = ecolex 2006, 205 = ÖBA 2013, 802 (*Riss*) = VbR 2015, 140 (*Koch*).

⁵⁹¹ Stv OGH 20.04.2005 7 Ob 222/04d = ecolex 2005, 532 = ÖBA 2005, 812.

⁵⁹² *Apathy*, Auswirkungen der Judikatur zu Verbraucherverträgen auf Bankgeschäfte mit Unternehmern, ÖBA 2004, 737.

⁵⁹³ *Wilburg* in *Klang* VI² 463 f.

⁵⁹⁴ OGH 23.03.1983 1 Ob 825/82; RIS-Justiz RS 0054799; OGH 28.06.1989 3 Ob 516/89 = SZ 62/123; OGH 07.06.1990 7 Ob 546/90 = ImmZ 1990, 391 = WoBl 1990, 160 = MietSlg 42/20 = NZ 1991, 32 = JBI 1991, 44.

⁵⁹⁵ Nachweise bei *Graf* in ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 236.

⁵⁹⁶ *Graf* in ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 237; *Rummel* in *Rummel ABGB* ³ § 877 Rz 2; *F. Bydlinski*, Grundfragen der Unerlaubtheitskondiktion, entwickelt an einem exemplarischen Fall, in FS *Zöllner* 1037.

Dieses im Ergebnis zutreffende Regel-Ausnahme Prinzip wird ohne ausdrückliche Berufung darauf auch vom OGH verwirklicht, indem nach seiner Rsp⁵⁹⁷ ein Rückforderungsausschluss bei Nichtigkeit den absoluten Ausnahmefall darstellt.

Diese Entwicklung des Meinungsstandes ist zu begrüßen, da sie es – auf unterschiedlichen Wegen – im Ergebnis ermöglicht, im Sinne eines beweglichen Systems den im Verbotszweck der Norm postulierten Umständen des Einzelfalles Rechnung zu tragen.

5.16 Tendenzen in der europäischen Rechtsprechung zum Verbraucherrecht

Die Vertragskontrolle im Verbraucherrecht orientiert sich an dem durch die Klausel-RL⁵⁹⁸ normierten Rahmen in seiner jeweiligen Umsetzung durch die Mitgliedsstaaten. Ziel der Klausel-RL ist eine Mindestharmonisierung der nationalen Vorschriften über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.⁵⁹⁹ Die in der Klausel-RL vorgesehenen Rechtsfolgen missbräuchlicher Klauseln lassen einen großen Interpretationsspielraum zu. So normiert Art 6 Abs 1 *leg cit*: *Die Mitgliedstaaten sehen vor, daß missbräuchliche Klauseln in Verträgen, die ein Gewerbetreibender mit einem Verbraucher geschlossen hat, für den Verbraucher unverbindlich sind, und legen die Bedingungen hierfür in ihren innerstaatlichen Rechtsvorschriften fest; sie sehen ferner vor, daß der Vertrag für beide Parteien auf derselben Grundlage bindend bleibt, wenn er ohne die missbräuchlichen Klauseln bestehen kann.*

⁵⁹⁷ OGH 07.06.1990 7 Ob 546/90 = ImmZ 1990, 391 = WoBI 1990,160 = MietSlg 42/20 = NZ 1991, 32 = JBI 1991, 44; Mader in *Schwimann/Kodek VI*⁴ vor §§ 1431 ff Rz 10; Graf in ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 237.

⁵⁹⁸ RL 93/13/EWG des Rates vom 05.04.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

⁵⁹⁹ ErwGr 2, 3, 7, 10 Art 8 Klausel-RL.

Diese Bestimmung wurde teils als Verbot einer geltungserhaltenden Reduktion der missbräuchlichen Klausel,⁶⁰⁰ teils als Ermessenseinräumung für die Mitgliedsstaaten⁶⁰¹ ausgelegt.

Die viel beachtete Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Banco Espanol de Credito*⁶⁰² wurde oben bereits mehrfach angesprochen. Der EuGH nimmt darin zu der Frage Stellung, unter welchen Umständen missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen auf den zulässigen Inhalt reduziert werden dürfen. Mit dem gleichen Thema setzt sich die Entscheidung *Perenicova* und *Perenic*⁶⁰³ auseinander. Aufgrund ihrer besonderen Bedeutung für die Klauselkontrolle bei Verbraucherverträgen, insb im Spannungsbereich zwischen ergänzender Vertragsauslegung und geltungserhaltender Reduktion, ist auf diese beiden Entscheidungen näher einzugehen:

5.16.1 Banco Espanol

Der Entscheidung liegt zusammengefasst folgender Sachverhalt zugrunde: Einem Verbraucher wurde von einem spanischen Kreditinstitut ein Kredit über EUR 30.000,00 zu einem Zinssatz von 7,95 % pa eingeräumt. Der effektive Jahreszinssatz betrug 8,89 % pa, die Verzugszinsen 29 % pa. Aufgrund des Zahlungsverzuges des Verbrauchers kam es zu einer Mahnklage der finanzierenden Bank. Im Verfahren wurden die Verzugszinsen vom Gericht auf 19 % pa reduziert.

⁶⁰⁰ Reich, Kreditbürgschaft und Transparenz, NJW 1995, 1860; Pfeiffer in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union Art 6 RL 93/13 EWG Rz 7.

⁶⁰¹ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, AGB Recht, Kommentar⁵ Art 6 RL Rz 5.

⁶⁰² EuGH 14.06.2012 C-618/10 (*Banco Espanol de Credito/Calderon Camino*) = JBl 2012, 434 (*Lukas*) = ImmoLex 2012, 92 (*Graf*) = EuZW 2012, 754 (*Wendenburg*) = eLex 2012, 697 (*Slonina*) = JZ 2012, 961 (*Hau*) = ÖBA 2013, 69.

⁶⁰³ EuGH 15.03.2012 C-453/10 (*Perenicova* und *Perenic*).

Art 6 Abs 1 der Klausel-RL räumt den Mitgliedsstaaten das Recht ein, die Bedingungen für die Unverbindlichkeit von missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen in ihren innerstaatlichen Rechtsvorschriften fest zu legen.

Die spanische Umsetzung der Klausel-RL erfolgte durch Art 83 *Decreto Legislativo* 1/2007. Demnach sind missbräuchliche Klauseln nichtig und gelten als nicht vereinbart, der nichtige Vertragsteil ist entsprechend dem Grundsatz von Treu und Glauben anzupassen, wobei dem Richter im Falle des Fortbestandes des nichtigen Vertrages das Ermessen eingeräumt ist, die wechselseitigen Vertragspflichten sowie die Folgen der Unwirksamkeit zu mildern, sofern dem Verbraucher ein Schaden droht. Nur wenn die fortgeltende Vertragsklausel zu einer unvermeidbaren Unausgewogenheit der Vertragspositionen führt, kann der Richter den Vertrag für (gänzlich) unwirksam erklären.

Diese Bestimmung des spanischen Rechts steht gem der zitierten Entscheidung nicht in Einklang mit Art 6 Abs 1 der Klausel-RL.

Der EuGH führte aus, dass Art 6 Abs 1 Klausel-RL eine zwingende Bestimmung darstelle, die darauf abziele, die nach dem Vertrag bestehende formale Ausgewogenheit der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien durch eine materielle Ausgewogenheit zu ersetzen und so deren Gleichheit wieder herzustellen.⁶⁰⁴

Würde es den nationalen Gerichten freigestellt werden, den Inhalt missbräuchlicher Klauseln abzuändern, so könnte dadurch die aus Art 7 Abs 2 *leg cit* abzuleitende Zielsetzung der Klausel-RL konterkariert werden, der Verwendung missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen *a la longue* ein Ende zu setzen. Eine Befugnis, missbräuchliche

⁶⁰⁴ EuGH C-618/10 Rn 40, 63.

Klauseln abzuändern, könnte nämlich zu einem Verlust des Abschreckungseffektes führen, der aus der Nichtanwendbarkeit der Klausel resultiert. Auch aus Art 8 Klausel-RL⁶⁰⁵ lasse sich keine andere Rechtsfolge als die in Art 6 Abs 1 *leg cit* normierte Unverbindlichkeit ableiten, weil dadurch kein höheres Schutzniveau für den Konsumenten geschaffen würde.⁶⁰⁶

Für Deutschland, wo die geltungserhaltende Reduktion missbräuchlicher Klauseln im Verbraucherrecht schon bisher nach hL⁶⁰⁷ unzulässig war, brachte diese Entscheidung nichts Neues. In Österreich wurde damit den wenigen vom herrschenden Meinungsstand⁶⁰⁸ abweichenden Stimmen⁶⁰⁹ - im Bereich des Verbraucherrechts - endgültig widersprochen.

Der Wegfall der missbräuchlichen Klausel führt zu der Frage, wie die dadurch entstehende Vertragslücke zu füllen ist. Zur Lückenfüllung steht unbestrittener Maßen das dispositive Recht zur Verfügung.⁶¹⁰ Mehrheitlich wird die ergänzende Vertragsauslegung als zulässig erachtet, sofern kein einschlägiges dispositives Recht gegeben ist.⁶¹¹ Niebling⁶¹² lehnt die ergänzende Vertragsauslegung hinsichtlich der – in diesem Zusammenhang mit der

⁶⁰⁵ Demnach können die Mitgliedstaaten strengere Bestimmungen erlassen, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher zu gewährleisten.

⁶⁰⁶ EuGH C-618/10 Rn 68 ff.

⁶⁰⁷ Vgl Kap 5.5 mwN.

⁶⁰⁸ Iro, in Apathy/Iro/Kozioł Bankvertragsrecht I² Rz 1/37; Apathy/Riedler in Schwimann/Kodek IV⁴ § 879 Rz 38; Graf, Auswirkungen des Transparenzgebots, ecolex 1999, 8; Kathrein in KBB⁴ § 6 KSchG Rz 4; Graf in ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 300; Kletecka in Kozioł/Welser I¹³ 184; Leitner, Ist das vollständige Ende der geltungserhaltenden Reduktion gekommen? ÖJZ 2002, 711; Leitner, Transparenzgebot 112 ff; OGH 22.12.2010 2 Ob 73/10i JBI 2011, 175 (Mayerhofer); OGH 05.08.2003 7 Ob 179/03d = JBI 2004, 245 = ecolex 2004, 528 (Leitner).

⁶⁰⁹ Krejci in Rummel ABGB³ I § 879 Rz 256; ausf und nach wie vor abl Krejci in Rummel/Lukas, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 526 – 529; OGH 29.06.2009 9 Ob 68/08b = ZFR 2009, 201 = JBI 2009, 701 = GesRZ 2009, 361 (Oppitz) = EvBl-LS 2009/167 = ecolex 2010, 34 (Friedl) = RZ 2009, 244 = RdW 2009, 843 = Zak 2012, 403 (Kolmasch) = HS 40.232 = HS 40.286 = HS 40.290; OGH 21.04.2010 7 Ob 22/10a = RdW 2010, 513 = ZFR 2011, 32 (Gruber) = ecolex 2010, 1151 = VersR 2011, 778 = ecolex 2011, 1076 (Ertl) = VR 2012, 871 = Zak 2012, 83 (Kolmasch) = Zak 2012, 186 (Kolmasch); OGH 25.08.2011 5 Ob 145/11a = wobl 2011, 159 (Vonkilch) = immolex 2012, 81 (Graf) = MietSlg 63.239; OGH 28.06.2012 7 Ob 22/12d = Zak 2012, 295 = JBI 2012, 588 = RdW 2012, 516 = immolex 2012, 284 (Böhm) = AnwBl 2013, 9 = ecolex 2012, 967 = ZVR 2014, 225 (Lindinger).

⁶¹⁰ Geroldinger, Ergänzende Auslegung von Verbraucherverträgen trotz Verbots der geltungserhaltenden Reduktion? ÖBA 2013, 29 mwN.

⁶¹¹ Apathy/Riedler in Schwimann/Kodek IV⁴ § 879 Rz 38; Krampe AcP 1994, 13; Rummel JBI 2004, 50; Fitz, Geltungserhaltende Reduktion 649 ff; Geroldinger, Ergänzende Auslegung von Verbraucherverträgen, ÖBA 2013, 29.

⁶¹² Niebling, MDR 2012, 887.

österreichischen Rechtslage vergleichbaren und daher relevanten – deutschen Rechtslage mit der Begründung ab, dass die Grenzen zwischen geltungserhaltender Reduktion und ergänzender Vertragsauslegung fließend seien und dem Unternehmer daher das mit der Verwendung missbräuchlicher Klauseln regelmäßig einhergehende Risiko teilweise abgenommen würde.⁶¹³

Das von *Niebling* ins Treffen geführte Argument ist plausibel; tatsächlich verschwimmen die Grenzen zwischen den ohnehin nur vage definierbaren Methoden der geltungserhaltenden Reduktion und der ergänzenden Vertragsauslegung.⁶¹⁴ Allerdings weist *Geroldinger*⁶¹⁵ zutreffender Maßen auf ein gewichtiges Unterscheidungskriterium hin. Ihm zufolge besteht ein Unterschied hinsichtlich des Regel-Ausnahme-Schemas für die Schaffung von Ersatzregelungen: bei der Methode der geltungserhaltenden Reduktion wird das „ob“ der betreffenden Vertragsbestimmung nicht (mehr) hinterfragt. Lässt sich die Bestimmung auf einen zulässigen, respektive angemessenen, Inhalt reduzieren, so wird das Regelungsinteresse des Klauselanwenders anerkannt und es kommt zur Anpassung der Klausel. Die Regelung entfällt nur dann zur Gänze, wenn sie ausschließlich bedenklichen Inhalt aufweist oder nur durch ihren gänzlichen Entfall ein angemessenes Ergebnis erzielbar ist. Entfällt die Vertragsbestimmung aber grundsätzlich – also unabhängig von ihrem übrigen Inhalt - zur Gänze, und hinterfragt man die Zulässigkeit oder Notwendigkeit einer Ersatzregelung, so wird die Antwort in den meisten Fällen, vor allem wenn kein dispositives Recht vorhanden ist, negativ ausfallen, da sich aus dem Umstand, dass das Vertragswerk Abweichungen vom Dispositivrecht vorsieht, noch nicht ohne weiteres ableiten lässt, dass nachgiebiges Recht in jedem Fall abbedungen wurde. Stellt nämlich auch der ersatzlose Wegfall der missbräuchlichen Bestimmung ein angemessenes Ergebnis dar, so fehlt naturgemäß das

⁶¹³ *Geroldinger*, Ergänzende Auslegung von Verbraucherverträgen, ÖBA 2013, 29.

⁶¹⁴ *Geroldinger*, Ergänzende Auslegung von Verbraucherverträgen, ÖBA 2013, 29 mwN aus der dLit.

⁶¹⁵ *Geroldinger*, Ergänzende Auslegung von Verbraucherverträgen, ÖBA 2013, 29.

Regelungsbedürfnis.⁶¹⁶ Einfacher ausgedrückt setzt die ergänzende Vertragsauslegung eine Lücke voraus. Durch den unreflektierten Entfall der missbräuchlichen Regelung entsteht aber keine Lücke, es wird vielmehr durch den Totalausfall der Klausel das – vermeintlich – angemessene Ergebnis erzielt. Demgegenüber wird bei der geltungserhaltenden Reduktion davon ausgegangen, dass die Regelung *per se* erhalten werden und ihr im Wege der Reduktion ein angemessener und zulässiger Inhalt zukommen soll.

Geroldinger führt für diese Argumentation das Beispiel eines Gebrauchtwagenhändlers ins Treffen, der ggü einem Verbraucher eine Gewährleistungsfrist von sechs Monaten vereinbart. Diese Vereinbarung müsste, da es sich um eine gebrauchte bewegliche Sache handelt, gem § 9 Abs 1 KSchG im Einzelnen ausgehandelt werden. Die Inhaltskontrolle gem Art 3 Klausel-RL greift daher in diesem Fall nicht. § 9 Abs 1 KSchG sieht eine Mindestfrist von einem Jahr vor. Das Ergebnis einer geltungserhaltenden Reduktion der Vertragsbestimmung wäre eine Frist zwischen einem (§ 9 Abs 1 KSchG) und zwei Jahren (§ 933 Abs 1 ABGB). Zu einer gänzlichen Streichung der Vertragsbestimmung würde es nur kommen, wenn jede Art der Fristverkürzung unangemessen wäre (was dahingestellt bleiben mag, angesichts der Intention des § 9 Abs 1 KSchG aber unwahrscheinlich ist). Streicht man die Klausel aber zur Gänze und sucht eine Ersatzregelung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung, so ist es am Horizont redlicher, gleich starker, Vertragsparteien gemessen unwahrscheinlich, dass es überhaupt zu einer Verkürzung der – zweijährigen – Gewährleistungsfrist kommt.

Mit der Entscheidung *Banco Espanol* kommt der EuGH zu dem Ergebnis, dass im Rahmen des Verbraucherrechts dem Präventionsgedanken auch im Individualprozess Rechnung zu tragen ist. Die geltungserhaltende Reduktion missbräuchlicher Vertragsbestimmungen ist demnach im Verbraucherrecht unzulässig, allerdings ist das Regelungsbedürfnis nicht zu

⁶¹⁶ *Geroldinger*, Ergänzende Auslegung von Verbraucherverträgen, ÖBA 2013, 29.

hinterfragen und im Wege der Anwendung dispositiven Rechts oder, wenn erforderlich, der ergänzenden Vertragsauslegung zu berücksichtigen, um eine unsachliche Privilegierung des Verbrauchers zu vermeiden. Die ergänzende Vertragsauslegung hat sich an der Fiktion zweier gleich starker, redlicher Vertragsparteien zu orientieren.⁶¹⁷

Es ist hervor zu heben, dass sich der EuGH in der Entscheidung *Banco Espanol* mit einer missbräuchlichen, nicht lediglich einer intransparenten, Klausel in einem Verbrauchervertrag auseinandersetzte, die nicht im Einzelnen ausgehandelt wurde, kein *essentialium negotii* (sie betrifft die Vereinbarung von überhöhten Verzugszinsen, nicht aber den Zinssatz selbst) darstellt und auch nicht das angemessene Verhältnis von Preis und Gegenleistung betrifft. Unter diesen Voraussetzungen ist die Rechtsfolge der Nichtigkeit einer missbräuchlichen Klausel dann ein ausreichend wirksames und angemessenes Mittel zur Umsetzung des Regelungszwecks der Klausel-RL, wenn die Option besteht, die entstehende Lücke durch die Anwendung dispositiven Rechts oder anhand ergänzender Vertragsauslegung zu füllen.⁶¹⁸

Offen blieb bislang, welcher Verzugszinssatz aufgrund des dargestellten Sachverhaltes nach österreichischem Recht zur Anwendung käme. Diese Frage bedarf der systematischen Klärung der damit aufgeworfenen Vorfragen:

a) Tritt Teil- oder Gesamtnichtigkeit des Vertrages ein?

Antwort: die Klausel-RL überlässt es der nationalen Regelung, ob Gesamt- oder Teilnichtigkeit eintritt. Nach den bisherigen Ergebnissen tritt Teilnichtigkeit ein, sofern dies dem Normzweck besser entspricht als die Gesamtnichtigkeit und sich die teilweise Aufrechterhaltung des Vertrages aus dem hypothetischen Parteiwillen erkennbar ableiten lässt

⁶¹⁷ Geroldinger, Ergänzende Auslegung von Verbraucherverträgen, ÖBA 2013, 35.

⁶¹⁸ Geroldinger, Ergänzende Auslegung von Verbraucherverträgen, ÖBA 2013, 35.

ohne dem Normzweck zu widersprechen.⁶¹⁹ Der Normzweck des hier einschlägigen § 6 Abs 1 Z 13 KSchG (die Einhaltung der Bestimmungen des VKrG wird unterstellt) zielt auf eine quantitative Nichtigkeit ab: Die Verzugszinsenregelung ist in jenem Ausmaß nichtig, als der Zinssatz den für den Fall vertragsgemäßer Zahlung vereinbarten Zinssatz um mehr als 5 Prozentpunkt pa übersteigt. Demnach tritt bei einem Verstoß Teilnichtigkeit ein.

b) Welche Möglichkeiten bestehen, die in Folge der Teilnichtigkeit entstehende Lücke zu füllen?

Antwort: Eine ergänzende Vertragsauslegung ist – wie unter Kap 5.12 ausgeführt – im Verbraucherrecht nur noch dann zulässig, wenn sie sich zugunsten des Verbrauchers auswirkt, die Klausel also auch für den Verbraucher vorteilhaft wäre und dieser an der entsprechenden Klausel tatsächlich festhalten will. Die ergänzende Vertragsauslegung ist daher nur noch innerhalb dieser engen Grenzen zulässig. Die Heranziehung dispositiven Rechts ist zulässig, sofern sie durch den Parteiwillen nicht ausdrücklich ausgeschlossen wurde, wofür im gegebenen Zusammenhang nichts spricht.

c) Welcher Zinssatz gilt anstelle des nichtigen Verzugszinssatzes von 29 %?

Antwort: Gem § 6 Abs 1 Z 13 KSchG gilt ein Verzugszinssatz von 5 Prozentpunkten über dem für den Fall vertragsgemäßer Zahlung vereinbarten Zinssatz (das entspricht 12,95 %) als vereinbart, da eine Transparenz des vereinbarten Vertragszinssatzes in aller Regel gegeben sein wird. Vertretbar wäre auch die Ansicht, dass das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion zur Anwendbarkeit des gesetzlichen Zinssatzes von 4 % führt. Ein näheres

⁶¹⁹ OGH 13.04.1983 1 Ob 581/83 = SZ 56/62 = EvBl 1983/468 = JBl 1983, 534 (zustimmend *F. Bydlinski*) = MietSlg 35.084 = MietSlg 35.093 = MietSlg 35.261(12); OGH 05.08.2003 7 Ob 179/03d = RdW 2003, 699 = VR 2003, 203 = JBl 2004, 245 = RdW 2004, 266 (*Reisinger*) = ecolex 2004, 528 (*Leitner*) = ecolex 2005, 425 (*Ertl*) = SZ 2003/91 = Zak 2012, 186 (*Kolmasch*).

Eingehen darauf, welche der beiden aufgezeigten Alternativen zu priorisieren ist, würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

5.16.2 Perenicova und Perenic

Der Entscheidung *Perenicova und Perenic*⁶²⁰ liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Das slowakische Unternehmen *SOS financ spol sro*, seinerseits kein Kreditinstitut, bewilligte den Klägern, die Verbraucher sind, auf der Grundlage eines Standardformularvertrages einen Kredit in Höhe von EUR 4.979,00, rückzahlbar in 32 Monatsraten zu je EUR 199,00 zuzüglich einer letzten Monatsrate in Höhe des bewilligten Kredits, sodass insgesamt EUR 11.352,00 rück zu führen waren. Der effektive Jahreszinssatz wurde im Vertrag mit 48,63 % angegeben, während er sich tatsächlich auf 58,76 % belief, da das kreditgewährende Unternehmen die Bearbeitungskosten nicht in die Berechnung einbezog.

Der EuGH sprach aus, dass Art 6 Abs 1 Klausel-RL die Unwirksamkeit der missbräuchlichen Klausel bei Fortbestand des übrigen Vertrages normiert. Hiervon kann nur dann abgewichen werden, wenn der Vertrag ohne die missbräuchliche Klausel objektiv nicht bestehen kann. Nicht ausschlaggebend ist, ob sich aus einer *Ex-post*-Würdigung ergibt, dass eine der Parteien den Vertrag ohne die missbräuchliche Klausel nicht abgeschlossen hätte.

Eine Zielsetzung der Klausel-RL sei es, so der EuGH, eine Ausgewogenheit zwischen den Parteien zu schaffen und dabei grundsätzlich die Wirksamkeit eines Vertrages in seiner Gesamtheit aufrecht zu erhalten. Es sei zu vermeiden, dass sämtliche Verträge, die missbräuchliche Klauseln enthalten, für nichtig erklärt werden, wobei die Kriterien die zur Entscheidung über den Fortbestand heran zu ziehen sind, anhand eines objektiven Ansatzes zu

⁶²⁰ EuGH 15.03.2012 C-453/10 (*Perenicova und Perenic*) = EuZW 2012, 302 (*Werkmeister*) = GRUR 2012, 639 (*Hennings*) = GRUR-Prax 2012, 195 (*Birk*) = LMK 2012, 333461 (*Nassall*) = ÖBA 2012, 480.

definieren sind. Eine *Ex-post*-Betrachtung aus der Position einer Vertragspartei (*in concreto* des Verbrauchers) könne nicht für den Fortbestand des Vertrages maßgeblich sein.⁶²¹

Aus diesem Grund ist bei der Beurteilung, ob ein Vertrag iSv Art 6 Abs 1 Klausel-RL ohne die missbräuchliche Klausel bestehen kann, nicht ausschließlich auf eine etwaige Vorteilhaftigkeit seiner völligen Nichtigkeitserklärung für eine der Parteien abzustellen.⁶²² Die Klausel-RL steht jedoch nationalen Regeln nicht entgegen, die die Gesamtnichtigkeit für den Fall vorsehen, dass dadurch ein besserer Verbraucherschutz gewährleistet werden kann.⁶²³

Der EuGH geht nicht darauf ein, woran sich der „objektive Ansatz“, nach dem sich Fortbestand oder Gesamtnichtigkeit zu richten haben, orientiert. Er verweist dazu auf den SA von *Trstenjak*. Sie führt im Schlussantrag aus, dass es auf die objektiv zu beurteilende tatsächliche Möglichkeit der weiteren Durchführung des Vertrages ankomme.⁶²⁴ Demnach könnte eine Gesamtnichtigkeit ausnahmsweise dann vorliegen, wenn das Geschäft nach dem übereinstimmenden tatsächlichen Parteiwillen, respektive dem hypothetischen Parteiwillen beider Parteien im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ohne den unwirksamen Vertragsteil nicht zustande gekommen wäre, weil der Wegfall dieses Teils den Zweck oder die Rechtsnatur des Vertrages beeinflusst.⁶²⁵

Hinzu kommt, dass sich die Frage des Fortbestandes nicht nur an Verbraucherschutzabwägungen, sondern auch am Interesse der rechtsuchenden Bevölkerung an Rechtssicherheit zu orientieren hat.⁶²⁶

⁶²¹ EuGH C-453/10 Rn 32.

⁶²² So bereits SA *Tizziano* 22.09.2005 C 302/04 (*Ynos*); idF SA *Trstenjak* C-618/10 Rn 88; Geroldinger, Ergänzende Auslegung von Verbraucherverträgen, ÖBA 2013, 31.

⁶²³ Art 8 Klausel-RL.

⁶²⁴ SA *Trstenjak* C-453/10 Rn 68.

⁶²⁵ SA *Trstenjak* C-453/10 Rn 68.

⁶²⁶ EuGH C-453/10 Rn 32; *Graf von Westphalen*, Unionsrechtliche Folgen des AGB-Missgriffs, NJW 2012, 1772; Geroldinger, Ergänzende Auslegung von Verbraucherverträgen, ÖBA 2013, 31.

Leider hat sich die Diskussion um die geltungserhaltende Reduktion im Zusammenhang mit teilweise unzulässigen Vertragsinhalten fast gänzlich auf den Themenkreis AGB verlagert, sodass die Problematik außerhalb von AGB aus dem Fokus der Lit gerückt ist. Gerade im gegebenen Zusammenhang der Honorargestaltung des Rechtsanwaltes drängt sich die Frage auf, wie sich die Nichtigkeit einer Streitanteilsvereinbarung auf den sie beinhaltenden Anwaltsvertrag in seiner Gesamtheit auswirkt. Aber auch innerhalb der nichtigkeitsbedrohten verpönten Honorarvereinbarung selbst ist zu untersuchen, ob eine Erhaltung des grundsätzlichen Synallagmas als Konsequenz des Gesetzesverbotes schlechthin unmöglich ist, oder ob eine Restgeltung der Honorarvereinbarung im Ausmaß ihrer Zulässigkeit – allenfalls im Wege einer geltungserhaltenden Reduktion - erzielt werden kann.

5.17 Salvatorische Klausel

In der Praxis finden sich in vielen Verträgen wie auch in AGB und Vertragsformblättern sog „salvatorische Klauseln“. Darunter versteht man eine Vertragsklausel, die den Fortbestand des Vertrags für den Fall „retten“ soll, dass sich einzelne Bestimmungen als nichtig oder auf andere Weise unwirksam herausstellen sollten. In der Regel weisen salvatorische Klauseln diese oder einen sinngemäßen Inhalt auf: *„Sollten einzelne Bestimmungen dieses Vertrages unanwendbar oder nichtig sein, so hat dies keine Auswirkung auf den Gesamtvertrag. Die unanwendbare oder nichtige Bestimmung gilt als durch eine solche ersetzt, die dem Parteiwillen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses in wirtschaftlicher Hinsicht am nächsten kommt und anwendbar und wirksam ist.“*

Diese Formulierung stellt ein Auffangnetz für etwaige Unwägbarkeiten dar. Nach dem Willen der Vertragsparteien soll es im Falle einer Nichtigkeit nicht zur Gesamt-, sondern lediglich zur Teilnichtigkeit kommen und die betreffende Bestimmung soll als durch eine solche ersetzt gelten, die Bestand hat.

Oftmals wird auch vorgesehen, dass die ungültige oder unwirksame Bestimmung (erst) durch eine gültige oder wirksame ersetzt werden soll, was sich erkennbar an die Vertragsparteien richtet und einer Aufforderung an diese gleich kommt, den Vertragsinhalt einvernehmlich zu verändern, also eine Aufforderung zur Novation. Unklar ist bei dieser Formulierung, was gelten soll, wenn es zu dieser Novation – beispielsweise mangels übereinstimmenden Parteiwillens oder mangels Greifbarkeit einer Vertragspartei⁶²⁷ - nicht kommt. Eine derartige „salvatorische Klausel“ würde ihrem Namen also kaum gerecht.

Aber selbst die griffige salvatorische Klausel, die nicht erst einer neuerlichen Konsensfindung der Parteien bedarf, ist in ihrer Tragweite dogmatisch problematisch: mit ihr soll eine Berücksichtigung des hypothetischen Parteiwillens unter Orientierung an der wirtschaftlichen Zielsetzung der Parteien im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bewirkt werden.

Ob diese Zielsetzung erreichbar ist, hängt vom Schutzzweck der Norm ab. Sofern sich aus dem Schutzzweck eine Tendenz für oder gegen eine Restgültigkeit ableiten lässt, kann es dabei auch auf den hypothetischen Parteiwillen (vgl Kap 5.13) ankommen.

⁶²⁷ So können vor allem bei großer räumlicher Distanz, bei Ungewissheit über die vertretungsbefugten Organe, aber beispielsweise auch in Fällen der Änderung der Rechtsform Probleme auftreten, den Vertragspartner überhaupt zu finden und in der Folge mit ihm einen Konsens herzustellen.

Die L⁶²⁸ differenziert zwischen Reduktions- und Ersetzungsklauseln. Während Reduktionsklauseln lediglich den Fortbestand des Vertrages bei Entfall der problematischen Klausel vorsehen, stellen Ersetzungsklauseln darauf ab, die problematische Klausel durch eine gültige und wirksame zu ersetzen.

*Graf*⁶²⁹ ist der Ansicht, dass reine Reduktionsklauseln nicht als salvatorische Klauseln zu qualifizieren sind.

*Leitner*⁶³⁰ vertritt den Standpunkt, dass Reduktions- wie auch Ersetzungsklausel eine geltungserhaltende Reduktion anordnen. Sie wären daher – so *Leitner* – überflüssig, sofern die geltungserhaltende Reduktion zulässig wäre, weil das angestrebte Ergebnis auch ohne ausdrückliche Erwähnung zu erzielen wäre. Wäre die geltungserhaltende Reduktion jedoch unzulässig, so könne auch eine salvatorische Klausel nichts daran ändern.

Beiden Ansichten ist entgegen zu treten: mE stellen auch Reduktionsklauseln – also Klauseln, die beispielsweise die Formulierung „soweit gesetzlich zulässig“ aufweisen - salvatorische Klauseln dar,⁶³¹ da sie zweifellos den Zweck verfolgen, den Bestand des Gesamtvertrages zu „retten“.

Auch die zit Ansicht *Leitners* ist - jedenfalls soweit nicht Klauseln gegenüber Verbrauchern betroffen sind – zu relativieren: zum einen ist die geltungserhaltende Reduktion keineswegs die Zielsetzung einer Ersetzungsklausel. Sie verfolgt zwar das Ziel der Geltungserhaltung, nicht aber der Reduktion. Wie sich aus dem eingangs zitierten Wortlaut einer üblichen Formulierung ergibt, soll die unanwendbare oder nichtige Bestimmung als durch eine solche

⁶²⁸ ZB *Schwab*, AGB-Recht² 169 mwN.

⁶²⁹ *Graf*, Auswirkungen des Transparenzgebots, *ecolex* 1999, 10.

⁶³⁰ *Leitner*, Ist das vollständige Ende der geltungserhaltenden Reduktion gekommen? *ÖJZ* 2002, 712.

⁶³¹ So letztlich auch *Leitner*, Geltungserhaltende Reduktion, *ÖJZ* 2002, 712.

ersetzt gelten, die dem Parteiwillen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses in wirtschaftlicher Hinsicht am nächsten kommt und anwendbar und wirksam ist. Damit wird keine geltungserhaltende Reduktion, sondern eine ergänzende Vertragsauslegung unter Berücksichtigung des hypothetischen Parteiwillens angeordnet. Zu ermitteln ist, was die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses mit der unterstellten wirtschaftlichen Regelungsabsicht vereinbart hätten. Zum anderen ist keineswegs gesagt, dass es auch ohne die explizite Anordnung in Form einer salvatorischen Klausel zu einer Korrektur im Sinne des Parteiwillens käme. Schweigt der Vertrag zur Frage der Geltungserhaltung und ergibt sich diese auch nicht aus dem Normzweck, so stellt sich die gesamte Fragestellung der Teil- oder Gesamtnichtigkeit – mit ungewissem Ergebnis - *a limine*. Schon um das zu vermeiden, kommt der salvatorischen Klausel in der Praxis große Bedeutung zu.

An dieser Diskussion zeigt sich einmal mehr die ungerechtfertigte Einschränkung der Thematik auf den Anwendungsbereich von AGB. *Leitner*⁶³² spricht nur von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wie er selbst auch einräumt. Er stellt zutreffender Maßen fest, dass salvatorische Klauseln, die bei Unwirksamkeit einzelner Vertragsbestimmungen die Restgültigkeit des übrigen Vertrages vorsehen, unproblematisch sind. Die geltungserhaltende Reduktion hat zweifellos eine weit über den Bereich der AGB hinausgehende, leider von L und Rsp, soweit ersichtlich, vernachlässigte, Bedeutung im allgemeinen Vertragsrecht.

5.18 Zwischenergebnis

Die Ergebnisse dieses fünften Kap lassen sich wie folgt zusammenfassen:

⁶³² *Leitner*, geltungserhaltende Reduktion, ÖJZ 2002, 715.

a) Wer sich auf das Vorliegen von Nichtigkeit berufen kann, hängt – wie in Kap 5.1 dargestellt – davon ab, welchen Schutzzweck die Norm verfolgt. Geht es um den Schutz von Allgemeininteressen, so liegt absolute Nichtigkeit vor, auf die sich jedermann, also selbst jener Vertragspartner, dem die Nichtigkeit bekannt war, berufen kann und die amtswegig wahrzunehmen ist. Die relative Nichtigkeit kann nur vom geschützten Vertragspartner aufgegriffen werden, dem insofern ein Wahlrecht zwischen Aufrechterhaltung oder Anfechtung zusteht. Nach Ansicht von *Krejci*⁶³³ liegt das Differenzierungskriterium im Erfordernis der Anfechtung. Demnach sei ein absolut nichtiger Vertrag *ab ovo* nichtig und bedürfe nicht der Anfechtung. Diese Ansicht ist unzutreffend, da auch der absolut nichtige Vertrag nicht schlechthin ein rechtliches *nullum* darstellt und es daher jedenfalls eines rechtsgestaltenden Aktes bedarf, um ihn zu vernichten. Anstelle der Umschreibung der relativen Nichtigkeit als „geltend zu machende Nichtigkeit“ wird daher die Bezeichnung als „durch Parteiantrag geltend zu machende Nichtigkeit“ vorgeschlagen.

b) Ob Gesamt- oder nur Teilnichtigkeit eintritt, richtet sich – wie in Kap 5.3 ausgeführt – nach dem *Telos* der Verbotsnorm, wobei der Restgültigkeit der Vorzug vor der Totalnichtigkeit einzuräumen ist. Voraussetzung für die Restgültigkeit ist weiters, dass der restliche, an sich gültige, Vertragsteil überhaupt als selbständiges Rechtsgeschäft in Frage kommt. Die Nichtigkeit einer Nebenabrede führt unter den gegebenen Voraussetzungen nicht zur Gesamtnichtigkeit, wenn der Vertrag auch ohne diese Nebenabrede bestehen könnte. Selbst eine eindeutige Nichtigkeitsanordnung rechtfertigt nicht das völlig Absehen vom Normzweck und den Entfall einer normzweckbedingten Differenzierung.

Im Regime des § 879 Abs 3 oder § 6 KSchG tritt Teilnichtigkeit ein, sofern die Sittenwidrigkeit nur einen Teil der gesamten Vereinbarung erfasst. Der Restvertrag bleibt

⁶³³ *Krejci* in *Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 511.

wirksam. Hinsichtlich der solchermaßen entstehenden Lücke hat eine ergänzende Vertragsauslegung unter Berücksichtigung des dispositiven Rechts und des hypothetischen Parteiwillens zu erfolgen.

Im Bereich B to B kann ein Vertrag bei lediglich teilweiser Unzulässigkeit seines Inhaltes im Wege der geltungserhaltenden Reduktion im Ausmaß des zulässigen Inhaltes aufrechterhalten werden, wenn der Normzweck das zulässt und sich diese Aufrechterhaltung aus dem hypothetischen Parteiwillen erkennbar ableiten lässt. Hinsichtlich Verbraucherverträgen gilt Abweichendes; hier ist aufgrund der Rsp des EuGH eine geltungserhaltende Reduktion grundsätzlich ausgeschlossen.

In jedem Fall ist der Restgültigkeit gegenüber der Gesamtnichtigkeit der Vorzug einzuräumen.

c) Die Konsequenzen der Nichtigkeit hängen auch von der Art der nichtigkeitsbedrohten Regelung ab (Kap 5.4): die Restgültigkeit kommt nur in Frage, wenn die einzelnen Vertragselemente untrennbar miteinander verbunden sind. Ob eine abgesonderte Regelung isoliert Fortbestand haben soll, richtet sich nach dem Parteiwillen.⁶³⁴ Grundvoraussetzung für die Restgültigkeit eines Vertragsteiles ist aber jedenfalls, dass dieser Teil auch isoliert Fortbestand haben darf. Ob das der Fall ist, richtet sich nach dem Zweck der Schutznorm.

Daraus lässt sich ein zweigliedriges Schema der Prüfung der Nichtigkeitsfolgen ableiten: zuerst ist zu prüfen, ob der Normzweck eines Verbotes eine Restgültigkeit überhaupt zulässt. In weiterer Folge ist – unter Orientierung am Parteiwillen – zu hinterfragen, ob der Vertrag auch ohne die nichtigkeitsbedrohte (Teil)Regelung Bestand haben soll. Dieser zweite Schritt

⁶³⁴ *Mayer-Maly*, Teilnichtigkeit 267; *Illedits*, Teilnichtigkeit 25.

überschneidet sich mit der Frage, ob es sich bei der betroffenen Teilregelung um ein *essentialium negotii* handelt.

d) Ob es sich bei der Nichtigkeitsbedrohten Regelung um einen Vertragsteil oder den Teil einer Klausel handelt, ist insofern irrelevant, als nicht individuell ausgehandelte Vertragsbestimmungen ohnehin einer strengeren Inhaltskontrolle unterliegen (Kap 5.5). Daher sind Teile von Klauseln ebenso wie Vertragsteile auf ein sicher und solid zulässiges Ausmaß geltungserhaltend zu reduzieren. Allerdings ist dieser auf *Illedits*⁶³⁵ zurückzuführende Standpunkt in Bezug auf das Verbraucherrecht mittlerweile überholt, da dort die geltungserhaltende Reduktion weitgehend unzulässig ist (vgl Kap 5.16).

e) Nach Ansicht von *Illedits*⁶³⁶ scheitert eine Analogie zu § 878 ABGB, weil diese Bestimmung dem Prinzip der Privatautonomie Geltung verschaffe, indem sie die Frage der Restgültigkeit an den Parteiwillen anknüpfe. § 879 setze der Privatautonomie demgegenüber aber Grenzen, indem er das Ausmaß der Restgültigkeit bei einem Gesetzesverstoß oder einem Verstoß gegen die guten Sitten an den Verbotszweck binde. Aus diesem Grund soll der Wille, den Vertrag nur mit dem verbotswidrigen Vertragsteil abzuschließen, unbeachtlich bleiben, weil er auf Rechtswidriges gerichtet sei.

Wie in Kap 5.6 näher begründet, kann dieser Ansicht nicht gefolgt werden, weil sich die Restgültigkeit auch im Regime des § 879 nach dem Parteiwillen richtet, sofern dieser den Normzweck nicht konterkariert. Die nicht vom Verbot erfassten Vertragsbestandteile bleiben von diesem unberührt. Daher kann sehr wohl von einer analogen Anwendung des § 878 im Bereich des § 879 gesprochen werden.

⁶³⁵ *Illedits*, Teilnichtigkeit 112.

⁶³⁶ *Illedits*, Teilnichtigkeit 33.

f) Eine bedeutende Rolle kommt § 917a zu, der die Regeln über die Gesetzwidrigkeit, wie sie sich aus § 879 ableiten lassen, für den Bereich der gesetzlichen Preisregelung konkretisiert. § 917a stellt keine *lex specialis*, sondern eine Ergänzung zu § 879 dar (vgl Kap 5.6). Aus der Bestimmung lässt sich *per analogiam* eine Wertung des Gesetzgebers zugunsten der Teilnichtigkeit ableiten, da § 917a hinsichtlich der Rechtsfolgen die gleiche Zielsetzung wie § 879 verfolgt.

g) In Kap 5.7 wurden die Begriffe der qualitativen und der quantitativen Nichtigkeit definiert und ausgeführt, dass eine qualitative Nichtigkeit regelmäßig die Restgültigkeit des nicht betroffenen Vertragsbestandteiles zur Folge hat, während diese Konsequenz für die quantitative Nichtigkeit als problematisch gesehen wird, weil sie einen zu weit reichenden richterlicher Eingriff darstelle. Dieses Argument widerspricht der klaren Wertung des § 917a und ist daher nicht zielführend. Überdies würde eine Totalnichtigkeit den weitreichenderen Eingriff darstellen als eine betragliche oder zeitliche Korrektur der getroffenen Vereinbarung. Im Ergebnis ist daher eine Differenzierung zwischen qualitativer und quantitativer Nichtigkeit hinsichtlich der Frage der Restgültigkeit nicht zielführend.

h) Kap 5.8 setzt sich mit der Rolle des Schutzzwecks der Norm in Bezug auf die Nichtigkeitsfolgen auseinander. Wie ausgeführt, kommt es auf den Parteiwillen nur sekundär, nämlich nur dann an, wenn seine Berücksichtigung den Normzweck nicht vereiteln würde.

Wie am Beispiel des zit Judikats⁶³⁷ anschaulich dargestellt, kann der (Norm)Zweck einer Regelung aber im Wandel der Zeit anachronistisch werden. Insbesondere, wenn die Regelungsabsicht eines Verbotes aus heutiger Sicht inakzeptabel erscheint, muss ihre Wirkung auf den ursprünglich durch sie verpönten Sachverhalt durchbrochen werden. Der

⁶³⁷ OGH 28.10.1971 1 Ob 282/71 = SZ 44/146.

Normzweck ist daher nicht immer das Maß aller Dinge. Bei seiner Ermittlung ist nicht auf den Entstehungs-, sondern den Anwendungszeitpunkt der Norm abzustellen. Dadurch wird eine Berücksichtigung von Änderungen des soziologischen, wirtschaftlichen, technischen und normativen Umfeldes gewährleistet. Ein im Laufe der Zeit eintretender Funktionsverlust kann daher zur gänzlichen Unanwendbarkeit der betreffenden Norm führen.

i) Bei der Beurteilung der Rechtsfolgen des § 879 Abs 3 ABGB kommt es unter anderem auf das Ausmaß der Äquivalenzstörung und daher den Grad der verdünnten Willensfreiheit an (Kap 5.9). Dabei ist vor allem die zum Verbraucherrecht ergangene, in Kap 5.16 dargestellte, Rsp des EuGH zu berücksichtigen. Im Ergebnis ist daher bei der Beurteilung der Nichtigkeitsfolgen zwischen Verbrauchern (Verbot der geltungserhaltenden Reduktion) und Unternehmern zu differenzieren.

j) Kap 5.10 beschäftigt sich mit dem Begriff der geltungserhaltenden Reduktion. Die Definition des Begriffes ist in der L nicht einheitlich, in der Rsp⁶³⁸ wird mit der geltungserhaltenden Reduktion der Vorgang bezeichnet, einen unzulässigen Vertragsteil durch das Gericht auf ein gerade noch zulässiges Ausmaß einzuschränken.

Die geltungserhaltende Reduktion ist eine Form der teleologischen Interpretation, bei der die von der Nichtigkeit betroffene Vertragsbestimmung insoweit aufrecht bleibt, als sie inhaltlich nicht zu beanstanden und ein entsprechender hypothetischer Parteiwille erkennbar ist. Das Prinzip der geltungserhaltenden Reduktion findet sich auch in § 917a ABGB, § 16 Abs 5 MRG und in modifizierter Form in § 934 ABGB (da die Aufhebung des Vertrages dadurch abgewendet werden kann, dass die Preisvereinbarung geltungserhaltend auf den gemeinen Wert im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses reduziert wird).

⁶³⁸ OGH 29.05.1996 3 OB 2004/96v = SZ 69/127; OGH 25.08.1998 1 Ob 176/98h = SZ 71/141.

Die geltungserhaltende Reduktion setzt voraus, dass der Wortsinn der Erklärung, *in eventu* der tatsächliche, und schließlich der hypothetische Parteiwille eine Restgültigkeit indizieren. Weiters muss die Restgültigkeit tatsächlich vom Normzweck gedeckt sein. Konfligiert die Geltungserhaltung der Regelung mit dem Normzweck, so kommt es zur Gesamtnichtigkeit oder, abhängig von der Art der Nichtigkeitsbedrohten Regelung (vgl Kap 5.4), kommt an Stelle der betroffenen Regelung dispositives Recht zur Anwendung. Ist dispositives Recht nicht vorhanden, so ist die Übung des redlichen Verkehrs zu ermitteln, also auf die Umstände der Erklärung und die üblicher Weise geltenden Gewohnheiten und Gebräuche abzustellen.

Im Verbraucherrecht und im Verbandsprozess ist die geltungserhaltende Reduktion aufgrund der Rsp des EuGH (s lit m) unzulässig.

k) Die Kap 5.11 und 5.12 beschäftigen sich mit der ergänzenden Vertragsauslegung und ihrem Verhältnis zur geltungserhaltenden Reduktion. Im Bereich des Verbraucherrechts führt der Ausschluss der geltungserhaltenden Reduktion dazu, dass Vertragslücken durch dispositives Recht oder, wenn dies nicht zielführend ist, durch ergänzende Vertragsauslegung zu füllen sind. Das Gleiche gilt – wie soeben ausgeführt - auch im Bereich B to B, wenn die Geltungserhaltung der betroffenen Regelung gegen den Normzweck verstößt.

Die geltungserhaltende Reduktion wie auch die ergänzende Vertragsauslegung folgen letztlich der gleichen Zielsetzung, nämlich einer Aufrechterhaltung des Grundkonsenses der Parteien im zulässigen Ausmaß. Gemäß der Rsp des EuGH⁶³⁹ ist daher konsequenter Weise eine ergänzende Vertragsauslegung im Verbraucherrecht nur noch dann zulässig, wenn sie sich

⁶³⁹ EuGH 14.06.2012 C-618/10 *Banco Espanol de Crédito SA / Joaquín Calderón Camino*.

zugunsten des Verbrauchers auswirkt, die Klausel also auch für den Verbraucher vorteilhaft wäre und dieser an der entsprechenden Klausel tatsächlich festhalten will.

Geltungserhaltende Reduktion und ergänzende Vertragsauslegung kommen dann gemeinsam zur Anwendung, wenn durch erstere eine Vertragslücke geschaffen wird und diese Lücke durch ergänzende Vertragsauslegung zu schließen ist, weil sich aus dem dispositiven Recht keine Lösung ableiten lässt oder weil sie dem Parteiwillen widerspräche. Somit ist auch in diesem Bereich nicht von einem Gegensatz, sondern vielmehr von einer gemeinsamen Zielsetzung beider Methoden zu sprechen.

1) Bereits in Kap 5.4 wurde die Beachtlichkeit des Parteiwillens für den grundsätzlichen Fortbestand des nichtigkeitsbedrohten Vertrages festgestellt. Ihm kommt – wie in Kap 5.13 postuliert – aber auch eine bedeutende Rolle bei der Ermittlung des konkreten Ausmaßes der Teilnichtigkeit zu.

Der Schutzzweck der Norm hat relativ zwingende Wirkung. Das bedeutet, dass ein abweichender Parteiwille nur insoweit beachtlich ist, als er den Normzweck nicht konterkariert.

Hinsichtlich des nichtigen Vertragsteiles ist eine Ersatzregelung erforderlich. Wurde das dispositive Recht von den Parteien abbedungen, so kommt es diesbezüglich auf den hypothetischen Parteiwillen an, da der ursprünglich durch den Verbotszweck geschützte Vertragspartner, der ja bereits dem nichtigen Vertrag zugestimmt hätte, nach erfolgter Vertragsanpassung zu seinen Gunsten erst recht hinreichend geschützt ist.

Es spricht somit in Bezug auf Leistung und Gegenleistung nichts dagegen, die vertraglich erbrachte Leistung mit einer im Rahmen des Parteiwillens, soweit dieser gesetzeskonform reduziert wird, von den Parteien zulässiger Weise gewollten Gegenleistung zu honorieren.

m) Kap 5.16 setzt sich schließlich mit der wiederholt zit Rsp des EuGH in den Fällen *Banco Espanol de Credito*⁶⁴⁰ sowie *Perenicova und Perenic*⁶⁴¹ auseinander, die im Ergebnis dazu führte, dass die geltungserhaltende Reduktion missbräuchlicher Klauseln im Verbraucherrecht unzulässig ist. Das führt zwangsläufig zur Frage, wie die durch den Wegfall der nichtigen Vertragsklausel entstehende Vertragslücke zu füllen ist. Zur Lückenfüllung stehen das dispositive Recht oder die ergänzende Vertragsauslegung zur Verfügung. Letztere ist nur zulässig, wenn sie sich zugunsten des Verbrauchers auswirkt. Das bedeutet, dass die Klausel auch für den Verbraucher vorteilhaft sein muss und er an ihr tatsächlich festhalten will.

In der Entscheidung *Perenicova und Perenic*⁶⁴² betont der EuGH den Grundsatz der Unwirksamkeit einer missbräuchlichen Klausel in Verbraucherverträgen. Von diesem Grundsatz kann nur abgewichen werden, wenn der Vertrag ohne die missbräuchliche Klausel objektiv nicht bestehen kann. Nicht ausschlaggebend ist allerdings, ob sich aus einer Ex-post-Würdigung ergibt, dass eine der Parteien den Vertrag ohne die missbräuchliche Klausel nicht abgeschlossen hätte.

⁶⁴⁰ EuGH 14.06.2012 C-618/10 (*Banco Espanol de Credito/Calderon Camino*) = JBl 2012, 434 (*Lukas*) = ImmoLex 2012, 92 (*Graf*) = EuZW 2012, 754 (*Wendenburg*) = ecolex 2012, 697 (*Slonina*) = ÖBA 2013, 69.

⁶⁴¹ EuGH 15.03.2012 C-453/10 (*Perenicova und Perenic*).

⁶⁴² EuGH 15.03.2012 C-453/10 (*Perenicova und Perenic*) = EuZW 2012, 302 (*Werkmeister*) = GRUR 2012, 639 (*Hennings*) = GRUR-Prax 2012, 195 (*Birk*) = LMK 2012, 333461 (*Nassall*) = ÖBA 2012, 480.

6. Anwendung der bisherigen Ergebnisse auf die Streitanteilsvereinbarung

6.1 Rechtsnatur des anwaltlichen Mandatsvertrages

Der zwischen Rechtsanwalt und Klient geschlossene Vertrag ist in aller Regel entgeltlich⁶⁴³ und hat die Geschäftsbesorgung in Vertretung des Klienten zum Inhalt. Somit liegt ein Vertrag mit überwiegenden Elementen eines mit Vollmacht⁶⁴⁴ erteilten Auftrages vor.⁶⁴⁵ In Ausnahmefällen, beispielsweise bei der Erstellung von Rechtsgutachten, ist von einem Überwiegen werkvertraglicher Elemente auszugehen.⁶⁴⁶ Diese Differenzierung ist neben dem RATG von Bedeutung für die unmittelbare Anspruchsgrundlage, sofern keine explizite Entgeltvereinbarung getroffen wurde. So kommt § 1004 ABGB für den Bevollmächtigungsvertrag, hingegen § 1152 ABGB für den Werkvertrag in Betracht.

Der anwaltliche Mandatsvertrag ist in der Rechtsanwaltsordnung geregelt, subsidiär ist Auftragsrecht (§§ 1002 ff ABGB) anzuwenden.⁶⁴⁷ Verbraucher unterliegen auch im Rahmen des Anwaltsvertrages dem Schutz des KSchG, erteilt ein Unternehmer außerhalb seines Unternehmens ein Mandat, so ist er in dieser Hinsicht als Konsument zu qualifizieren.⁶⁴⁸

§ 9 RAO umschreibt die Standespflichten des RA. Eine Verletzung dieser Standespflichten kann durch die Standesbehörde disziplinar geahndet werden, löst allerdings *per se* noch zu

⁶⁴³ Eine Ausnahme stellt die Verfahrenshilfe dar. Hierzu ausführlich zB *Maderbacher*, Honoraranspruch des Verfahrenshelfers; Stellungnahme der RAK Wien vom 31.08.2005, AnwBl 2005, 522 mwN.

⁶⁴⁴ Nach stRsp (stv OGH 14.10.2008 8 Ob 91/08b) sind Verträge des RA, mit denen er eine Geschäftsbesorgung übernimmt, im Zweifel als Bevollmächtigungsverträge zu qualifizieren.

⁶⁴⁵ *Thiele*, Anwaltskosten³ 4.

⁶⁴⁶ OGH 14.10.2008 8 Ob 91/08b; *Thiele*, Anwaltskosten³ 4; *Pilshofer*, Honorarvereinbarungen 87.

⁶⁴⁷ *Strasser in Rummel I*³ § 1002 ABGB Rz 26 mwN; OGH 03.05.1979 7 Ob 621/79 = SZ 52/73; OGH 23.06.1983 6 Ob 610/83 = SZ 56/181 = RdW 1983,106; OGH 31.01.1984 2 Ob 2/84 = SZ 57/27 = ZVR 1984, 308; OGH 09.04.2002 4 Ob 83/02p = RdW 2002, 528 = EvBl 2002/555.

⁶⁴⁸ OGH 09.04.1981 8 Ob 9/81 = SZ 54/58 = JBl 1982, 313 (teilweise kritisch *Iro*); OGH 09.11.1983 1 Ob 750/83 = SZ 56/159 = EvBl 1984/393.

keine zivilrechtlichen Konsequenzen aus, da § 9 RAO⁶⁴⁹ wie auch § 11 Abs 1 *leg cit*⁶⁵⁰ keine Schutzgesetzte iSd § 1311 ABGB darstellen, sondern lediglich als Katalog von Sorgfaltsanforderungen iSd § 1299 ABGB aufgefasst werden.⁶⁵¹ Zu den unmittelbar zivilrechtlich normierten Pflichten des RA gehört es gem § 1009 ABGB, das Mandat vereinbarungs- und vollmachtskonform, „*emsig und redlich*“ zu besorgen. Ist die Leistung des RA wertlos, so hat sie den Entfall des ihm ansonsten zustehenden Entgelts zur Folge (s im Detail unten).⁶⁵²

⁶⁴⁹ § 9 RAO lautet: (1) Der Rechtsanwalt ist verpflichtet, die übernommenen Vertretungen dem Gesetz gemäß zu führen und die Rechte seiner Partei gegen jedermann mit Eifer, Treue und Gewissenhaftigkeit zu vertreten. Er ist befugt, alles, was er nach dem Gesetz zur Vertretung seiner Partei für dienlich erachtet, unumwunden vorzubringen, ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel in jeder Weise zu gebrauchen, welche seinem Auftrag, seinem Gewissen und den Gesetzen nicht widerstreiten.

(1a) Der Rechtsanwalt ist entsprechend den technischen und organisatorischen Möglichkeiten und den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege nach Maßgabe von Richtlinien gemäß § 37 Z 6 verpflichtet, für die zur Wahrung, Verfolgung und Durchsetzung der ihm anvertrauten Interessen notwendigen Einrichtungen, insbesondere um sich im Verkehr mit Gerichten des elektronischen Rechtsverkehrs (§ 89a GOG) zu bedienen, Sorge zu tragen.

(2) Der Rechtsanwalt ist zur Verschwiegenheit über die ihm anvertrauten Angelegenheiten und die ihm sonst in seiner beruflichen Eigenschaft bekanntgewordenen Tatsachen, deren Geheimhaltung im Interesse seiner Partei gelegen ist, verpflichtet. Er hat in gerichtlichen und sonstigen behördlichen Verfahren nach Maßgabe der verfahrensrechtlichen Vorschriften das Recht auf diese Verschwiegenheit.

(3) Das Recht des Rechtsanwaltes auf Verschwiegenheit nach Abs 2 zweiter Satz darf durch gerichtliche oder sonstige behördliche Maßnahmen, insbesondere durch Vernehmung von Hilfskräften des Rechtsanwaltes oder dadurch, daß die Herausgabe von Schriftstücken, Bild-, Ton- oder Datenträgern aufgetragen wird oder diese beschlagnahmt werden, nicht umgangen werden; besondere Regelungen zur Abgrenzung dieses Verbotes bleiben unberührt.

(4) Bei Vorliegen eines der im § 8a Abs 1 angeführten Geschäfte hat der Rechtsanwalt dem Bundesminister für Inneres (Bundeskriminalamt, Geldwäschemeldestelle gemäß § 4 Abs 2 Bundeskriminalamt-Gesetz) auf Anfrage über alle ihm bekannten Umstände Auskunft zu erteilen, soweit dies zur Klärung eines gegen die Partei gerichteten Verdachts auf Geldwäscherei (§ 165 StGB) oder Terrorismusfinanzierung (§ 278d StGB) erforderlich ist. Diese Verpflichtung entfällt unter den in § 8c Abs 1 zweiter Satz genannten Voraussetzungen.

(5) Die gutgläubige Mitteilung an den Bundesminister für Inneres (Bundeskriminalamt, Geldwäschemeldestelle gemäß § 4 Abs 2 Bundeskriminalamt-Gesetz) gemäß §§ 8b und 8c gilt nicht als Verletzung der Verschwiegenheitspflicht sowie anderer vertraglicher oder durch Rechts- und Verwaltungsvorschriften geregelter Bekanntmachungsbeschränkungen (Geheimhaltungspflichten) und zieht für den Rechtsanwalt keinerlei nachteilige Rechtsfolgen nach sich.

⁶⁵⁰ § 11 Abs 1 RAO lautet: Der Rechtsanwalt ist schuldig, das ihm vertraute Geschäft, solange der Auftrag besteht, zu besorgen, und ist über die Nichtvollziehung verantwortlich.

⁶⁵¹ OGH 11.03.1996 1 Ob 2029/96f = MietSlg 48.164; OGH 20.06.2001 3 Ob 102/01y; Benn-Ibler, Zum Ethos des Rechtsanwaltes – Ein Beitrag aus österreichischer Sicht, AnwBl 2011, 410; Feil-Wennig, Anwaltsrecht⁷ § 9 RAO Rz 2.

⁶⁵² OGH 09.04.2002 4 Ob 83/02p = RdW 2002, 528 = EvBl 2002/555 = ZfRV-LS 2002, 233.

6.2 Das Honorar des Rechtsanwaltes

6.2.1 Verfassungsrechtliche Grundlagen

Das Recht auf privatautonome, also innerhalb des zwingenden Rechts freie Gestaltung des Honoraranspruches des RA ist auf Verfassungsebene durch die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte auf Freiheit der Erwerbsbetätigung gem Art 6 StGG und Unverletzlichkeit des Eigentums gem Art 5 StGG und Art 1 des 1. ZP abgesichert.⁶⁵³

In diesem Sinne normieren § 16 Abs 1 RAO, § 2 Abs 1 RATG, § 15 Abs 1 RL-BA 2015 wie auch § 1 AHK⁶⁵⁴ ausdrücklich das Recht des RA auf freie Honorarvereinbarung.

Die vorzitierten verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte setzen dem einfachen Gesetzgeber Schranken in Bezug auf allfällige Zugangsbeschränkungen zu einer Erwerbstätigkeit, wie auch in Bezug auf allenfalls einschränkende Ausübungsvorschriften.⁶⁵⁵

Hierbei lässt sich in den letzten Jahrzehnten eine eindeutige Parteinahme zugunsten des wirtschaftspolitischen Modells der freien Marktwirtschaft erkennen.⁶⁵⁶ Das hat sich insbesondere in der Aufhebung von Beschränkungen des Preiswettbewerbs wie zum Beispiel des Verbotes des Verkaufes von Waren unter dem Einstandspreis oder jenem der Unterschreitung von Mindestgebührensätzen durch Ziviltechniker manifestiert.⁶⁵⁷

⁶⁵³ In den Genuss der durch Art 6 StGG gewährleisteten Erwerbsfreiheit gelangen nur österreichische Staatsbürger. Rechtsanwälte anderer Staatsangehörigkeit können das gleiche Ergebnis über die Berufung auf das jedermann zustehende Menschenrecht der Unverletzlichkeit des Eigentums gem Art 5 StGG und Art 1 des 1. ZP erreichen (*Grabenwarter*, Rechtliche und ökonomische Überlegungen zur Erwerbsfreiheit 3).

⁶⁵⁴ Sämtliche der genannten Bestimmungen sind unter Kap 3.1 dargestellt.

⁶⁵⁵ *Grabenwarter*, Erwerbsfreiheit 20.

⁶⁵⁶ *Grabenwarter*, Erwerbsfreiheit 185.

⁶⁵⁷ VfGH 15.06.1990 G 56/89 = VfSlg 12.379/1990; VfGH 03.10.1990 G 40/90 G 41/90, G 42/90, G 43/90, G 44/90, G 45/90 = VfSlg 12.481/1990; *Thiery*, Die Pauschalhonorarvereinbarung, AnwBl 2006, 464.

Als Konsequenz dieser Judikatur wurden 1999 mit Beschluss der Vertreterversammlung des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages⁶⁵⁸ die Honorarvorschriften der §§ 50 Abs 1, 53, 54 und 55 RL-BA, die eine Unterschreitung des Rechtsanwaltsstarifs, sowie die nicht durch berücksichtigungswürdige Gründe gerechtfertigte Inaussichtstellung oder Einräumung eines Nachlasses auf das tarifliche Honorar als disziplinarischen Verstoß qualifizierten, aufgehoben.

6.2.2 Unionsrechtliche Rahmenbedingungen

Die unionsrechtlich verankerten Grundfreiheiten des Binnenmarktes stellen darauf ab, Beeinträchtigungen des innergemeinschaftlichen Handels und Dienstleistungsverkehrs zu verhindern.⁶⁵⁹ Somit beziehen sie sich grundsätzlich nur auf Sachverhalte, die grenzüberschreitende Elemente aufweisen.⁶⁶⁰ In Hinblick auf das österreichische anwaltliche Honorarrecht liegt jedoch eine für das gesamte Staatsgebiet geltende Tarifordnung vor, weshalb eine Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Dienstleistungsverkehrs aufgrund der dadurch bewirkten Abschottungswirkung gegeben sein kann.⁶⁶¹

Im vorliegenden Kontext sind das Recht auf Niederlassungsfreiheit (Art 49 ff AEUV) und das Recht auf Dienstleistungsfreiheit (Art 56 ff AEUV) einschlägig. Aus diesen Rechten resultiert der grundsätzliche Anspruch auf privatautonome Honorargestaltung der Rechtsanwälte.⁶⁶² Die Grundfreiheiten des Binnenmarktes stehen Angehörigen eines Mitgliedsstaates⁶⁶³ zu. Anknüpfungsvoraussetzung sind somit die EU-Staatsangehörigkeit natürlicher Personen,

⁶⁵⁸ Beschluss der Vertreterversammlung des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages vom 17.09.1999, AnwBl 1999, 621.

⁶⁵⁹ EuGH 11.07.1974 C 8/74, *Dassonville*; *Fischer/Köck/Karollus*, Europarecht, Das Recht der EU/EG, des Europarates und der wichtigsten anderen europäischen Organisationen⁴ 831.

⁶⁶⁰ *Fischer/Köck/Karollus*, Europarecht⁴ 796.

⁶⁶¹ *Fischer/Köck/Karollus*, Europarecht⁴ 832.

⁶⁶² *Grabenwarter*, Erwerbsfreiheit, 4.

⁶⁶³ Sowie den Angehörigen der EFTA-Staaten Island, Norwegen und Liechtenstein (vgl. *Fischer/Köck/Karollus*, Europarecht⁴ 45).

respektive Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung juristischer Personen innerhalb des Unionsgebietes.^{664, 665}

Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs durch die Mitgliedsstaaten sind nur dann zulässig, wenn sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind und die Maßnahme nicht gegen das in Art 18 AEUV normierte Gleichbehandlungsgebot aller Unionsbürger verstößt.⁶⁶⁶ Sohin ist es zulässig, einem Dienstleistungserbringer⁶⁶⁷ Berufs- und Standesregeln aufzuerlegen, sofern diese durch das Allgemeininteresse gerechtfertigt sind.⁶⁶⁸

Zusammen fassend müssen daher Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit durch Berufs- und Standesregeln verhältnismäßig sein. Das bedeutet, sie müssen zum einen zur Erreichung der angestrebten Ziele notwendig und geeignet sein und zum anderen muss das Ausmaß der Einschränkung in angemessenem Verhältnis zu dem damit verfolgten Allgemeininteresse stehen.

Nach Ansicht der Rsp⁶⁶⁹ befinden sich die Vorschriften der §§ 16 Abs 1 RAO und 879 Abs 2 Z 2 ABGB im Einklang mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht und sind verfassungsrechtlich unbedenklich.

⁶⁶⁴ Fischer/Köck/Karollus, Europarecht⁴ 790.

⁶⁶⁵ Das Europäische Parlament und der Rat können jedoch gemäß Art 56 AEUV die Anwendbarkeit auf Erbringer von Dienstleistungen mit Drittstaatsangehörigkeit beschließen, sofern diese innerhalb der Union ansässig sind.

⁶⁶⁶ EuGH 03.12.1974 C 33/74, *Van Binsbergen*; Streinz, Europarecht⁷ 316.

⁶⁶⁷ Rechtsanwälte fallen unter diesen Begriff, wie sich bereits aus der Bezeichnung der RL 77/249/EWG „Zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte“ ergibt.

⁶⁶⁸ *Pilshofer* (Honorarvereinbarungen 63) unter Verweis auf EuGH 03.12.1974 C 33/74, *Van Binsbergen*.

⁶⁶⁹ OGH 20.11.2006 3 Bkd 2/06 = RIS-Justiz RS0121509.

6.2.3 Zivilrechtliche Grundlagen

Die Rechtsgrundlagen für den Honoraranspruch des Rechtsanwaltes im österreichischen Recht sind zerstreut. Sie finden sich – neben subsidiär anwendbaren vergleichbaren Honorarregelungen⁶⁷⁰ - in den §§ 15 bis 19 und 45 bis 46 RAO, §§ 1004 und 1152 ABGB, § 354 UGB, dem RATG, den Art IX und X RL-BA, den AHK 2005, und dem NTG.

Der Rechtsanwalt kann sein Honorar mit der Partei frei vereinbaren.⁶⁷¹ Das wurde erst jüngst durch das Berufsrechts-Änderungsgesetz 2008 (BRÄG 2008)⁶⁷² in Form einer Neufassung des § 16 RAO ausdrücklich neuerlich betont.⁶⁷³ Grundsätzlich richtet sich die Honorarhöhe nach der getroffenen Parteienvereinbarung und kann somit privatautonom gestaltet werden, es sind daher durchaus auch andere als die gesetzlich normierten Vergütungsmodelle denkbar und zulässig.⁶⁷⁴ Die gesetzlichen Vergütungsmodelle fungieren daher grundsätzlich weder nach oben als nach unten als Begrenzung der zulässigen Honorargestaltung.

Subsidiär zu einer getroffenen Honorarvereinbarung gelten die Regeln des RATG, sofern sie Tarifansätze für den relevanten Sachverhalt vorsehen.

Gibt das RATG selbst keine Anhaltspunkte, so kommen gemäß der klaren Anordnung des § 17 Abs 1 RAO⁶⁷⁵ die Bestimmungen über den Lohnvertrag, also § 1152 ABGB, zur

⁶⁷⁰ Steht die rein anwaltliche Tätigkeit nicht im Vordergrund des Mandates, so kann für die Entlohnung jene Rechtsgrundlage herangezogen werden, die dem tatsächlichen Vertragsinhalt eher entspricht (OGH 3 Ob 131/53 SZ 26/77; *Strasser in Rummel I*³, § 1002 ABGB Rz 2; *Stölzle*, Der Rechtsanwalt als "Kreditvermittler", AnwBl 1973, 274 ff), Anwaltsvertragsrecht kommt jedoch jedenfalls zur Anwendung, wenn die seitens des RA geschuldeten Leistungen überwiegend Merkmale eines Bevollmächtigungsvertrages aufweisen (*Feil/Wennig Anwaltsrecht*¹, § 9 RAO Rz 1; OGH 03.05.1979 7 Ob 621/79 = SZ 52/73; OGH 30.11.1983 1 Ob 785/83 = JBl 1984, 554; OGH 02.03.1978 6 Ob 527/78 = MietSlg 30.143).

⁶⁷¹ § 16 Abs 1 RAO; § 2 Abs 1 RATG; § 15 RL-BA.

⁶⁷² BGBl I Nr 111/2007.

⁶⁷³ 113/ME 23. GP EB 140.

⁶⁷⁴ *Thiele*, Anwaltskosten³ 16; insb zur Pauschalvereinbarung vgl *Thiery*, Die Pauschalhonorarvereinbarung, AnwBl 2006, 431 ff.

⁶⁷⁵ „... für jene Posten, welche im Tarif nicht enthalten sind, haben die gesetzlichen Bestimmungen über den Lohnvertrag in Anwendung zu kommen“.

Anwendung. Gemäß dieser Bestimmung, wie auch gemäß § 354 UGB,⁶⁷⁶ gilt ein angemessenes Entgelt⁶⁷⁷ als vereinbart. Jede Rechtsgrundlage schließt die nachfolgende aus.⁶⁷⁸

Auch wenn gar kein Honorar ausdrücklich vereinbart wird, hat der RA Anspruch auf ein angemessenes Honorar im Sinne der §§ 1152 ABGB und 354 UGB: Das ist das Entgelt, das sich unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Bedachtnahme auf das, was unter ähnlichen Umständen geschieht oder geschehen ist, ergibt.⁶⁷⁹ Regelmäßig ist der im RATG vorgesehene Tarifansatz als angemessenes Entgelt anzusehen. Sofern das RATG keinen Tarifansatz vorsieht, erfolgt die Festsetzung des angemessenen Entgelts durch das Gericht, das hierfür in aller Regel einen Sachverständigen, zumeist – aber nicht zwingend – den Ausschuss der zuständigen Rechtsanwaltskammer, beizieht.⁶⁸⁰

Der Verweis des § 17 Abs 1 RAO auf den „Lohnvertrag“ ist dogmatisch interessant, was vom Schrifttum mit Ausnahme von *Thiele*⁶⁸¹ bislang aber weitgehend unberücksichtigt blieb. Das Problem besteht darin, dass mit dem Verweis des § 17 RAO auf den Lohnvertrag zweifellos der in den §§ 1152 ff ABGB geregelte Dienstvertrag angesprochen ist.⁶⁸² Aus dem

⁶⁷⁶ Aufgrund der Legaldefinition des § 1 Abs 1 UGB („Unternehmer ist, wer ein Unternehmen betreibt“) ist der RA Unternehmer. Gem § 4 Abs 2 UGB ist das 1. Buch für Angehörige der freien Berufe nur bis § 6 anwendbar, sofern kein *opting in* erfolgt – für RA ist dies allerdings berufsrechtlich untersagt (§ 1 Abs 4 und 5 RAO); das 2. Buch des UGB findet nur auf RA in der Rechtsform einer OG oder KG Anwendung; das 3. Buch ist gem § 189 Abs 4 UGB auf Angehörige freier Berufe nicht anwendbar, da sie kein Entgelt, sondern ein Honorar erhalten; das 4. Buch ist gem § 343 UGB iVm § 4 uneingeschränkt anwendbar.

⁶⁷⁷ Im Detail s unten.

⁶⁷⁸ RIS-Justiz RS0038356; OGH 28.11.1968 1 Ob 240/68 = EvBl 1969/298; OGH 03.05.1979 7 Ob 621/79 = SZ 52/73; OGH 31.05.1989 8 Ob 508/89 = SZ 62/102 = AnwBl 1990, 45 (*Pritz*); OGH 31.08.2006 6 Ob 155/06x = SZ 2006/216; OGH 26.08.2014 10 Ob 50/14x; OGH 29.09.2014 8 Ob 92/14h; OGH 29.07.2015 9 Ob 22/15y; OGH 30.3.2011 7 Ob 259/10d = Zak 2011, 193 = AnwBl 2011, 357.

⁶⁷⁹ Stv OGH 02.07.2015 2 Ob 188/14g = RIS-Justiz RS0021636.

⁶⁸⁰ OGH 31.05.1989 8 Ob 508/89 = AnwBl 1990, 45 (*Pritz*); *Thiele*, Anwaltskosten³ 5.

⁶⁸¹ *Thiele*, Anwaltskosten 4.

⁶⁸² *Thiele*, Anwaltskosten 4.

gesetzlichen Verweis der RAO auf Dienstvertragsrecht einerseits und der von der hA⁶⁸³ vertretenen Einordnung des Anwaltsvertrages in die Domäne des Auftragsrechts andererseits ergibt sich allerdings eine Diskrepanz. Thiele⁶⁸⁴ begegnet dem Problem mit einer systemkonformen Interpretation unter Rückgriff auf § 1151 Abs 2 ABGB, der seinerseits selbst mit einem Klammerzitat auf die Bestimmungen über die Geschäftsbesorgung (§ 1002 ABGB) verweist und dadurch nach Ansicht von Thiele „ein sachgerechtes Zusammenspiel beider Normenkreise“ ermöglicht.⁶⁸⁵ Darüber hinaus – so Thiele weiter⁶⁸⁶ – sei nur im Dienstvertragsrecht, nicht also im Auftragsrecht, eine angemessene Entgeltpflicht für den Fall einer fehlenden ausdrücklichen Entgeltvereinbarung vorgesehen, weshalb es „für den (unbestimmten) anwaltlichen Vergütungsanspruch nicht eines Rückgriffs auf eine Analogie zu § 1152 ABGB“ bedürfe.

Eine Vertiefung dieser Problematik erübrigt sich jedoch angesichts der völlig eindeutigen Regelung durch § 354 UGB. *De lege ferenda* wäre allerdings ein Verweis des § 17 RAO auf diese Bestimmung (statt auf den mehr oder weniger passenden „Lohnvertrag“) wünschenswert.

Es wurde bereits erwähnt, dass für wertlose anwaltliche Leistungen grundsätzlich kein Honorar zu steht.⁶⁸⁷ Zuschläge für eine überdurchschnittliche Leistung iSv

⁶⁸³ Apathy in Schwimann/Kodek IV⁴ § 1009 Rz 3 und § 1012 Rz 4; Strasser in Rummel⁹ § 1009 Rz 1; P. Bydlinski in KBB⁴ § 1009 ABGB Rz 1; F. Graf, Anwaltshaftung 63.

⁶⁸⁴ Thiele Anwaltskosten 4.

⁶⁸⁵ Thiele Anwaltskosten 5, eine plausible Begründung für diesen Schluss bleibt Thiele allerdings schuldig.

⁶⁸⁶ Thiele Anwaltskosten 5.

⁶⁸⁷ Zuletzt OGH 30.08.2016 4 Ob 130/16w = RIS-Justiz RS 0038663.

§ 21 Abs 1 RATG⁶⁸⁸ gebühren andererseits nur bei besonderer Komplexität und Schwierigkeit des Falles.⁶⁸⁹

Selbst die freie Honorarvereinbarung zwischen RA und Mandant findet ihre Grenzen zum einen im Angemessenheitsgebot,⁶⁹⁰ das neben dem Aufwandshonorar auch für das Pauschalhonorar, das Zeithonorar (Stundensatz) und das Erfolgshonorar gilt, und darüber hinaus im Verbot des Ansichslösens der Streitsache (§ 879 Abs 2 Z 2 1. Fall ABGB und § 16 Abs 1 RAO), dem Verbot der *quota litis* gem § 879 Abs 2 Z 2 2. Fall ABGB, des Wuchers gem § 879 Abs 2 Z 4 ABGB und der *laesio enormis* gem § 934 ABGB.⁶⁹¹ Eine allfällige Überschreitung von disziplinarrechtlichen Grenzen ist für sich genommen hinsichtlich der zivilrechtlichen Folgen unerheblich, weil selbst die standeswidrige Vereinbarung eines zu hohen Honorars durch einen RA alleine für die Annahme einer Sittenwidrigkeit oder Nichtigkeit im Sinne des § 879 ABGB nicht ausreicht.⁶⁹² Eine allfällige objektive Äquivalenzstörung ist vielmehr nach § 879 Abs 2 Z 4 ABGB zu beurteilen.⁶⁹³

Der österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) hat Honorarkriterien (allgemeine Honorarkriterien der Rechtsanwälte, AHK)⁶⁹⁴ erstellt, die vor allem zur Beurteilung der Angemessenheit des Honorars⁶⁹⁵ dienen. Diese Kodifikation ist im Lichte des europäischen

⁶⁸⁸ § 21 Abs 1 RATG sieht vor, dass die das Honorar unabhängig vom Tarif, insbesondere unter Berücksichtigung der aufgewendeten Zeit und Mühe, angemessen festzusetzen ist, wenn im einzelnen Falle die Leistung des RA nach Umfang oder Art den Durchschnitt erheblich übersteigt.

⁶⁸⁹ Thiele, Anwaltskosten³ 223 f.

⁶⁹⁰ § 50 Abs 3 und 4 RL-BA 1977; nunmehr § 15 Abs 3 RL-BA 2015.

⁶⁹¹ OGH 30.03.2011 7 Ob 259/10d = Zak 2011,193 = AnwBl 2011, 357 = Zak 2012, 403 (Kolmasch).

⁶⁹² RIS-Justiz RS0038770; OGH 08.01.1963 8 Ob 367/62 = EvBl 1963/265; OGH 14.05.1975 8 Ob 77/75; OGH 27.05.2004 6 Ob 34/04z; OGH 18.04.2007 7 Ob 80/07a; OGH 17.10.2007 7 Ob 223/07f; RIS-Justiz RS0038374; OGH 25.09.1979 5 Ob 607/79; OGH 03.12.1981 7 Ob 657/81 = ImmZ 1982, 199 = MietSlg 33.100 = MietSlg 33.566 = SZ 54/182; OGH 27.05.2004 6 Ob 34/04z; OGH 18.04.2007 7 Ob 80/07a; OGH 17.10.2007 7 Ob 223/07f; OGH 30.03.2011 7 Ob 259/10d.

⁶⁹³ OGH 08.01.1963 8 Ob 367/62 = EvBl 1963/265.

⁶⁹⁴ Die in der ÖRAK-Vertreterversammlung am 07.10.2005 beschlossenen allgemeinen Honorarkriterien haben die bis dahin geltenden AHR (autonome Honorarrichtlinien) ersetzt. Die AHK stellen eine standesinterne generelle Regelung dar, die für alle Kammermitglieder bindend ist (Thiele Anwaltskosten³ 62).

⁶⁹⁵ S hierzu im Detail Kap 6.3.

Kartellrechts problematisch, da freiberufliche Honorarordnungen mitunter im Widerspruch zur verfassungsrechtlichen Erwerbsfreiheit und wettbewerbsrechtlichen Grundwerten stehen.⁶⁹⁶ In diesem Sinne ist bereits die verbindliche Festlegung von Mindestgrenzen für das Honorar von Ziviltechnikern vom VfGH als verfassungswidrig aufgehoben worden;⁶⁹⁷ 2005 hat der OGH ausgesprochen, dass die Honorarordnung für Baumeister (HOB) gegen Art 81 Abs 1 EGV (nunmehr Art 101 AEUV) verstößt.⁶⁹⁸

Ebenso hat der EuGH die Honorarordnung der italienischen Anwaltskammer in den Fällen *Cipolla*⁶⁹⁹ und *Meloni*⁷⁰⁰ ins Visier genommen: während staatliche Gebührenordnungen – also nicht solche, die nur von berufsständischen Organisationen stammen – nach Ansicht des EuGH⁷⁰¹ nicht gegen die europäischen Wettbewerbsregeln verstoßen, ist das in der italienischen Honorarordnung für Rechtsanwälte vorgesehene absolute Verbot von Unterschreitungen des normierten Mindesttarifs (indem die Nichtigkeit von Vereinbarungen, die von diesem Tarif abweichen, vorgesehen wird) unzulässig, da es mit dem Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehr nicht vereinbar ist. Der EuGH hielt fest, dass Mindestgebühren nur dann zulässig wären, wenn sie beispielsweise zur Erreichung von Zielen des Verbraucherschutzes oder der „geordneten“⁷⁰² Rechtspflege geeignet und angemessen wären. Diese Eignung wäre – so der EuGH ausdrücklich⁷⁰³ – beispielsweise im Zusammenhang mit der Wechselbeziehung denkbar, die möglicher Weise zwischen der Höhe des Honorars und der Qualität der Dienstleistung gegeben ist.

⁶⁹⁶ *Krejci*, Honorarwettbewerb statt Honorarordnung, ÖZW 2007, 94 ff.

⁶⁹⁷ VfGH 25.11.2003 B 964/02 = VfSlg 17.042; *Thiery*, Die Pauschalhonorarvereinbarung 431 ff.

⁶⁹⁸ OGH 20.12.2005 16 OK 45/05.

⁶⁹⁹ EuGH 05.12.2006 C-94/04, *Cipolla*.

⁷⁰⁰ EuGH 01.02.2005 C-202/04, *Meloni*.

⁷⁰¹ EuGH 19.02.2002 C-35/99, *Arduino*; *Thiery*, Anwaltskosten 431.

⁷⁰² Apostrophierung durch den Autor.

⁷⁰³ EuGH 19.02.2002 C-35/99, *Arduino*; *Benn-Ibler*, AnwBl 2007, 1 (Editorial).

Nach StRsp⁷⁰⁴ entfällt das Honorar des RA bei völliger Wertlosigkeit der Geschäftsbesorgungsleistung. Das gleiche gilt für Leistungen, die der RA aufwenden muss, um eigene Fehler zu beheben,⁷⁰⁵ bei der Mitwirkung an Umgehungsgeschäften⁷⁰⁶ sowie bei reinen Formalleistungen des RA, wie zB der bloßen Unterfertigung vom Mandanten verfasster, unveränderter, unzulänglicher Schriftsätze.⁷⁰⁷

6.3 Honorararten und Angemessenheit des Honorars (§ 1152 ABGB, § 354 UGB)

Wie bereits mehrfach erwähnt, ist der Rechtsanwalt in der Gestaltung des Honorars frei. Grenzen sind der Vereinbarung nur durch die Tatbestände des Wuchers (§ 879 Abs 2 Z 4 ABGB), der *quota litis* (§ 879 Abs 2 Z 2 ABGB) und der *laesio enormis* (§ 934 ABGB) gesetzt.⁷⁰⁸

Wurde keine explizite Vereinbarung über die Honorarhöhe getroffen, so gilt – wie in Kap 6.2.3 ausgeführt – ein angemessenes Honorar als vereinbart. § 354 UGB sieht nämlich eine Entgeltlichkeitsvermutung für alle unternehmensbezogenen Rechtsgeschäfte, also auch jene der Rechtsanwälte, vor.⁷⁰⁹

Überdies unterliegt das frei vereinbarte Rechtsanwaltshonorar ungeachtet der vereinbarten Abrechnungsart dem standesrechtlichen Angemessenheitsgebot.⁷¹⁰ Bei Honoraransprüchen,

⁷⁰⁴ OGH 09.04.2002 4 Ob 83/02p = RdW 2002, 528 = EvBl 2002/555 = ÖJZ-LSK 2002, 163 = ZfRV-LS 2002, 233 = KRSIlg 2003, 1832 = MietSIlg 54.116 = SZ 2002/46; OGH 25.05.1994 7 Ob 612/93 = NZ 1994, 228 = RZ 1995, 58.

⁷⁰⁵ Thiele Anwaltskosten³ 26.

⁷⁰⁶ OGH 24.02.1998 1 Ob 84/97b = RdW 1998, 538 = bbl 1998/170.

⁷⁰⁷ Im Fall einer Beschwerde an den VfGH: VfGH 08.06.1999 B 2084/98 ua = ZfVB 2000, 913 = VfSlg 15.497.

⁷⁰⁸ OGH 30.03.2011 7 Ob 259/10d = Zak 2011, 193 = AnwBl 2011, 357 = Zak 2012, 403 (Kolmasch).

⁷⁰⁹ Schauer in Krejci (Hrsg) Reformkommentar (2005), UGB § 354 Rz 1.

⁷¹⁰ Thiele, Die Pauschalhonorarvereinbarung, AnwBl 2006, 431.

hinsichtlich derer ein Tarif besteht, ist in der Regel der entsprechende Tarifsatz als angemessenes Entgelt anzusehen.⁷¹¹

Als frei vereinbartes Honorar kommen grundsätzlich das Pauschalhonorar, das Zeithonorar (vorwiegend) nach Stundensätzen (*hourly fee*) oder das Erfolgshonorar in Frage. Je nach der getroffenen Honorarvereinbarung gilt folgendes:

6.3.1 Pauschalhonorar

Pauschalhonorare haben den Vorteil, dass die Kostenbelastung für den Mandanten vorhersehbar und das Kostenrisiko daher kalkulierbar ist. Andererseits ist der Gesamtaufwand des RA *ex ante* schwer vorhersehbar. Daher kommt es bei Pauschalhonoraren in aller Regel zu einem Gewinner und einem Verlierer, worin der Hauptnachteil dieses Honorarmodells liegt.

Die Höhe des Pauschalhonorars richtet sich insbesondere nach dem Umfang des Mandates, seiner Schwierigkeit und Komplexität, der allgemeinen und vor allem wirtschaftlichen Bedeutung der Angelegenheit für den Mandanten, nach seinen wirtschaftlichen Verhältnissen, dem Haftungsrisiko des RA, sowie seiner Erfahrung und seinem Spezialisierungsgrad.⁷¹² Eine allgemeine Aussage über die angemessene Höhe von Pauschalhonoraren ist daher nicht möglich.

Vor allem *Thiery*⁷¹³ hat sich intensiv mit der Angemessenheit von Pauschalhonoraren⁷¹⁴ auseinander gesetzt. Er kommt, zusammen gefasst, zu dem Ergebnis, dass die freie

⁷¹¹ OGH 06.04.1956 3 Ob 61/56; OGH 04.11.1976 7 Ob 679/76 = NZ 1979, 74; OGH 15.04.1998 9 Ob 111/98h; OGH 28.03.2007 9 Ob 120/06x.

⁷¹² *Thiery*, Pauschalhonorarvereinbarung, AnwBI 2006, 431.

⁷¹³ *Thiery*, Pauschalhonorarvereinbarung, AnwBI 2006, 431.

Vereinbarkeit ausschlaggebend ist und die Definition absoluter Grenzbeträge untunlich sei.⁷¹⁵ *Thiery* stellt vor allem auf die disziplinarrechtlichen Angemessenheitskriterien ab,⁷¹⁶ wenngleich sogar eine Überschreitung dieser Grenzen grundsätzlich nicht beachtlich ist, da selbst ein standeswidrig zu hohes Honorar *per se* noch nicht den Wuchertatbestand erfüllt.⁷¹⁷ Eine absolute Grenze sieht lediglich der Tatbestand der *laesio enormis* (§ 934 ABGB) vor, da hier auf objektive Wertkriterien abzustellen ist. Seine Anwendung wird in der Praxis zumeist daran scheitern, dass der iSd § 934 ABGB tatbestandsmäßige „gemeine Wert“ bei Rechtsanwaltsleistungen schwer feststellbar ist. Die Ansätze des RATG gelten nämlich gem § 1 Abs 2 und § 2 Abs 1 *leg cit* im privatrechtlichen Vertragsverhältnis zwischen RA und Mdt nur insoweit, als zwischen diesen keine anderweitige Vereinbarung getroffen wurde.⁷¹⁸

Mit anderen Worten kommt es im Zusammenhang mit einer pauschalen Honorierung auf die Umstände des Einzelfalles an, die sich in erster Linie aus dem konkreten Parteiwillen ableiten lassen. Durchaus gängig sind Pauschalhonorare bei Liegenschaftstransaktionen. Hier richtet sich die Honorarhöhe nach dem Transaktionswert, wobei Prozentsätze von 2 bis 5 % von der Rsp⁷¹⁹ als angemessen qualifiziert werden.

In der Praxis werden Kostenschätzungen des RA häufig mit Pauschalhonorarvereinbarungen gleich gesetzt. Hier ist zu differenzieren: Weist das Mandatsverhältnis überwiegend werkvertragsrechtliche Elemente auf, wie dies zum Beispiel in aller Regel bei Gutachtensaufträgen der Fall ist, so gelangt § 1170a ABGB unmittelbar zur Anwendung. Es

⁷¹⁴ Einer der häufigsten Anwendungsbereiche von Pauschalhonoraren findet sich im Liegenschaftstransfer; Ein ungefähre Richtwert für die angemessene Honorarhöhe liegt hier zwischen 2 und 5 % des Kaufpreises (OGH 21.12.1993 1 Ob 597/93 = AnwBl 1995, 520 = ecolex 1994, 162 mwN).

⁷¹⁵ *Thiery*, Pauschalhonorarvereinbarung 434; So auch *Thiele*, Anwaltskosten 17.

⁷¹⁶ *Thiery*, Pauschalhonorarvereinbarung 431, 434 f.

⁷¹⁷ *Thiele*, Anwaltskosten 17; OGH 08.01.1963 8 Ob 367/62 = EvBl 1963/180; OGH 18.04.2007 7 Ob 80/07a; OGH 17.10.2007 7 Ob 223/07f.

⁷¹⁸ *Pilshofer*, Honorarvereinbarungen 6.

⁷¹⁹ OGH 21.12.1993 1 Ob 597/93 = ecolex 1994, 162 = AnwBl 1995, 5072 = EujurZ 1996, 8 = AnwBl 1995, 520.

ist in diesem Fall zwischen Kostenvoranschlägen mit oder ohne Gewähr zu unterscheiden. Kostenvoranschläge ggü Verbrauchern gelten gem § 5 Abs 2 KSchG als unter Gewähr abgegeben, sofern der RA nicht ausdrücklich das Gegenteil erklärt.

Ob § 1170a ABGB im Analogieweg auch auf klassische Anwaltsmandate, also mit Vollmacht erteilte Aufträge, anzuwenden sei, war lange Zeit in L und Rsp⁷²⁰ umstritten, wurde aber vom OGH durch eine vielbeachtete Grundsatzentscheidung⁷²¹ geklärt. Demnach sind die Regeln des ABGB über den Werkvertrag analog anzuwenden. Ein Mehranspruch des RA ist selbst bei einer Kostenschätzung ohne Gewähr oder einem sogenannten Schätzungsanschlag,⁷²² der von vornherein nur eine ungefähre Orientierungshilfe für den Mandanten bieten soll, nur dann zulässig, wenn sich ein unvermeidlicher Mehraufwand herausstellt und der RA dem Mandanten unverzüglich die Möglichkeit einräumt, unter angemessener Vergütung der bereits erbrachten Leistungen vom Vertrag zurück zu treten oder die Fortsetzung der Tätigkeit gegen zusätzliches Entgelt anzuordnen.

6.3.2 Zeithonorar

Einem vor allem aus den angelsächsischen Ländern stammenden Trend der Zeit folgend, werden die Leistungen des RA zunehmend nach Stundensätzen abgerechnet. Durch die damit verbundene Leistungserfassung⁷²³ ist es möglich, nachzuvollziehen, wer wofür wann wieviel Zeit aufgewendet hat und welche Kosten damit konkret verbunden sind. Der Vorteil für den Mandanten liegt somit in der im Vergleich zur Abrechnung nach RATG oder AHK, wo vollständige Leistungsaufstellungen aufgrund der Anwendung von Einheitssätzen⁷²⁴ nicht

⁷²⁰ Vgl die übersichtliche Darstellung des Meinungsstandes bei *Thiele*, Anwaltskosten³ 18.

⁷²¹ OGH 15.12.2009 1 Ob 219/09a = Zak 2010, 111 = ecolex 2010, 147, 443 = JBI 2010, 298 = RdW 2010, 237, 221 = EvBl 2010/88.

⁷²² Vgl dazu *M. Bydlinski* in KBB⁴ § 1170a ABGB Rz 2 mwN.

⁷²³ § 15 Abs 4 RL-BA 2015 verpflichtet den RA im Falle der Verrechnung eines Zeithonorars zur Führung entsprechender Aufzeichnungen.

⁷²⁴ Eine Ausnahme stellt die Verrechnung von einzelnen Nebenleistungen („Einzelleistungen“) gem § 23 Abs 2 RATG dar, zu der der RA zwar berechtigt ist. Hat er im Rahmen eines Mandates eine

jederzeit möglich sind, wesentlich erhöhten Transparenz der Honorarverrechnung. Da im Honorargespräch neben der Vereinbarung des anzuwendenden Stundensatzes wo möglich auch eine ungefähre Einschätzung des voraussichtlichen Zeitaufwandes erfolgt, ist dem Mandanten durch diese Abrechnungsart eine Kalkulation und allenfalls erforderliche Bildung entsprechender Rückstellungen möglich.

Insbesondere die durch die laufende Zeiterfassung gewährleistete verbesserte Transparenz⁷²⁵ einerseits und die Filetierung der Kostenparameter in Zeit und Preis bei konkreter Vereinbarung des letzteren andererseits haben zur Bevorzugung dieser Abrechnungsart vor allem im Wirtschaftsrecht geführt. Die Rsp⁷²⁶ hat ein Zeithonorar von EUR 220,00 bis EUR 400,00 zuzüglich Umsatzsteuer im judizierten Einzelfall⁷²⁷ als jedenfalls angemessen beurteilt. Ebenso wenig wurde ein Nettostundensatz von EUR 225,00 für eine Gutachtenserstattung im Kartellrecht kritisiert.⁷²⁸

Von großer Bedeutung ist natürlich die kleinste Verrechnungseinheit. Üblicher Weise werden 5 Minuten als kleinste Erfassungseinheit verrechnet. Hierzu existiert, soweit ersichtlich, keine Rsp; eine Instanzentscheidung des LG Innsbruck⁷²⁹ hat eine Taktung im 15-Minuten-Intervall als sittenwidrig erachtet, da dies zu einer Vervielfachung des nach Tarif zustehenden Honorars führe. Dem hält *Thiele*⁷³⁰ entgegen, dass selbst das in dieser Hinsicht seines Erachtens offenbar über jeden Zweifel erhabene RATG Takteinheiten von einer halben

Abrechnungsart – also Einzelleistung oder Einheitssatz gewählt, so ist er in der Folge aber daran gebunden (VfGH 12.06.2001 B 114/99 = JUS Vf/2321 = ZfVB 2002/594/639 = VfSlg 16.168).

⁷²⁵ § 15 Abs 4 RL-BA 2015.

⁷²⁶ OGH 30.03.2011 7 Ob 259/10d (nicht veröffentlicht).

⁷²⁷ Im Detail *Thiele*, Anwaltskosten 19 f.

⁷²⁸ OGH 22.03.2011 16 Ok 1/11 (nicht veröffentlicht), im Detail *Thiele* Anwaltskosten 20.

⁷²⁹ LG Innsbruck 1 R 187/07t und 1 R 188/07i (nicht veröffentlicht, zit bei *Thiele*, Anwaltskosten 20).

⁷³⁰ *Thiele*, Anwaltskosten 20.

Stunde⁷³¹ als zulässig erachtet. Dem entsprechend ist eine Pauschalierung nach Zeiteinheiten im Ausmaß bis zu einer halben Stunde⁷³² mE unbedenklich.

Der Honoraranspruch richtet sich beim Zeithonorar einerseits nach dem Stundensatz und andererseits nach dem Zeitaufwand. In aller Regel bezieht sich die Honorarvereinbarung nur auf die Höhe des Stundensatzes. Würde auch ein Zeitaufwand fixiert, so käme das im Ergebnis einer Pauschalhonorarvereinbarung gleich. Eine Sittenwidrigkeitskontrolle kommt nur für jene Honorarkomponenten in Frage, die konkret Gegenstand der getroffenen Vereinbarung sind. Hinsichtlich des Zeitaufwandes ist demgegenüber in jedem Fall eine Angemessenheitskontrolle zulässig, weil dieser außerhalb der getroffenen Vereinbarung liegt.⁷³³

6.3.3 Erfolgshonorar

Als Erfolgshonorar wird ein Entgelt bezeichnet, dessen Berechtigung oder Höhe sich nach dem Eintritt eines bestimmten Ereignisses richtet. Tritt das Ereignis – der vereinbarte Erfolg – nicht ein, so steht entweder gar kein oder nur ein geringeres Entgelt, respektive *vice versa* im Erfolgsfall ein höheres Entgelt zu. Entgegen einer hartnäckig landläufig vertretenen Ansicht⁷³⁴ sind Erfolgshonorare in Ö keineswegs unzulässig. Unzulässig sind sie nur dann, wenn das Honorar einen Anteil am erstrittenen Betrag darstellt, also eine Streitanteilsvereinbarung (*pactum de quota litis*), getroffen wird. Die (zulässige)

⁷³¹ TP 7 RATG.

⁷³² Thiele (Anwaltskosten, 20) spricht in diesem Zusammenhang lediglich generell von einer Zulässigkeit der Pauschalierung. Worauf es jedoch ankommt, ist die Taktung. Thieles kurz zuvor angezogenes Argument (der Verweis auf TP 7 RATG) greift eben gerade in dieser Hinsicht, sodass eine Taktung in Form von 30 min mE unbedenklich sein dürfte.

⁷³³ OGH 29.09.2014 8 Ob 92/14h = JBl 2015, 44 = Zak 2014, 416 = AnwBl 2015, 70 = RdW 2015, 161 = NZ 2015, 235 = ecolex 2015, 556.

⁷³⁴ Diese Ansicht dürfte darauf gründen, dass in D bis zur Neufassung des RVG (vgl dazu im Detail Pkt 6.5) Erfolgshonorare in jedem Fall untersagt waren, also auch wenn es nicht um einen Anteil des erstrittenen Betrages ging.

Erfolgshonorarvereinbarung stellt den Oberbegriff, die (unzulässige) Streitanteilsvereinbarung einen Unterbegriff derselben dar.

Fraglich ist, ob das Erfolgshonorar frei vereinbart werden darf, oder Beschränkungen unterliegt. Die erläuternden Bemerkungen zum Ministerialentwurf⁷³⁵ für das BRÄG 2008 verweisen ausdrücklich auf das auch für frei vereinbarte Honorare geltende Angemessenheitsgebot.⁷³⁶ Thiele⁷³⁷ sieht auf dieser Grundlage das Honorar des RA „vereinfacht“ einerseits grundsätzlich durch RATG und AHK begrenzt, andererseits sei eine qualitativ gehaltvollere anwaltliche Leistung höher zu entlohnen, als eine bloß (unter)durchschnittliche.⁷³⁸

Diese Ansicht ist unzutreffend, da sie zu kurz greift. Zum einen schreibt das Angemessenheitsgebot keineswegs Höchst- (und Unter)grenzen im Rahmen des RATG oder der AHK vor, zum anderen ist die Qualität der Leistungserbringung, auf die Thiele offensichtlich abstellt, zum Zeitpunkt der Honorarvereinbarung zumindest für eine Vertragspartei - in aller Regel den Mandanten - nicht objektivierbar (vielmehr geht jeder Mandant bei der Mandatserteilung wohl berechtigter Maßen vom „best case“, also einer einwandfreien, hochqualitativen Leistungserbringung durch den RA aus), sodass das Qualitätskriterium zwar durchaus zur Korrektur von Leistungsstörungen, nicht aber als Preisargument für Rechtsanwälte zur Verfügung steht. In der Orientierung der zulässigen Honorarhöhe am „qualitativ zulässigen Honorar“ läge im gegebenen Zusammenhang mE eine *petitio principii*. Das erhellt auch durch den von Thiele selbst wenig später erfolgenden

⁷³⁵ 113/ME 23. GP EB 140; die RV (303 Blg 23. GP) erwähnt diesen Umstand nicht.

⁷³⁶ „Der Rechtsanwalt darf sein Honorar – so auch ein Pauschalhonorar – nur in einem Ausmaß vereinbaren, das an der für durchschnittliche Leistungen gebührenden Entlohnung gemessen nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum Wert des Gegenstandes, zur voraussichtlichen Leistung oder zum angestrebten Ergebnis steht. In gleicher Weise ist auch die Vereinbarung eines Zeithonorars zulässig.“

⁷³⁷ Womit er sich insofern selbst widerspricht: vgl Anwaltskosten 17, wo er festhält, dass die freie Vereinbarkeit ausschlaggebend ist und die Definition absoluter Grenzbeträge nicht möglich sei.

⁷³⁸ Thiele, Anwaltskosten³ 16.

Hinweis auf die auch in Bezug auf das Anwaltshonorar geltenden Bestimmungen über Wucher (§ 879 Abs 2 Z 4 ABGB) und *laesio enormis* (§ 934 ABGB).⁷³⁹ Wozu sollten diese Instrumente der Beseitigung von Äquivalenzstörungen dienen, wenn es auf die Äquivalenz gar nicht ankäme, sondern das *iustum pretium* sozusagen feststehe oder lediglich anhand der Qualität der Leistung ermittelt werden könne? Kommt es nicht vielmehr – wie bei dem oben behandelten Pauschalhonorar – sehr wohl auf die Umstände des Einzelfalles, wie beispielsweise den besonderen Wert, den die Parteien dem Vertragsgegenstand beimessen, insgesamt also auf den Parteiwillen, an?⁷⁴⁰ Es bedarf daher durchaus weiterer Kriterien zur Definition der Angemessenheit als lediglich des Abstellens auf die Bewertungsvorschriften des RATG oder der AHK einerseits und die Qualität der Leistung andererseits. So sind insb auch der Umfang, die Schwierigkeit, die Komplexität und die Bedeutung der Angelegenheit für den individuellen Mandanten, das Haftungsrisiko des Rechtsanwalts, sowie die wirtschaftlichen Verhältnisse des Mandanten zu berücksichtigen.⁷⁴¹

*Thiele*⁷⁴² vertritt die Ansicht, dass bei Erfolgshonoraren für den Fall des Misserfolges zumindest ein angemessenes Mindesthonorar vereinbart sein muss.

Dem ist zu widersprechen, die Ansicht *Thieles* ist nämlich in Hinblick auf die unionsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften⁷⁴³ höchst problematisch. Durch vorgeschriebene („angemessene“) Mindesthonorare würde ein Honorarwettbewerb verhindert, was unionsrechtswidrig wäre. Darüber hinaus ist es ja gerade der Sinn einer Erfolgsvereinbarung,

⁷³⁹ *Thiele*, Anwaltskosten³ 16 f; OGH 30.03.2001 7 Ob 259/10d = Zak 2011, 193.

⁷⁴⁰ *Pilshofer* weist zu Recht darauf hin, dass es fraglich ist, ob die AHK die Voraussetzungen der §§ 1152 ABGB und 354 UGB erfüllen (Honorarvereinbarungen 99 f); zum Verhältnis der §§ 1152 ABGB und 354 UGB zum RATG s *Pilshofer*, Honorarvereinbarungen 100 ff.

⁷⁴¹ *Pilshofer*, Honorarvereinbarungen 98 f; *Thiery*, Pauschalhonorarvereinbarung 431 ff.

⁷⁴² *Thiele*, Anwaltskosten³ 21 unter Verweis auf AnwBl 1991, 3617.

⁷⁴³ Art 101 ff AEUV.

eine prägnante Differenzierung zwischen Erfolg und Misserfolg zu manifestieren, diese Absicht würde durch Mindesthonorare im Fall des Misserfolges konterkariert.

Hinsichtlich der Honorarhöhe im Erfolgsfall (und nur im Fall des Erfolges, nicht des Misserfolges, das ist der maßgebliche Unterschied zur Ansicht *Thieles*) werden Mindesthonorare auch vom d Gesetzgeber⁷⁴⁴ und von der dRsp⁷⁴⁵ gebilligt. Demnach kann im Bereich von Prozessvertretungen für den „*Erfolgsfall ein angemessener Zuschlag auf die gesetzliche Vergütung*“ vereinbart werden.

6.3.4 Angemessenheitsprüfung

Wird die Honorarhöhe des RA bestritten, so können gem § 19 iVm § 28 Abs 1 lit f RAO sowohl der Mandant als auch der RA eine gütliche Streitschlichtung durch den Ausschuss der Rechtsanwaltskammer beantragen.⁷⁴⁶ Ein Schlichtungsversuch bedarf der Zustimmung beider Parteien; bringt der RA jedoch die Kostenklage ein, obwohl er sich einer gütlichen Streitbeilegung unterworfen hat, so verwirklicht er dadurch ein standesrechtliches Disziplinarvergehen.^{747, 748} Kommt es zu einer Begutachtung der Angemessenheit des Honorars durch den Ausschuss einer Rechtsanwaltskammer, so werden die Bewertungsvorschriften der AHK (sofern dem RATG keine Bewertung zu entnehmen ist)

⁷⁴⁴ § 4a Abs 1 dRVG.

⁷⁴⁵ Vgl die Besprechung der Entscheidung des dBGH vom 05.06.2014 IX ZR 13/12 in Kap 6.5.2.

⁷⁴⁶ Gemäß § 28 Abs 1 lit f RAO gehören „*die Erstattung von Gutachten über die Angemessenheit des Honorars und Vergütung für Dienstleistungen des Rechtsanwalts, sowie die angesuchte gütliche Beilegung des Streits über selbe*“ in den Wirkungskreis des Ausschusses der Rechtsanwaltskammern.

⁷⁴⁷ *Thiele*, Anwaltskosten³ 29.

⁷⁴⁸ Ein Disziplinarvergehen wird durch einen Berufspflichtenverstoß oder den Verstoß gegen Ehre und Ansehen des Rechtsanwaltsstandes verwirklicht. Es wird nach dem anwaltlichen Standesrecht im Rahmen der beruflichen Selbstverwaltung durch die bei den Landesrechtsanwaltskammern eingerichteten Disziplinarräte unter sinngemäßer Anwendung der StPO verfolgt. Wie bereits mehrfach postuliert, stellt das anwaltliche Disziplinarrecht grundsätzlich kein Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB dar (vgl Kap 6.1), sodass keine zwingende unmittelbare zivilrechtliche Relevanz eines Disziplinarvergehens gegeben ist. Eine Anknüpfung kann sich allerdings aufgrund § 1299 ABGB anbieten (OGH 11.03.1996 1 Ob 2029/96f = MietSlg 48.164; OGH 20.06.2001 3 Ob 102/01y; *Bennlbler*, Zum Ethos des Rechtsanwaltes – Ein Beitrag aus österreichischer Sicht, AnwBl 2011, 410; *Feil-Wennig*, Anwaltsrecht⁷ § 9 RAO Rz 2).

regelmäßig zur Ermittlung einer als angemessen geltenden Entlohnung herangezogen.^{749, 750}

Die AHK werden als kodifiziertes Gutachten über die Angemessenheit der im RATG näher geregelten anwaltlichen Leistungen für die Honorarberechnung qualifiziert.⁷⁵¹

Das Kostengutachten der Rechtsanwaltskammer nimmt in aller Regel zu den Fragen Stellung, welcher Tarifansatz (nach RATG) zusteht, ob und welcher Einheitssatz gebührt, ob eine Verbindungsgebühr, ein Streitgenossen- oder ein Erfolgsszuschlag zustehen, welche Bemessungsgrundlage (im Zweifel nach RATG oder AHK) dem Rechtsstreit zugrunde zu legen ist und ob eine verrechnete Leistung des RA offenkundig zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht notwendig war, respektive die Leistung nicht im behaupteten Umfang erbracht wurde.⁷⁵²

6.4 Grenzen der Zulässigkeit von Erfolgshonoraren

Es wurde bereits in Kap 6.3 postuliert, dass Erfolgshonorare grundsätzlich zulässig sind, sofern sie den zivilrechtlichen Voraussetzungen (Wucher und *laesio enormis*) gerecht werden.

Andererseits wurde die Kombination einer Pauschalvereinbarung mit Zeit- und/oder Erfolgselementen vom OGH – in standes-, nicht zivilrechtlicher Hinsicht - als unzulässig qualifiziert, selbst wenn der Mandant dieser Honorargestaltung zustimmt.⁷⁵³ Gemäß *Thiery*⁷⁵⁴

⁷⁴⁹ OGH 31.05.1989 8 Ob 508/89 = SZ 62/102 = AnwBl 1990, 45 (*Pritz*) mwN; OGH 25.04.1995 10 Ob 509/95 = JBl 1995, 732; *Orator*, Aktuelle Hauptprobleme des Berufs- und Standesrechtes der Österreichischen Advokatur, AnwBl 1977, 367 ff; *Klicka*, Die Verwendung der Autonomen Honorar-Richtlinien im Zivilprozess, RdW 1993, 298; *Feil/Wennig*, Anwaltsrecht⁷ 180.

⁷⁵⁰ Die Gerichte sind nicht gebunden, den Ausschuss als Gutachter zu bestellen. Im Übrigen dient das Gutachten über die Streitschlichtung nicht der hoheitlichen, der Rechtskraft fähigen Entscheidung des Streits (VwGH/A 2000/10/0017).

⁷⁵¹ *Berka*, Die Honorarrichtlinien der freien Berufe im Lichte der Erwerbsfreiheit, wbl 1992, 309; *Thiele*, Anwaltskosten³ 61 ff mwN.

⁷⁵² *Thiele*, Anwaltskosten³ 29.

⁷⁵³ OBDK 16.06.1997 5 Bkd 1/96.

⁷⁵⁴ *Thiery*, Die Pauschalhonorarvereinbarung, AnwBl 2006, 431, 440.

gilt das aber nicht, wenn auch der Misserfolg mit einem entsprechend niedrigeren Pauschalhonorar berücksichtigt werde. Ihre Grenzen findet die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung einerseits dort, wo das Erfolgshonorar in krassem Missverhältnis zum Honorar bei Misserfolg steht, andererseits dort, wo die Gefahr einer zu starken Involvierung des Rechtsanwaltes in die übernommene Causa besteht.⁷⁵⁵ Neben den üblicher Weise ins Treffen geführten, hinsichtlich des verfolgten *Telos* höchst unterschiedlichen Zielsetzungen der Reglementierung der anwaltlichen Honorargestaltung (einerseits dem Schutz der Interessen des Klienten und andererseits dem Schutz der Ehre und des Ansehens des Anwaltsstandes) tritt nun ein drittes Argument in Erscheinung, nämlich die Besorgnis um eine zu starke Involvierung des Rechtsanwaltes in die übernommene Causa, also eine Infragestellung seiner Objektivität. Auf dieses Thema wird im Rahmen der Aspektuierung des Schutzzwecks des § 879 Abs 2 Z 2 ABGB (Kap 6.4.1) detailliert eingegangen, im gegebenen Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass es zur nobelsten Pflicht des RA gehört, die übernommene Vertretung den Gesetzen und Standesregeln gemäß zu führen und die Rechte seiner Partei gegen jedermann mit Eifer, Treue und Gewissenhaftigkeit zu vertreten.⁷⁵⁶ Dem könnte man entgegen halten, dass es sich um eine reine Standesvorschrift handelt. Tatsächlich stellt § 9 RAO kein Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB dar; er ist aber als Zusammenfassung von Sorgfaltsanforderungen in Ausgestaltung des § 1299 ABGB auf zu fassen.⁷⁵⁷ Hinzu kommt, dass der RA als Beauftragter nach § 1009 ABGB die Interessen des Auftrag gebenden Mandanten zu wahren und das Geschäft „*seinem Versprechen und der erhaltenen Vollmacht gemäß emsig und redlich zu besorgen*“ hat.⁷⁵⁸ Der RA ist also mehrfach dazu gehalten, sein Mandat sorgfältig wahr zu nehmen. Es kann nicht in Zweifel gezogen werden, dass diese

⁷⁵⁵ Thiery, Pauschalhonorarvereinbarung 440.

⁷⁵⁶ § 9 Abs 1 RAO.

⁷⁵⁷ OGH 11.03.1996 1 Ob 2029/96f.

⁷⁵⁸ F. Graf, Anwaltshaftung 63; Apathy in Schwimann/Kodek IV⁴ § 1009 Rz 3 und § 1012 Rz 4; P. Bydlinski in KBB⁴ § 1009 Rz 1; Strasser in Rummel⁹ § 1009 Rz 1.

Sorgfalt auch die gebotene Objektivität im Sinne einer rationalen Konfrontation mit der Streitsache umfasst.

Es ist aber zu berücksichtigen, dass eine erhöhte Empathie des RA im Sinne einer stärkeren Identifikation mit dem Rechtsstreit insofern einen durchaus positiven Effekt haben kann, als sie die Vornahme unnötiger Verfahrensschritte (wie beispielsweise so mancher Verfahrensschriftsätze) zweifellos unterbinden würde, weil sie eine erhöhte Sensibilisierung für die Kosten-Nutzen Relation von Prozesshandlungen mit sich bringt. Ungeachtet aller Sorgfalts- und Objektivitätsgebote ist es aus einem rein menschlichen Standpunkt einfach etwas anderes, ob man in fremder oder in eigener Angelegenheit tätig wird.

Vorläufig ist somit dem Argument einer zu starken Involvierung des erfolgsbeteiligten RA in die übernommene Causa entgegen zu halten, dass das Ständesrecht wie auch die zivilrechtlichen Vorschriften einen Sorgfaltsverstoß sanktionieren. Hinzu kommt, dass der Sorgfaltsmaßstab der *diligentia quam in suis* aufgrund seiner wirtschaftlichen Faktizität neben den zuvor erwähnten Wohlverhaltensregeln einen wahrscheinlich effektiveren Schutz der Mandanteninteressen begründen würde, als es der vage Generaltatbestand der „nicht zu großen persönlichen Involvierung“ jemals könnte.

Eine Untergruppe der Erfolgshonorare, die Streitanteilsvereinbarung, ist zivil- wie auch ständesrechtlich nach wie vor unzulässig. Kap 6.4.1 setzt sich damit auseinander, worauf diese Unzulässigkeit basiert.

6.4.1 Schutzzweck des § 879 Abs 2 Z 2 ABGB

Der größere Wettbewerb und die zunehmende Marktorientierung der Rechtsanwälte erfordern alternative Honorarmodelle. Wie in Kap 6.3 ausgeführt, kommen neben den klassischen Honorarmodellen des RATG und der AHK das Pauschalhonorar, das Zeithonorar und das Erfolgshonorar in Frage. Letzteres ist grundsätzlich zulässig, sofern es angemessen ist, keine eklatante Diskrepanz zwischen dem Erfolgshonorar und dem Honorar bei Misserfolg besteht und keine Gefahr einer zu starken Involvierung des Rechtsanwaltes in die übernommene Causa gegeben ist.

Unzulässig sind jedoch nach wie vor das Ansichlösen der Streitsache (§ 879 Abs 2 Z 2 erster Fall ABGB) und die Streitanteilsvereinbarung (§ 879 Abs 2 Z 2 zweiter Fall ABGB). Was sind die Motive für das Verbot der Streitanteilsvereinbarung?

Das Verbot der *quota litis* wird im Wesentlichen auf drei Zielsetzungen gestützt:⁷⁵⁹

- a) Schutz von Ehre und Ansehen des Standes⁷⁶⁰
- b) Schutz des Mandanten vor Übervorteilung⁷⁶¹
- c) Wahrung der Objektivität des Rechtsanwaltes⁷⁶²

Die genannten Motive unterlagen und unterliegen wechselhaften und sehr unterschiedlichen Gewichtungen.

⁷⁵⁹ Mair, Prozessfinanzierung 23 ff.

⁷⁶⁰ Riedler in Schwimann/Kodek IV⁴ § 879 Rz 16 mwN.

⁷⁶¹ Riedler ABGB⁴ Rz 16.

⁷⁶² Thiery, Pauschalhonorarvereinbarung 431 ff.

a) Die standesrechtlichen Motive des Schutzes von Ehre und Ansehen des Standes gründen sich darauf, dass das Ansehen der Rechtsanwälte, insb in den Augen der Richter, angeblich herab gesetzt würde.⁷⁶³

Wie ausgeführt, würde ein Abstellen auf dieses Motiv die absolute Nichtigkeit der getroffenen Vereinbarung begründen, da zweifellos auf den Schutz von Allgemeininteressen (seien sie auch mit dem Schutz der Interessen des Standes beschränkt) abgestellt wird.⁷⁶⁴

Weiters wird neuerlich betont, dass zwischen disziplinarer und zivilrechtlicher Unzulässigkeit zu differenzieren ist.⁷⁶⁵ Was standesrechtlich unzulässig ist, muss also nicht zwingend die zivilrechtliche Nichtigkeit nach sich ziehen.⁷⁶⁶

Wie in Kap 3.4 bereits dargestellt, reichen die Wurzeln des Aspektes von Ehre und Ansehen des Standes weit zurück in die Antike, namentlich in die römische Gesellschaftsordnung, wonach Advokaten ihnen vorbehaltene *operae liberales* erbrachten, deren Entlohnung als unwürdig galt.⁷⁶⁷ Da eine Entgeltannahme durch Advokaten dem zeitgenössischen Ehrenkodex im alten Rom widersprach, wurden „lediglich“ Ehrengeschenke dargeboten, namentlich das *salarium* oder ein *honorarium*.⁷⁶⁸

Offenbar war sich der römische Advokat zu gut und hatte es nicht notwendig, seine Leistung entlohnen zu lassen, was durch die vordergründige Ablehnung einer Leistungsverpflichtung zum Ausdruck gebracht wurde. Die Zeitgemäßheit dieser Auffassung ist zweifellos nicht

⁷⁶³ So Thiele, Anwaltskosten³ 21.

⁷⁶⁴ So auch OGH 05.10.1966 6 Ob 311/66 hinsichtlich der Nichtigkeit des Anschlössens der Streitsache, die eine absolute ist.

⁷⁶⁵ Lohsing/Braun, Anwaltsrecht² 235 f; Gschnitzer in Klang, IV/1² 197; Pilshofer, Honorarvereinbarungen 241.

⁷⁶⁶ Thiele, Anwaltskosten³ 17; OGH 08.01.1963 8 Ob 367/62 = EvBl 1963/180; OGH 18.04.2007 7 Ob 80/07a; OGH 17.10.2007 7 Ob 223/07f.

⁷⁶⁷ Krejci, Honorarwettbewerb statt Honorarordnung, ÖZW 2007, 95.

⁷⁶⁸ Pilshofer, Honorarvereinbarungen 112.

mehr gegeben. Dennoch distanziert sich der Rechtsanwaltsstand, soweit ersichtlich, nach wie vor von dem scheinbar in seinen Augen vulgären Verdacht, dass die Höhe des Honorars eine wie immer geartete Interdependenz mit seiner Leistung aufweisen könnte.

1903 drückte sich der beim OGH eingerichtete Disziplinarrat zu diesem Thema so aus: „... *die wissenschaftliche Arbeit des Advocaten wird dadurch zum Spiel, zu einer Wette herabgesetzt und die Bezahlung für die geleistete geistige Arbeit von dem unsicheren Ausgange der Angelegenheit abhängig gemacht, was sicherlich gegen die Standesehre und das Ansehen des Advocatenstandes verstößt...*“.⁷⁶⁹

Diese Position kann auch ganz anders ausgelegt werden. In dem Sinne nämlich, dass der RA keineswegs aus ethischen Gründen eine Einbeziehung in das unmittelbare Prozessergebnis vermeiden will, sondern diese Einbeziehung seine Entlohnung für den Fall des Unterliegens in Frage stellen würde. Auf diesen Aspekt geht der OGH in der zitierten Entscheidung⁷⁷⁰ ebenfalls ein: „*Solche Verträge schließen kann nur ein Advocat, dem es seine Mittel erlauben, im Falle des Nichterfolges auf jedes Honorar zu verzichten. Hiedurch verdrängt er aber von der Berufsbeschäftigung seine minderbemittelten Collegen, weil das den rechtsfreundlichen Beistand suchende Publicum sich eher an einen Advocaten wendet, welcher nur im Falle des Erfolges ein Honorar verlangt, als an einen anderen, welcher die Bezahlung seines Honorars ohne Rücksicht auf den Ausgang der vertretenen Sache beansprucht. Ein solches den wissenschaftlichen Werth der Advocatenarbeit herabsetzendes Benehmen eines Advocaten stellt sich aber unzweifelhaft als eine den Advocatenstand schädigende illoyale Concurrenz gegenüber den Berufscollegen dar und muss als gegen die Ehre und das Ansehen des Standes gerichtet und infolgedessen als im Disciplinarwege strafwürdig angesehen werden.*“

⁷⁶⁹ OGH 12.02.1903 Z 10.228 = GZ 1903, 225 (*Pilshofer*, Honorarvereinbarungen 241).

⁷⁷⁰ OGH 12.02.1903 Z 10.228 = GZ 1903, 225.

Diese an sich durchaus plausible Begründung des Verbotes entpuppt sich bei näherer Betrachtung als fragwürdig im Sinne des heutigen europäischen Wettbewerbsrechtes: Es handelt sich um standes-, nicht zivilrechtliche Vorschriften, die im Wege einer von der autonomen Disziplinarggerichtsbarkeit des Anwaltsstandes vorgenommenen Interpretation der Generalklausel des § 10 Abs 2 RAO iVm § 1 DSt judiziert werden. Die Zielsetzung ist nichts anderes als die – nicht durch den Gesetzgeber, sondern durch eine „berufsständische Organisation“ im Sinne der Rsp des EuGH⁷⁷¹ – erfolgende Festlegung einer Mindestvergütung im Fall eines Prozessverlustes. Auf die Ausführungen zur europäischen Rechtsprechung in diesem Zusammenhang (Kap 6.2.3) wird verwiesen.

Hinzu kommt, dass das – zivilrechtliche - Verbot der *quota litis* nach einhelliger Ansicht⁷⁷² nicht nur für Rechtsanwälte, sondern auch für Notare, Steuerberater, Buchprüfer und Wirtschaftsprüfer gilt, für die zweifellos das Standesrecht der Rechtsanwälte gar nicht in Betracht kommt.

Ein weiteres Argument gegen die intendierte Zielsetzung des *quota litis*-Verbotes im Schutz von Ehre und Ansehen des Anwaltsstandes lieferte *Zeiller*, einer der geistigen Väter des ABGB, schon bei dessen Entstehung selbst: Der ursprünglichen Absicht, das *quota litis*-Verbot auf Rechtsfreunde und Richter zu beschränken, setzte *Zeiller* entgegen, dass das Ansehen der Richter dadurch beschädigt würde, die Notwendigkeit eines derartigen Verbotes zu unterstellen, weil solche Geschäfte häufig vorkämen.⁷⁷³ Offenbar bestand ein derartiger Vertrauensvorschuss in die Gesinnung des Advokatenstandes nicht. Vielmehr lässt sich aus dem nur auf „Rechtsfreunde“ eingeschränkten Verbot des § 879 Z 3 ABGB idF 1811⁷⁷⁴

⁷⁷¹ Insb EuGH 05.12.2006 C-94/04, *Cipolla*; EuGH 01.02.2005 C-202/04, *Meloni*.

⁷⁷² *Feil/Wennig*, Anwaltsrecht⁷ 177.

⁷⁷³ *Ofner*, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs II, 557.

⁷⁷⁴ Wiedergegeben unter Kap 3.1.

ableiten, dass man die explizit an Rechtsanwälte adressierte Untersagung im Gegensatz zur Richterschaft sogar für erforderlich hielt, um das unerwünschte Rechtsgeschäft der *quota litis* hintan zu halten. Vor dieser Kulisse ist schwerlich einzusehen, inwiefern das Verbot Ehre und Ansehen des Standes wahren soll, zumal es den Stand der Rechtsanwälte dadurch vielmehr – freilich zu Unrecht – unter einen Generalverdacht stellt, was Ehre und Ansehen naturgemäß eher ab- als zuträglich ist.⁷⁷⁵

Es wurde bereits in Kap 3.4 darauf hingewiesen, dass das *pactum de quota litis* mit § 16 Advocatenordnung idF 1868 zulässig wurde.⁷⁷⁶ Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb der Gesetzgeber 1917 zur Umsetzung einer offensichtlich standesrechtlichen Regelungsabsicht eine allgemein zivilrechtliche Norm im ABGB schafft, die der in Form des § 16 *leg cit* existierenden *legi speciali* - dem Regelungsort für Standesrecht schlechthin - sogar widerspricht. Dieses Ergebnis wäre letztlich auch mit einer systematisch-logischen Auslegung nicht in Einklang zu bringen, da die dritte Teilnovelle an einem systemwidrigen Regelungsort ein dem zum Zeitpunkt ihrer Entstehung geltenden, in der Advocatenordnung 1868 verankertem Standesrecht widersprechendes Verbot geschaffen hätte, welches die Standesinteressen der Advokatur schlicht ignoriert und ihnen sogar zuwider läuft.⁷⁷⁷

Vielmehr ist davon auszugehen, dass § 879 Abs 2 Z 2 ABGB ausschließlich der Zielsetzung verpflichtet ist, den rechtssuchenden Klienten vor einer Übervorteilung durch den in aller Regel zumindest juristisch besser informierten Rechtsanwalt zu schützen.

⁷⁷⁵ In diesem Sinne auch Barazon (AnwBl 1972, 35 f), der das Ansehen der Anwaltschaft in der Bevölkerung durch das *quota litis*-Verbot als geschädigt sieht; ebenso Mair, Prozessfinanzierung 30.

⁷⁷⁶ S auch Mair, Prozessfinanzierung 30.

⁷⁷⁷ So im Ergebnis Mair, Prozessfinanzierung 34.

Zusammenfassend kommt somit dem Motiv des Schutzes von Ehre und Anstand des Rechtsanwaltsstandes bei der zivilrechtlichen Aspektuierung des *quota litis* Verbotes – wie der OGH schon 1915 betonte⁷⁷⁸ - keine Bedeutung zu.

b) Wie verhält es sich mit dem Schutz der Interessen des Mandanten? Die für eine geltungserhaltende Reduktion der getroffenen Vereinbarung bedeutsame Bedachtnahme auf den Parteiwillen (vgl Kap 5.10) widerspricht dann dem Normzweck, wenn dieser auf den Schutz der anderen Vertragspartei, also den Mandanten, abzielt. Daher kommt dieser Frage im gegebenen Zusammenhang doppelte Bedeutung zu.

Das Informations- und damit letztlich Schutzbedürfnis im Zusammenhang mit einer Streitanteilsvereinbarung ist meines Erachtens ein wechselseitiges: Es ist einzuräumen, dass der RA, was die grundsätzliche rechtliche Chanceneinschätzung anlangt, in aller Regel im Vorteil gegenüber seinem Mandanten sein wird. Es ist aber zweifellos unmöglich, eine rechtliche Einschätzung ohne genaue Kenntnis des Sachverhaltes anzustellen. Diese Kenntnis leitet sich aus den Angaben des Klienten ab. Während also der RA eine größere Nähe zur rechtlichen Beurteilung hat, hat der Klient die größere Nähe zum Sachverhalt. Der RA ist darauf angewiesen, dass der ihm vom Klienten geschilderte Sachverhalt sich tatsächlich so ereignet hat und dies auch tatsächlich im Prozess beweisbar ist.

Es ist daher keineswegs in Stein gemeißelt, dass der Mandant schutzwürdiger wäre als der Rechtsanwalt: Beteiligt sich der Rechtsanwalt in Form einer Streitanteilsvereinbarung am Prozessrisiko, so ist nicht nur der Erfolg des Mandanten, sondern auch seiner davon abhängig,

⁷⁷⁸ Der OGH bekräftigte bereits 1915, dass die *quota litis* nicht gegen Ansehen und Ehre des Standes verstößt (OGH 02.12.1915 Ds I 13/15 = JBl 1916, 87).

ob der Mandant den Sachverhalt richtig und vollständig geschildert hat.⁷⁷⁹ Ist das nicht der Fall, könnte die rechtliche Expertise des Anwalts durch für ihn allenfalls überraschende Beweisergebnisse und darauf basierende Tatsachenfeststellungen des Gerichtes frustriert werden. Ein simples Beispiel aus der Praxis: Der Mandant berichtet von einem Anspruch, unterlässt aber jeden Hinweis auf eine dem Anspruchsgegner aufrechenbar zustehende Gegenforderung. Der Rechtsanwalt lässt sich hinsichtlich des Honorars auf eine Streitanteilsvereinbarung ein. Der Prozess- und damit sein Honorarerfolg scheitern an dem für ihn *ex ante* nicht absehbaren, erfolgreichen Compensando-Einwand des Prozessgegners. Der Mandant hat ohne Honorarverpflichtung ggü seinem Anwalt prozessiert und konnte somit risikolos eine Anspruchsdurchsetzung zumindest versuchen.

c) Schließlich ist das dritte Kriterium, nämlich eine allfällige Beeinträchtigung der Objektivität des RA, der eine Streitanteilsvereinbarung eingegangen ist, zu beleuchten.

Meiner Ansicht nach führt eine stärkere Involvierung des RA in das Prozessschicksal seines Mandanten mitnichten zu einer Gefährdung seiner Objektivität. Wie erwähnt, ist es eine der bedeutsamsten Pflichten des RA, die Rechte seiner Partei gegen jedermann mit Eifer, Treue und Gewissenhaftigkeit zu vertreten. Diese als Sorgfaltsgebot iSd § 1299 ABGB zu qualifizierende Standesregel verpflichtet den RA ebenso wie § 1009 ABGB, die Interessen seines Mandanten zu wahren und vor seine eigenen zu stellen. Da diese Sorgfalt auch die gebotene Objektivität im Sinne einer rationalen Konfrontation mit der Streitsache umfasst, ist das Objektivitätsgebot auch im Fall einer Streitanteilsvereinbarung gewahrt.

⁷⁷⁹ Ein Bonmot unter Anwälten besagt in diesem Sinne, dass der größte Feind des Anwaltes sein eigener Mandant ist.

Vor allem aber ist neuerlich zu betonen, dass eine erhöhte Involvierung des RA im Sinne einer stärkeren Identifikation mit dem Rechtsstreit mit aller Voraussicht die Vornahme unnötiger Verfahrensschritte unterbinden würde.

Daraus lässt sich insgesamt ableiten, dass ein Übervorteilungsverbot zwar durchaus legitim und adäquat erscheint. Diesem Verbot wird durch das auch auf das Erfolgshonorar anzuwendende Angemessenheitsgebot aber bereits hinreichend Rechnung getragen. Das Standesansehen erscheint demgegenüber als ein antiquiertes und anachronistisches Schutzgut. Zumal, wenn dieser Schutzzweck dem zumindest ebenso legitimen Interesse des Rechtsanwaltsstandes an marktorientierten, mandantenfreundlichen, modernen Abrechnungsalternativen, wie sie das *pactum de quota litis* unter den zu beachtenden Einschränkungen durchaus zu bieten imstande ist, hinderlich ist. Und schließlich ist mit den aufgezeigten Argumenten eine Streitanteilsvereinbarung aufgrund der bestehenden strengen standes- wie auch zivilrechtlichen Regeln auch über den Verdacht einer Beeinträchtigung der Qualität der Leistungserbringung durch geringere Objektivität erhaben. Sollte die Objektivität tatsächlich tangiert werden, so wird sich das auf Zivilverfahren nach allgemeiner Lebenserfahrung eher zu Gunsten des Mandanten auswirken.

6.4.2 Rechtsfolgen des § 879 Abs 2 Z 2 ABGB

Die mittlerweile hM⁷⁸⁰ sieht im Verbot der *quota litis* ausschließlich eine Individualschutznorm, die den Mandanten vor Ausbeutung durch den Rechtsfreund bewahren soll. Ein Verstoß gegen das Verbot führt nach der aktuellen Rsp⁷⁸¹ zu relativer Nichtigkeit, wie mittlerweile selbst *Krejci*⁷⁸² einräumt. Unberücksichtigt blieb bislang, dass der OGH mit diesem im AWD-Fall ergangenen Urteil von seiner ständigen Rsp, wonach ein Verstoß gegen das *Quota-litis*-Verbot absolute Nichtigkeit bewirkt,⁷⁸³ abwich. Näheres dazu unter Kap 6.4.5, das sich mit dem Thema Prozessfinanzierung und insbesondere dem AWD-Fall auseinandersetzt.

Die neue Judikatur hat zur Folge, dass sich nur der Klient, nicht aber der Rechtsfreund oder gar ein Dritter auf die Nichtigkeit der getroffenen Streitanteilsvereinbarung berufen können.⁷⁸⁴

Den unter Kap 5 getroffenen Ausführungen zufolge führt ein Verstoß gegen das Verbot nicht zur Total-, sondern lediglich zur Teilnichtigkeit des Anwaltsvertrages im Umfang der Regelung der Honorarermittlung. Da die Honorarermittlungsmethode *per se* keinen wesentlichen Vertragsbestandteil darstellt, ist der Anwaltsvertrag auch ohne diesen

⁷⁸⁰ OGH 23.02.1999 5 Ob 28/99z = RdW 1999, 463; OGH 19.09.2000 10 Ob 91/00f; VfGH 24.09.2008 B 330/07 = VfSlg 18.541 = ÖZW 2009, 45 (*Rohregger*) = RdW 2008, 715 = ZAK 2008, 683; *Krejci* in *Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 516; *Bollenberger* in *KBB*⁴ § 879 Rz 16; *Apathy/Riedler* in *Schwimann/Kodek IV*⁴ § 879 Rz 16; *Parzmayer/Schobel*, Prozesskostenfinanzierung: zulässiges Erfolgshonorar oder verbotene *quota litis*? ÖJZ 2011, 535 ff; *Oberhammer*, Sammelklage, *quota litis* und Prozessfinanzierung, *ecolex* 2011, 974; *Keinert* in *Buchegger/Holzhammer* BeitrZPR I 94, 99.

⁷⁸¹ OGH 27.02.2013 6 Ob 224/12b.

⁷⁸² *Krejci* in *Rummel/Lukas*, TB 859 – 916⁴ § 879 Rz 516; *Slonina*, HG Wien: VKI-Prozessfinanzierungsmodell für AWD-Sammelklagen verstößt nicht gegen § 879 Abs 2 Z 2 ABGB, *ecolex* 2012, 315.

⁷⁸³ OGH 10.12.1952 3 Ob 633/52; OGH 09.02.1955 2 Ob 956/54; OGH 07.09.1955 2 Ob 390/55 = JBI 1955, 624; OGH 04.11.1959 3 Ob 432/59; OGH 05.10.1966 6 Ob 311/66 = RZ 1967, 56 = SZ 39/160; OGH 26.04.2006 7 Ob 8/06m.

⁷⁸⁴ Nach der von *Krejci* ursprünglich vertretenen Ansicht (*Krejci*, Gilt das *Quota-litis*-Verbot auch für Prozessfinanzierungsverträge? ÖJZ 2011, 344 f) lag ein Zweck des *quota litis*-Verbots im Schutz öffentlicher Interessen, weshalb sich auch Dritte auf die – absolute – Nichtigkeit berufen können sollten (s dazu im Detail Kap 6.4.5).

Vertragsbestandteil als selbstständiges Rechtsgeschäft denkbar und existenzfähig. Aufgrund des Vorranges der Restgültigkeit vor der Totalnichtigkeit und weil sich aus dem Verbotszweck kein Totalverbot ableiten lässt, bleibt der Anwaltsvertrag somit mit Ausnahme der Honorarermittlungsmethode restgültig.

Der wegfallende Vertragsbestandteil ist interpretativ zu ersetzen, wobei bei der Interpretationsmethode zu differenzieren ist, ob es sich beim Anwaltsvertrag einerseits um einen Verbrauchervertrag oder eine vergleichbare Situation verdünnter Willensfreiheit handelt, oder ob sich Rechtsanwalt und Klient andererseits auf Augenhöhe gegenüber stehen (B to B).

Im ersten Fall ist eine geltungserhaltende Reduktion der vereinbarten Honorarermittlungsmethode unzulässig. Sie ist – wie unter Kap 5 extrapoliert - unter Anwendung dispositiven Rechts oder, wenn dieses erkennbar abbedungen wurde, im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung durch eine am Parteiwillen, respektive am hypothetischen Parteiwillen orientierte Regelung, sofern diese dem Schutzzweck der Norm gerecht wird, zu ersetzen, wenn das für den Verbraucher vorteilhaft ist und er an der Bestimmung festhalten will.

Liegt eine Situation verdünnter Willensfreiheit nicht vor, so ist die nichtigkeitsbedrohte Honorarermittlungsmethode, da es sich um einen Fall der qualitativen Nichtigkeit handelt, auf ein sicher und solid zulässiges Ausmaß einzuschränken. Dieses Ausmaß muss dem in § 15 Abs 3 RL-BA 2015 (vgl Kap 3.1) normierten Angemessenheitsgebot sowie den Tatbeständen des Wuchers und der *laesio enormis* Rechnung tragen. Das bedeutet jedoch nicht, dass das letztlich geschuldete Honorar im Rahmen der von RATG oder AHK

vorgegeben Grenzen⁷⁸⁵ liegen muss, denn die Anwendung dieser Bewertungsvorschriften wurde von den Vertragsparteien abbedungen, indem eine alternative Honorarermittlungsmethode vereinbart wurde.

Gemäß einer - aus 1962 stammenden - Entscheidung des OGH⁷⁸⁶ verbleibt dem RA ein Anspruch auf ein seiner Tätigkeit angemessenes Honorar.

6.4.3 Doppelvertretung?

*Jahoda*⁷⁸⁷ hat sich mit der interessanten Frage des Konfliktes zwischen dem Verbot der *quota litis* und dem Doppelvertretungsverbot auseinandergesetzt. Er weist darauf hin, dass eine dem anwaltlichen Objektivitäts- und Belehrungsgebot vergleichbare Regelung für Richter und Staatsanwälte (mit gewissen Ausnahmen) nicht bestehe. Der RA aber stehe schon aufgrund dieser Gebote in einem ständigen Interessenskonflikt hinsichtlich seines Honorars: Der Mandant will in aller Regel⁷⁸⁸ Gerichtsprozesse vermeiden, möglichst rasch einen Vergleich finden, die Bemessungsgrundlage möglichst niedrig und das Verfahren so kurz wie möglich halten. Der RA hat demgegenüber ein natürliches Interesse an der Prozessführung, priorisiert lebensnaher Weise grundsätzlich nicht die rasche Vergleichsfindung, ist an einer hohen Bemessungsgrundlage interessiert und wäre schließlich der Feind seines eigenen Honorars, wäre er langen Verfahren unhold.

Das ist nach der etwas exotischen, aber doch im Grunde nicht von der Hand zu weisenden Ansicht *Jahodas* mit dem Gebot der Vermeidung einer echten Doppelvertretung nicht in

⁷⁸⁵ Wie unter Kap 6.3.2 ausgeführt, sollen gemäß *Thiele* (Anwaltskosten³ 21) im Fall des Misserfolges gar Honorar-Untergrenzen definiert werden.

⁷⁸⁶ OGH 12.09.1962 6 Ob1 21/62 = RIS-Justiz RS0045179.

⁷⁸⁷ *Jahoda*, Doppelvertretung oder *quota litis*? AnwBl 1973, 183.

⁷⁸⁸ Freilich mit gewissen Ausnahmen, wenn zB der beabsichtigten Prozessführung schlicht irrationale Motive zu Grunde liegen!

Einklang zu bringen. Nur eine Gleichschaltung der Interessenslage würde es dem RA gebieten,⁷⁸⁹ „am gleichen Strang zu ziehen“. Das ermögliche – so *Jahoda* - die *quota litis*!

Dieser vereinzelte Standpunkt wurde von der hL nicht berücksichtigt, die *quota litis* bleibt zwar angefeindet, aber vorerst bestehen.

6.4.4 Provisionsverbot

Als weitere Spielart des Erfolgshonorars kann die ebenfalls erfolgsorientierte Provisionsvereinbarung betrachtet werden. Allerdings ist es dem RA gem § 51 RL-BA 1977⁷⁹⁰ standesrechtlich ausnahmslos untersagt, für seine Tätigkeit einen Maklerlohn (Provision) zu vereinbaren und entgegen zu nehmen. Nach dieser Bestimmung ist die Annahme einer Provision für anwaltliche Tätigkeit jedenfalls verboten. Erfolgt die Provisionsannahme für nichtanwaltliche Tätigkeiten, so hing bisher die Zulässigkeit davon ab, ob dies mit Ehre und Ansehen des Standes in Einklang zu bringen ist.⁷⁹¹ Dieses in der Vergangenheit von der Disziplinargerichtsbarkeit strikt ausgelegte⁷⁹² Verbot wurde vor allem von *Thiery*⁷⁹³ kritisiert, der dieses Verbot auf rein anwaltliche Tätigkeiten einschränken, eine Maklertätigkeit des RA aber zulassen will. Die OBDK hat sich *Thierys* Ansicht bereits angeschlossen.⁷⁹⁴ Gegenwärtig ist ein Aufhebungsantrag des OGH als Disziplinargericht für

⁷⁸⁹ An dieser Stelle der Argumentationskette verweigert *Jahoda* die – mE notwendige – Auseinandersetzung mit den Standesregeln, die dem RA eben die Tätigkeit im ausschließlichen Interesse des Klienten gebieten. Dieser Auseinandersetzung kann man sich jedoch ohne weiteres stellen: begründet doch gerade diese Pflicht den offenbaren, von *Jahoda* ja aufgezeigten, Interessenskonflikt!

⁷⁹⁰ „Dem Rechtsanwalt ist es ausnahmslos untersagt, für seine Tätigkeit einen Maklerlohn (Provision) zu vereinbaren oder entgegenzunehmen.“

⁷⁹¹ *Thiery* Pauschalhonorarvereinbarung 440; OGH 16.01.1997 8 Ob 4/97 = immolex 1998, 13; *Strasser in Rummel*³ § 1002 Rz 20 und 26; OBDK 20.11.1972 Bkd 42/72.

⁷⁹² *Pilshofer*, Honorarvereinbarungen 223; VfGH 11.10.1982 B 229/79 = VfSlg 9537/1982.

⁷⁹³ *Thiery*, Die Pauschalhonorarvereinbarung, AnwBI 2006, 440.

⁷⁹⁴ OBDK 10.12.2007 2 Bkd 3/07 = AnwBI 2008, 325.

RA gem Art 89 Abs 2 B-VG iVm Art 139 Abs 1 Z 1 B-VG hinsichtlich § 51 RL-BA 1977 wegen Gesetzwidrigkeit beim VfGH anhängig.⁷⁹⁵

Die RL-BA 1977 sind mit Ablauf des 31.12.2015 außer Kraft getreten, für Sachverhalte bis einschließlich 31.12.2015 gelten sie weiterhin. Die seit 01.01.2016 anwendbaren RL-BA 2015 weisen eine § 51 RL-BA 1977 vergleichbare Bestimmung nicht mehr auf. Das bedeutet allerdings nicht *per se*, dass eine Provisionsannahme durch einen RA nunmehr standesrechtlich zulässig wäre. Vielmehr ist die Zulässigkeit anhand der Umstände des Einzelfalles allenfalls im Lichte einer Berufspflichtenverletzung iSv § 1 Abs 1 DSt (vgl Kap 3.1) zu prüfen.

6.4.5 Prozessfinanzierung

Unter Prozessfinanzierung wird eine Finanzdienstleistung verstanden, die die Zielsetzung verfolgt, die (gegnerischen wie die eigenen) Prozesskosten für die gerichtliche oder außergerichtliche Durchsetzung eines zivilrechtlichen Anspruches im Gegenzug gegen eine Beteiligungsquote am Prozesserfolg zu übernehmen. Dem Prozessfinanzierer wird somit ein Streitanteil dafür eingeräumt, dass er das Prozesskostenrisiko übernimmt.

*Mair*⁷⁹⁶ hat sich in seiner Dissertation intensiv mit der Frage auseinander gesetzt, ob die zunehmend an Bedeutung gewinnende gewerbliche Prozesskostenfinanzierung mit dem Verbot der *quota litis* in Einklang zu bringen ist.

Vor allem im Zuge des „AWD-Verfahrens“ wurde intensiv diskutiert,⁷⁹⁷ ob der Prozessfinanzierer als Prozessfreund iSd § 879 Abs 2 Z 2 ABGB zu qualifizieren ist.

⁷⁹⁵ OGH 15.06.2015 26 Os 9/14i = Anwbl 2015, 543 = Zak 2015, 263. Bislang ist in dieser Angelegenheit noch keine Endentscheidung ergangen (Stand 02 2017).

⁷⁹⁶ *Mair*, Prozessfinanzierung und das Verbot der Vereinbarung einer *quota litis* 133 ff.

Dem Verfahren lag – vereinfacht zusammengefasst – folgender Sachverhalt zu Grunde: Der VKI klagte AWD, ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen, vor dem HG Wien auf Schadenersatz betreffend Immofinanzaktien. Die Schadenersatzansprüche wurden dem VKI von Verbrauchern im Wege der Inkassoession abgetreten. Die im Wege einer Klagshäufung gem § 227 ZPO eingebrachte Klage wurde von einer deutschen Prozessfinanzierungsgesellschaft, FORIS, finanziert. FORIS beschäftigte deutsche, aber keine österreichischen Rechtsanwälte. Im Erfolgsfall sollte den Anlegern, deren Klagen gebündelt eingebracht wurden, nicht der gesamte erstrittene Erlös zukommen; ein Anteil daran (max 40 %) gehörte dem Prozessfinanzierer. Dem VKI kam die Organisation der „Sammelklagen nach österreichischem Recht“, dem Prozessfinanzierer die Finanzierung dieser Klagen zu. Die Prozessvertretung erfolgte durch einen vom VKI beigezogenen und beauftragten Rechtsanwalt. Der Prozessfinanzierer ließ die Erfolgsaussichten der Klagsführung aufgrund eines vom VKI-Anwalt erstellten Positionspapiers durch seine Rechtsanwälte prüfen. Diese hatten zu keinem der Anleger Kontakt. Die Abtretungsvereinbarungen der Anleger an den VKI stammen aus 2009.⁷⁹⁷ Am 02.10.2009 wurde die Sammelklage eingebracht. Die Prozessfinanzierungsgesellschaft begleitete das Gerichtsverfahren, indem sie durch ihre juristischen Mitarbeiter regelmäßig als Zuseher an den Tagsatzungen teilnahm und die wechselseitig erstatteten Schriftsätze zur Kenntnis nahm. In diesem Zusammenhang wurden von der Prozessfinanzierungsgesellschaft regelmäßig die Erfolgsaussichten des Verfahrens evaluiert, um das Prozesskostenrisiko laufend bewerten zu können.

⁷⁹⁷ OGH 23.09.2013 6 Ob 224/12b = Zak 2013, 119 = ZFR 2013, 147 = RdW 2013, 268 = AnwBl 2013, 331 = EvBl-LS 2013/94 = ecollex 2013, 533 = ÖBA 2013, 1943 = Klauser, VbR 2013, 12 = MietSlg 65.132.

⁷⁹⁸ Das verfahrensgegenständliche Teilzwischenurteil erging nicht gegenüber allen, sondern aus pragmatischen Erwägungen nur gegenüber einer einzelnen Anlegerin, deren Abtretungsvertrag konkret am 22.03.2009 unterfertigt wurde.

Nachdem das HG Wien Sammelklagen gegen AWD zugelassen hat, hat dieser eingewandt, dass die Zedentin (FORIS) gesetzwidriger Weise gegen Erfolgsquote finanziere, also eine unzulässige Streitanteilsvereinbarung eingegangen sei, und damit – infolge deren absoluter Nichtigkeit - auch die erfolgten Abtretungen an den VKI unwirksam seien. Deshalb seien die Klagen mangels Aktivlegitimation abzuweisen gewesen. Der von AWD eingenommene Prozesstandpunkt der mangelnden Klagslegitimation stützte sich auf ein Privatgutachten von *Krejci*,⁷⁹⁹ der den Prozesskostenfinanzierer als „Rechtsfreund“ und die Nichtigkeit als absolute qualifizierte. Laut *Krejci* handle es sich bei § 879 Abs 2 Z 2 ABGB um einen Fall absoluter Nichtigkeit, weil das *Quota-litis*-Verbot auch den Schutz öffentlicher Interessen bezwecke, weshalb sich auch der Rechtsfreund oder selbst ein sonstiger Prozessgegner (*hic* AWD) auf das absolute Verbot berufen könne.⁸⁰⁰

Die zit Ansicht *Krejci*s stieß in der Literatur⁸⁰¹ auf Kritik und wurde insbesondere durch Gegengutachten von *P. Bydlinski*⁸⁰² und *Oberhammer*⁸⁰³ sowie letztlich durch die Rsp⁸⁰⁴ entkräftet.

Der OGH⁸⁰⁵ schloss sich *P. Bydlinski*⁸⁰⁶ und *Oberhammer*⁸⁰⁷ an und widersprach der Ansicht *Krejci*s. Wie schon die Vorinstanzen,⁸⁰⁸ qualifizierte er die durch einen – allfälligen - Verstoß

⁷⁹⁹ *Krejci*, Gilt das *Quota-litis*-Verbot auch für Prozessfinanzierungsverträge? ÖJZ 2011, 346 ff.

⁸⁰⁰ *Krejci*, Gilt das *Quota-litis*-Verbot auch für Prozessfinanzierungsverträge? ÖJZ 2011, 344 f.

⁸⁰¹ *Kodek*, Massenverfahren und Verfahrensmassen, Einige Gedanken zur aktuellen Diskussion, Zak 2012, 66; *Karauscheck*, Prozesskostenfinanzierung – ein weitgehend ungeregeltes Glücksgeschäft, VR 2012, 21.

⁸⁰² Rechtsgutachten *P. Bydlinski* vom 13.09.2010, zit in *Klauser* Sammelklagen von Verbraucherorganisationen in *Reiffenstein/Blaschek*, Konsumentenpolitisches Jahrbuch 2011, 289.

⁸⁰³ *Oberhammer*, Sammelklage, *quota litis* und Prozessfinanzierung, ecolex 2011, 972 ff.

⁸⁰⁴ OGH 27.02.2013 6 Ob 224/12b = Zak 2013, 119 = ZFR 2013, 147 = RdW 2013, 268 = AnwBl 2013, 331 = EvBl LS 2013/94 = ecolex 2013, 533 = ÖBA 2013/1943 = *Klauser* VBr 2013, 12 ff; differenzierend *Parzmayr/Schobel*, Prozesskostenfinanzierung: zulässiges Erfolgshonorar oder verbotene *quota litis*? ÖJZ 2011, 535 ff.

⁸⁰⁵ OGH 27.02.2013 6 Ob 224/12b = Zak 2013, 119 = ZFR 2013, 147 = RdW 2013, 268 = AnwBl 2013, 331 = EvBl-LS 2013/94 = ecolex 2013, 533 = ÖBA 2013, 1943 = *Klauser*, VbR 2013, 12 = MietSlg 65.132.

⁸⁰⁶ Rechtsgutachten *P. Bydlinski* vom 13.09.2010, zit in *Klauser* Sammelklagen von Verbraucherorganisationen in *Reiffenstein/Blaschek*, Konsumentenpolitisches Jahrbuch 2011, 289.

gegen das *Quota-litis*-Verbot begründete Nichtigkeit als relative Nichtigkeit, auf die sich nur der durch die Norm Geschützte berufen kann.

Der OGH führte aus, dass bei teilweiser Unerlaubtheit einer Vereinbarung infolge angeblichen Verstoßes gegen das *Quota-litis*-Verbot des § 879 Abs 2 Z 2 ABGB nicht nach dem hypothetischen Parteiwillen, sondern nach dem Zweck der Verbotsnorm zu beurteilen sei, ob der Vertrag teilweise gültig oder zur Gänze ungültig ist,⁸⁰⁹ wobei der von der Gesetzeslage gewährte Spielraum im Sinn einer Entscheidung für grundsätzliche Restgültigkeit zu nutzen sei.⁸¹⁰ Das *Quota-litis*-Verbot diene nach hL⁸¹¹ dem Mandantenschutz und der Standesehre, nicht aber dem Schutz des Prozessgegners.

Dem OGH ist meines Erachtens mit zwei Einschränkungen zu folgen: Zum einen verwirklicht der Schutz der Standesehre entgegen der Ansicht des OGH sehr wohl einen Schutzzweck, der im öffentlichen Interesse liegt. Wenngleich der Rechtsanwaltsstand zweifellos nicht schlechthin als Öffentlichkeit zu qualifizieren ist, geht es doch um einen lediglich abstrakt umschriebenen Personenkreis, der als solcher sehr wohl Teil der Öffentlichkeit ist, weil er in keiner Weise individualisiert wird.

Zum anderen geht es aber vor allem um ein sehr abstraktes Schutzgut, nämlich die „Standesehre“. Wie bereits in den Kap 3.4 und insb 6.4.1 extrapoliert, mutet der Schutz der Standesehre anachronistisch an. Viel plausibler ließen sich – *prima vista* - wirtschaftliche

⁸⁰⁷ Oberhammer, Sammelklage, *quota litis* und Prozessfinanzierung, *ecolex* 2011, 972 ff.

⁸⁰⁸ HG Wien 07.12.2011 GZ 47 Cg 77/10s-58; OLG Wien als Berufungsgericht 23.08.2012 GZ 3 R 41/12i-62.

⁸⁰⁹ RIS-Justiz RS0016431; Apathy/Riedler in Schwimann/Kodek IV⁴ § 879 Rz 37 FN 560; Bollenberger in KBB⁴ § 879 Rz 29; Graf in ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 230.

⁸¹⁰ RIS-Justiz RS0016431.

⁸¹¹ VfGH 24.09.2008 B 330/07 VfSlg 18.541 = ÖZW 2009, 45 (Rohregger) = RdW 2008, 715 = ZAK 2008, 683; Benn-Ibler, Schlusspunkt, AnwBl 2008, 471; Kutis, Das „*pactum de quota litis*“ in Österreich, AnwBl 2008, 485; G. Kodek, Massenverfahren und Verfahrensmassen: Einige Gedanken zur aktuellen Diskussion, Zak 2012, 66.

Argumente als Grundlage für das Verbot einsetzen. Eine wirtschaftliche Absicherung des Rechtsanwaltsstandes dürfte aber wiederum – vgl Kap 6.4.1 - mit den unionsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften konfligieren.

Selbst wenn der Schutz der Standesehre einerseits tatsächlich noch als Schutzzweck für das *Quota-litis*-Verbot valide und andererseits – meiner Ansicht folgend - als im öffentlichen Interesse gelegen zu qualifizieren wäre, ließe sich daraus noch immer keine absolute Wirkung der Nichtigkeit ableiten. Der Position des Prozessgegners oder eines Dritten wäre dadurch somit nicht geholfen, weil sich aus dem Schutz von Standesinteressen nichts für deren individuelle Schutzwürdigkeit gewinnen ließe.

§ 879 Abs 2 Z 2 ABGB begründet demnach seit dem Judikat 6 Ob 224/12b⁸¹² eine relative Nichtigkeit.

Bemerkenswert ist, dass der OGH ohne Beiziehung eines verstärkten Senats iSv § 8 Abs 1 OGHG von seiner ständigen Rsp abweicht, obwohl angesichts der erheblichen Tragweite dieser Entscheidung zweifellos eine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung vorlag. Bis zu dieser Entscheidung war nämlich seit den Restitutionsfällen der 50er-Jahre (vgl dazu den Exkurs unter Kap 6.6) ständige Rsp des OGH:⁸¹³ *Die Vereinbarung, dass ein Rechtsanwalt für die Vertretung in einer Rückstellungssache 1/10 des ersiegten Kapitals bekommen solle, verstößt gegen das Verbot der Quota litis und zieht absolute Nichtigkeit dieser Vereinbarung nach sich. Das Verbot der quota litis ist auch im Interesse des Ansehens des Rechtsanwaltsstandes erfolgt und ist durch die Aufnahme in die RAO der rein privatrechtlichen Sphäre entrückt und zu einer zwingenden Norm geworden, die das Gericht*

⁸¹² OGH 27.02.2013 6 Ob 224/12b.

⁸¹³ OGH 10.12.1952 3 Ob 633/52; OGH 09.02.1955 2 Ob 956/54; OGH 07.09.1955 2 Ob 390/55 = JBl 1955, 624; OGH 04.11.1959 3 Ob 432/59; OGH 05.10.1966 6 Ob 311/66 = RZ 1967, 56 = SZ 39/160; OGH 26.04.2006 7 Ob 8/06m.

von Amts wegen wahrzunehmen hat. Mangels einer erlaubten Vereinbarung können daher auch in einer Rückstellungssache nur tarifmäßige Vertretungskosten begehrt werden.

Überdies findet das Verbot auf Prozessfinanzierer grundsätzlich keine Anwendung, solange der Prozesskostenfinanzierer den Prozess nicht selbst führt oder Rechtsberatung erteilt, also kein rechtliches oder faktisches Naheverhältnis zwischen Finanzierer und RA geschaffen wird.⁸¹⁴ Das steht auch im Einklang mit der bisherigen höchstgerichtlichen Rsp,⁸¹⁵ wonach eine Ausdehnung des Anwendungsbereiches des *Quota-litis*-Verbotes auf nicht zu den berufsmäßigen Parteienvertretern gehörende Berufe nicht gerechtfertigt ist (hier: keine Anwendung auf "Versicherungsberater" und "Schadenshelfer").

6.4.6 Unzeitgemäße Honorargestaltung

Wie bereits unter Kap 6.4.3 erwähnt, ist unter Berufung auf *Gschnitzer*⁸¹⁶ die Zulässigkeit des sogenannten *palmariums*, des Erfolgshonorars, mittlerweile relativ unstrittig.⁸¹⁷ Die laufende Zunahme des Wettbewerbs unter Rechtsanwälten⁸¹⁸ fordert eine höhere Flexibilität, unter anderem selbstverständlich auch bei der Honorargestaltung. Generell wird die Honorargestaltung des RA nämlich von der rechtssuchenden Bevölkerung als eigenwillig, nicht besonders transparent und vor allem unzeitgemäß betrachtet.⁸¹⁹

⁸¹⁴ *Mair*, Prozessfinanzierung 161; so bereits OGH 24.06.2002 5 Bkd 1/02.

⁸¹⁵ RIS-Justiz RS0016813 = OGH 11.12.1984 4 Ob 358/83 = ÖBl 1985, 71; OGH 26.04.1989 3 Ob 512/89 = ZVR 1989, 343; OGH 23.02.1999 5 Ob 28/99z; OGH 26.04.2006 7 Ob 8/06m mit dem Beisatz, dass das Verbot nur für Honorarvereinbarungen von Rechtsanwälten, Notaren und Angehörigen der Berufsgruppe der Wirtschaftstreuhänder (Wirtschaftsprüfer, Buchprüfer und Steuerberater) gilt.

⁸¹⁶ *Gschnitzer* in *Klang IV/I*² 197; OGH 15.02.1973 6 Ob 240/72 = RIS-Justiz RS0016810.

⁸¹⁷ OGH 23.02.1999 5 Ob 28/99z; RIS-Justiz RS0111489.

⁸¹⁸ Zum 31.12.2016 gab es in Österreich 6.132 Rechtsanwälte und 2.202 Rechtsanwaltsanwärter, davon alleine in Wien 2.944 Rechtsanwälte und 1.321 Rechtsanwaltsanwärter (Quelle <http://www.rechtsanwaelte.at/kammer/kammer-in-zahlen/mitglieder/> abgefragt am 06.06.2017, 17:40).

⁸¹⁹ Zur Veranschaulichung des öffentlichen Bildes von der tariflichen Entlohnung des Rechtsanwaltes ein illustratives fiktives Beispiel (nach *Hübner/Lami*, Honorargestaltung gegen alle Regeln¹, Köln, 2005, 49; frei zitiert nach *Thiery*, Pauschalhonorarvereinbarung, 431): „Was Fluglinien von Anwälten gelernt haben: Sie wollen ein Flugticket nach Frankfurt kaufen. „Kein Problem“, sagt die freundliche Mitarbeiterin der Fluglinie, „aber bevor ich das Ticket ausstelle, möchte ich Sie gerne über unsere neue Verrechnungsweise informieren. Wir haben auf eine Verrechnung nach Flugminuten umgestellt.“

Hinzu kommt, dass im nicht forensischen Bereich gesetzliche Gebührenordnungen und die Einflussnahme des Ständerechts auf die Honorargestaltung – wie bereits in Kap 6.2.3 erwähnt - verstärkt ins Visier des europäischen Kartellrechts geraten.

Dem zulässigen Erfolgshonorar kommt daher zunehmende Bedeutung zu. Es ist allerdings zu beachten, dass das in § 15 Abs 3 RL-BA 2015 (vgl Kap 3.1) verankerte standesrechtliche Angemessenheitsgebot auf das Erfolgshonorar grundsätzlich ebenso anzuwenden ist, wie auf

Derzeit verrechnen wir einen Basis-Tarif von EUR 3,00 pro Flugminute. Im Übrigen beginnt die Zeit beim Check-in zu laufen und endet, sobald Sie das Gepäck in der Ankunftshalle vom Band nehmen. Die Rechnung schicken wir Ihnen dann zwei Monate nach dem Flug.“ Sie sind einigermaßen überrascht. Die freundliche Dame fährt fort: „Wie gesagt, die EUR 3,00 sind der Basis-Tarif. Wir passen diesen Tarif an, je nachdem wie voll die Maschine ist. Wenn nicht alle Plätze besetzt sind, müssen wir den Tarif entsprechend anpassen. Natürlich erhöht sich der Preis pro Minute auch bei Rückenwind. Schließlich müssen wir beim endgültigen Tarif auch noch Ihr Einkommen berücksichtigen. Je mehr einer unserer Passagiere verdient, desto mehr müssen wir bei einem Absturz an die Hinterbliebenen bezahlen. Sie sehen wie ein Steuerberater aus und gehören sicher zu den Spitzenverdienern, sodass sich bei Ihnen der Tarif vervierfacht.“ Sie sind erstaunt über diese Tarifpolitik und spaßen (noch): „Aber wie viel wird mich der Flug dann letztlich kosten? Wie kann ich feststellen, ob Ihre Abrechnung stimmt? Und wer sagt mir, dass Sie nicht absichtlich die Geschwindigkeit drosseln?“ Die Mitarbeiterin schaut Sie über ihren Brillenrand hinweg an und sagt: „Ich sehe, Sie sind mit der Komplexität des Flugverkehrs nicht ganz vertraut. Da gibt es eine ganze Reihe von Dingen, die wir nicht vorhersehen können. Wind, Wetter, Verspätungen, Routenänderungen. Fluglinien sind Wirtschaftsunternehmen und müssen Gewinne machen, um am Leben zu bleiben. Aber wenn Sie unsere Rechnung dann in zwei Monaten bekommen, erhalten Sie eine genaue und detaillierte Aufstellung. Wir versichern Ihnen, dass wir bei der Abrechnung der Flugminuten ehrlich und sehr sorgfältig vorgehen. Falls Sie dabei Fragen haben, zögern Sie bitte nicht uns einfach anzurufen.“ Flüsternd ergänzt sie noch: „Aber nur, damit wir uns richtig verstehen: Falls Sie die Rechnung nicht prompt und zur Gänze bezahlen, können Sie nicht mehr mit unserer Fluglinie fliegen.“ „Gibt es vielleicht noch etwas, das ich wissen sollte?“, fragen Sie. Die Mitarbeiterin lächelt und erklärt: „Auf Ihrem Flug ist ein neuer Kopilot in Ausbildung. Für seine Leistungen verrechnen wir zusätzlich 50 Cent pro Minute. Sie wissen ja, Kopiloten sind heutzutage sehr wichtig. Sie tragen die Flugkarten des Kapitäns, an klaren Tagen fliegen sie selbst und sie landen sogar das Flugzeug, wenn der Pilot anderweitig beschäftigt ist. Außerdem, wenn Sie wieder mit uns fliegen, wird der Kopilot vielleicht schon Ihr Pilot sein. Das sind doch tolle Aussichten, oder? Ein weiterer Punkt ist dass wir für die Verwendung der computerunterstützten Routenplanung eine fixe Gebühr von EUR 100,00 verrechnen und Ihnen diverse Kleinigkeiten wie Zeitung, Kaffee oder Ähnliches als Barauslagen in Rechnung stellen.“ „Aber ich wollte doch nur zu einer Besprechung nach Frankfurt und danach wieder nach Hause fliegen. Jetzt weiß ich nicht mehr, ob ich überhaupt fliegen soll“, seufzen Sie. Noch einmal lächelt die Mitarbeiterin: „Erfahrene Passagiere kommen zu dem Schluss, dass die Kosten für Flüge einfach zur Berufsausübung dazu gehören. Was es letztlich ausmacht, können Sie eben erst genau wissen, sobald sie die Rechnung erhalten haben. Und dann können Sie es auch nicht mehr ändern.“ Sie versuchen es ein letztes Mal: „Warum können Sie mir nicht einfach jetzt einen Preis sagen und ich entscheide mich dann, ob ich fliege oder nicht?“ Die Mitarbeiterin wirft Ihnen einen drohenden Blick zu: „Das können wir doch nicht machen. Das wäre Ihnen gegenüber nicht fair. Wir könnten Ihnen zu viel verrechnen und Sie wären damit unglücklich. Oder wir unterschätzen uns beim Preis, dann würde die Fluglinie einen Verlust machen und könnte die Flugzeuge nicht entsprechend warten. Und das wollen wir doch sicher nicht!“ Dann haben Sie endgültig aufgegeben und haben begonnen, die Verrechnung von Fluglinien zu hassen...“ (frei übersetzt nach Richard Reed – Billing Innovations).

jede andere frei vereinbarte Honorarart. Wie in Kap 6.4 dargestellt, liegen diese Grenzen, *Thiery* folgend, in der Verhältnismäßigkeit zwischen der zusätzlichen Gewinnmöglichkeit und der Abzugsmöglichkeit im Fall des Misserfolges. Seiner zusätzlich geforderten Berücksichtigung der „zu starken Involvierung“ des RA wurde mit den im Kap 6.4 angeführten Argumenten bereits Rechnung getragen.

Die nach wie vor unzulässige Streitanteilsvereinbarung stellt eine – im Interesse des Mandanten liegende - Variation der schlichten Erfolgshonorarvereinbarung dar. Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber den sich auch für Rechtsanwälte laufend ändernden Rahmenbedingungen, namentlich dem Bedürfnis des Marktes nach einer transparenten Junktimierung von Leistung und Honorar bei Berücksichtigung der Ausgewogenheit der Kräfteverhältnisse der Marktteilnehmer, Rechnung trägt.

Um einen missbräuchlichen Einsatz der *quota litis* zu unterbinden, indem vor allem eine Benachteiligung des schwächeren Vertragsteils, vor allem, wenn es sich um einen Verbraucher handelt, verhindert wird, bedarf es der Definition von Rahmenbedingungen innerhalb derer eine Streitanteilsvereinbarung *de lege ferenda* zulässig sein könnte. Um diese Rahmenbedingungen zu definieren, bietet sich ein umfangreicher Exkurs in die deutsche Rechtslage an:

6.5 Rechtsvergleich zu Deutschland

In Deutschland waren Erfolgshonorarvereinbarung – im Gegensatz zu Österreich - in der Vergangenheit generell unzulässig.⁸²⁰ Allerdings besteht seit 01.07.2008 eine neue Rechtslage in Bezug auf Erfolgshonorare.⁸²¹ Die §§ 3a ff dRVG und § 49b dBRAO normieren die ausnahmsweise Zulässigkeit von Erfolgshonoraren, wenn der Klient andernfalls aufgrund seiner wirtschaftlichen Lage auf eine Rechtsverfolgung verzichten müsste.

Seit einem jüngst ergangenen Urteil des dBGH⁸²² (im Detail Kap 6.5.1) ist das Erfolgshonorar in Deutschland aber praktisch frei. Das dRVG verkörpert demnach *de facto* nur noch eine Mandanten-Schutzvorschrift, aber keine Marktordnungsregel mehr. Die vereinbarte Vergütung kann gemäß dem zitierten Judikat nunmehr bis zur Höhe der gesetzlichen Gebühren gefordert werden.

Das dRVG sieht eine deutliche Abgrenzung zur Beratungs- und Prozesskostenhilfe⁸²³ vor: bei der Zulässigkeit einer Erfolgshonorarvereinbarung wird auf eine verständige Betrachtung des konkreten Auftraggebers und seiner individuellen wirtschaftlichen Situation, also seine individuelle Risikobewertung, abgestellt. Es kommt demnach nicht darauf an, ob der Auftraggeber die Prozesskosten nicht, nur zum Teil, oder nur in Raten aufbringen kann, wie das § 114 dZPO für die Prozesskostenhilfe fordert, sondern auch ein Auftraggeber, der vermögend ist und keine Prozesskostenhilfe erhalten würde, kann legitimes Interesse an einer

⁸²⁰ Feil/Wennig, Anwaltsrecht⁷ 117.

⁸²¹ Auch im anglo-amerikanischen Raum sind Erfolgshonorarvereinbarungen, sogenannte *contingency fees*, seit langem Gang und Gäbe; einen Überblick über die US-amerikanische Rechtslage bietet bspw. Kritzer, *Risks, Reputations, and Rewards: Contingency Fee Legal Practice in the United States*, Stanford, 2004, 258 f.

⁸²² dBGH, 05.06.14 IX ZR 137/12.

⁸²³ Vergleichbar mit der Verfahrenshilfe gem §§ 63 ff ZPO.

Erfolgshonorarvereinbarung haben, wenn er andernfalls aufgrund seiner wirtschaftlichen Lage auf die Anspruchsverfolgung verzichten müsste.⁸²⁴

Die jüngste dRsp des BVerfG und des BGH ist insofern von Bedeutung für die in Ö geführte Diskussion, als die gesetzliche Ausgangslage – wie oben aufgezeigt – einige Parallelen aufweist. In der Folge wird daher cursorisch auf das Erkenntnis des BVerfG vom 12.12.2006, auf Basis dessen die d Rechtslage in Bezug auf Erfolgshonorare grundlegend geändert wurde (Kap 6.5.1), und auf die Entscheidung des BGH vom 05.06.2014 (Kap 6.5.2) eingegangen, um eine allfällige Relevanz für die Ö Situation zu beleuchten.

6.5.1 Entscheidung des d Bundesverfassungsgerichts (BVerfG 12.12.2006 1 BvR 2576/04)

Im Unterschied zu Österreich waren in D gem § 49b Abs 2 dBRAO bis 2008 nicht nur das *pactum de quota litis*, also die Streitanteilsvereinbarung, sondern jede Art der Erfolgshonorarvereinbarung unzulässig.

Der Entscheidung des dBVerfG vom 12.12.2006, 1 BvR 2576/04, liegt folgender SV zugrunde: Ein Geschwisterpaar aus den USA hatte sich zur Verfolgung seiner Ansprüche im Zusammenhang mit einer im Eigentum ihres verstorbenen Großvaters gestandenen, von den Nationalsozialisten enteigneten, Liegenschaft in Dresden an eine deutsche Rechtsanwältin gewandt und, da die Mandanten keine Prozesskostenhilfe in Anspruch nehmen konnten, ein anteilsmäßiges Erfolgshonorar von einem Drittel des erstrittenen Anspruches angeboten. Die beauftragte RA behielt vom erstrittenen Entschädigungsanspruch von ca DM 300.000,00 vereinbarungsgemäß ein Honorar von ca DM 100.000,00 ein.⁸²⁵

⁸²⁴ Hänsch, Das anwaltliche Erfolgshonorar 21 ff.

⁸²⁵ BVerfG 12.12.2006 1 BvR 2576/04 R, Rz 17 bis 19.

Mit der zitierten Entscheidung hat das dBVerfG ausgesprochen, dass das Verbot von Erfolgshonoraren in seiner Allgemeinheit gegen das d Grundgesetz, namentlich gegen die Berufsausübungsfreiheit gem Art 12 Abs 1 dGG, verstößt.

Nach Ansicht des Gerichtshofes ist ein Ausnahmetatbestand für Fälle vorzusehen, „*in denen auf Grund der wirtschaftlichen Situation des Auftraggebers bei verständiger Betrachtung erst die Vereinbarung einer erfolgsbasierten Vergütung die Inanspruchnahme qualifizierter anwaltlicher Hilfe ermöglicht.*“⁸²⁶ Dieses Ausnahmetatbestandes bedarf es nicht in Angelegenheiten des Familien-, Straf- und in weiten Bereichen des öffentlichen Rechts, da hier in aller Regel „*keine Vermögenswerte generiert werden, die den Auftraggeber erst in die Lage versetzen, seine Anwaltskosten zu begleichen.*“⁸²⁷

Der dBVerfG hat drei Zielsetzungen anerkannt, die eine Einschränkung der anwaltlichen Privatautonomie, also ein Verbot von Erfolgshonorarvereinbarungen und insbesondere der *quota litis*, grundsätzlich rechtfertigen,⁸²⁸ nämlich

- Schutz der anwaltlichen Unabhängigkeit im Verhältnis zum eigenen Mandanten;⁸²⁹
- Schutz des Mandanten vor Übervorteilung und mittelbar Schutz des Vertrauens der Bevölkerung in die Integrität des Anwaltsstandes;⁸³⁰
- sowie Gewährleistung der Waffengleichheit zwischen Kläger und Beklagtem im Zivilprozess.⁸³¹

⁸²⁶ 1 BvR 2576/04 R, Rz 110.

⁸²⁷ 1 BvR 2576/04 R, Rz 110.

⁸²⁸ 1 BvR 2576/04 R, Rz 80.

⁸²⁹ 1 BvR 2576/04 R, Rz 85.

⁸³⁰ 1 BvR 2576/04 R, Rz 67.

⁸³¹ Dem Beklagten steht die Möglichkeit einer Anspruchsabwehr unter Inanspruchnahme einer Erfolgshonorarvereinbarung in aller Regel nicht offen; 1 BvR 2576/04 R, Rz 69.

Das Gesetzesverbot des § 49b Abs 2 dBRAO ist jedoch nach Ansicht des dBVerG unangemessen, da zum einen die anwaltliche Unabhängigkeit durch einschlägige standes- und strafrechtliche Sanktionen hinreichend gesichert ist,⁸³² weiters der Übervorteilungsschutz durch wirksamkeitsbedingende Aufklärungspflichten und Haftungsbestimmungen grundrechtsschonender ausgeübt werden kann⁸³³ und schließlich der Grundsatz der Waffengleichheit der Parteien gem dBVerfG kein ausnahmsloses Verbot von Erfolgshonoraren rechtfertigt.⁸³⁴

Das Institut der Prozesskostenhilfe⁸³⁵ steht nicht allen Rechtssuchenden zur Verfügung, da es an zu enge wirtschaftliche Voraussetzungen gebunden ist. Die Prozesskostenhilfe ist daher nicht geeignet, das gegebene Rechtsschutzdefizit zu kompensieren.⁸³⁶

Im Ergebnis wurde dem dGesetzgeber daher aufgetragen, das Verbot des § 49b Abs 2 dBRAO mit Ausnahmetatbeständen einzuschränken, was zu der umwälzenden Honorarrechtsnovelle 2008⁸³⁷ führte.

Nach der mit dieser Novelle erfolgenden Neuregelung⁸³⁸ verweist § 49b Abs 2 dBRAO nunmehr auf das dRVG. Erfolgshonorarvereinbarungen einschließlich der Streitanteilsvereinbarung sind (nur mehr) unzulässig, sofern das dRVG „*nichts anderes bestimmt*“.⁸³⁹ Überdies ist nun die Vereinbarung der Übernahme diverser Barauslagen (insb

⁸³² 1 BvR 2576/04 R, Rz 85.

⁸³³ 1 BvR 2576/04 R, Rz 89 ff.

⁸³⁴ 1 BvR 2576/04 R, Rz 100.

⁸³⁵ Entspricht im Wesentlichen der Verfahrenshilfe gem §§ 63 ff ZPO.

⁸³⁶ 1 BvR 2576/04 R, Rz 100.

⁸³⁷ DG v 12.06.2008 BGBl I S 1000, in Geltung seit 01.07.2008.

⁸³⁸ Änderung des § 4 dRVG, Anfügung eines § 4a und 4b, sowie Änderung des § 49b dBRAO, daneben auch Anpassung der Patentanwaltsordnung, des Steuerberatungsgesetzes, der Wirtschaftsprüferordnung und des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts.

⁸³⁹ Art 1 *leg cit.*

Gerichtsgebühren, Verwaltungskosten) sowie der gegnerischen Kosten ausdrücklich untersagt.

§ 4a dRVG⁸⁴⁰ sieht vor, dass ein Erfolgshonorar vereinbart werden darf, wenn

- a) ein Einzelfall vorliegt,
- b) der Mandant andernfalls aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse bei „verständiger Betrachtung“ von der Rechtsverfolgung abgehalten würde,
- c) die Vereinbarung ausdrücklich die gesetzliche Vergütung⁸⁴¹ und gegebenenfalls die erfolgsunabhängige vertragliche Vergütung erwähnt,
- d) ausdrücklich vereinbart wird, welche Vergütung unter welcher Bedingung gelten soll,
- e) die wesentlichen Gründe, die für die Bemessung des Erfolgshonorars bestimmend sind, festgehalten werden und
- f) ein ausdrücklicher Hinweis darauf erfolgt, dass die Vereinbarung keinen Einfluss auf die vom Mandanten zu tragenden Barauslagen und gegnerischen Kosten hat.

Wird gegen eine dieser Voraussetzungen verstoßen, so kann der RA gem § 4b dRVG⁸⁴² maximal die gesetzliche Vergütung fordern.

⁸⁴⁰ § 4a dRVG lautet: (1) Ein Erfolgshonorar (§ 49b Abs 2 Satz 1 BRAO) darf nur für den Einzelfall und nur dann vereinbart werden, wenn der Auftraggeber aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse bei verständiger Betrachtung ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars von der Rechtsverfolgung abgehalten würde. In einem gerichtlichen Verfahren darf dabei für den Fall des Misserfolgs vereinbart werden, dass keine oder eine geringere als die gesetzliche Vergütung zu zahlen ist, wenn für den Erfolgsfall ein angemessener Zuschlag auf die gesetzliche Vergütung vereinbart wird. Für die Beurteilung nach Satz 1 bleibt die Möglichkeit, Beratungs- oder Prozesskostenhilfe in Anspruch zu nehmen, außer Betracht. (2) Die Vereinbarung muss enthalten: die voraussichtliche gesetzliche Vergütung und gegebenenfalls die erfolgsunabhängige vertragliche Vergütung, zu der der Rechtsanwalt bereit wäre, den Auftrag zu übernehmen, sowie die Angabe, welche Vergütung bei Eintritt welcher Bedingung verdient werden soll. (3) In der Vereinbarung sind außerdem die wesentlichen Gründe anzugeben, die für die Bemessung des Erfolgshonorars bestimmend sind. Ferner ist ein Hinweis aufzunehmen, dass die Vereinbarung keinen Einfluss auf die gegebenenfalls vom Auftraggeber zu zahlenden Gerichtskosten, Verwaltungskosten und die von ihm zu erstattenden Kosten anderer Beteiligter hat.

⁸⁴¹ Das entspricht in Ö in etwa dem HN-Anspruch nach RATG.

Damit wurde vom d Gesetzgeber verglichen mit dem durch das dBVerG eingeräumten Spielraum ein relativ kleines Zugeständnis getroffen.⁸⁴³ Die Regelung ist insgesamt äußerst restriktiv, kompliziert und wenig praxistauglich.⁸⁴⁴ Allerdings enthält die neue Regelung etliche unbestimmte Gesetzesbegriffe, sodass ein erheblicher Auslegungsspielraum geschaffen wird, der in der Praxis wohl in beinahe jeder Fallkonstellation Gründe für eine erfolgsbasierte Honorarvereinbarung legitimieren wird, sofern sich RA und Mandant einig sind.⁸⁴⁵

In der deutschen Lehre wurde vor allem von *Kilian*⁸⁴⁶ kritisiert, dass sich die Zulässigkeit einer Erfolgshonorarvereinbarung auf jene Fälle beschränkt, in denen das von den wirtschaftlichen Verhältnissen des Mandanten indiziert ist. Andere, außergewöhnliche, Umstände (offenbar insbesondere die Themen Risikoübernahme, Vorfinanzierung) wurden nicht berücksichtigt. Vor allem kritisiert *Kilian*,⁸⁴⁷ dass die Übernahme der gegnerischen Verfahrenskosten untersagt ist und somit eine Prozessfinanzierung gegen Abtretung von Kostenersatzansprüchen ausgeschlossen ist.

⁸⁴² § 4b dRVG lautet: *Aus einer Vergütungsvereinbarung, die nicht den Anforderungen des § 3a Abs 1 Satz 1 und 2 oder des § 4a Abs 1 und 2 entspricht, kann der Rechtsanwalt keine höhere als die gesetzliche Vergütung fordern. Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die ungerechtfertigte Bereicherung bleiben unberührt.*

⁸⁴³ Dem Gesetzgeber wurde vom dBVerG aufgetragen, eine gesetzliche Neuregelung zu erlassen, wobei diese Regelung lediglich Ausnahmetatbestände zulassen („kleine Lösung“), aber auch die völlige Aufgabe des Verbots anwaltlicher Erfolgshonorare vorsehen konnte („große Lösung“). Der Gesetzgeber entschied sich für die „kleine Lösung“ (*Eggert/Oberlander*, Das Meinungsbild der Anwaltschaft zum Erfolgshonorar 2).

⁸⁴⁴ *Hartung*, Wer schützt wen vor wem? – Oder: Muss der Mandant vor Erfolg geschützt werden? dAnwBl 2008, 396.

⁸⁴⁵ *Renna*, Die Durchsetzung des anwaltlichen Honoraranspruchs im europäischen Rechtsverkehr 82.

⁸⁴⁶ *Kilian*, Das Gesetz zur Neuregelung des Verbots der Vereinbarung von Erfolgshonoraren, NJW 2008, 1905 f; kritisch ebenso *Melicharek* (Das *pactum de quota litis* und die Tugend des Maßhaltens, RdW 2009, 394) der zu dem Ergebnis kommt, dass die vollständige Erfüllung der Aufklärungspflicht des RA gegenüber seinem Mandanten dazu führen müsste, diesem von einem Erfolgshonorar abzuraten.

⁸⁴⁷ *Kilian*, Neuregelung Erfolgshonorare, NJW 2008, 1906.

Dem ist entgegen zu halten, dass die Prozessfinanzierung eine Finanzdienstleistung darstellt, die spezielle aufsichtsrechtliche Anforderungen mit sich bringt und in aller Regel nicht dem Kerngeschäft der Anwaltschaft zuzurechnen ist. So gesehen erscheint die Kritik *Kilians* etwas hypothetisch.

§ 4a Abs 1 dRVG sieht für Erfolgshonorarvereinbarungen, die sich auf Gerichtsverfahren beziehen, ausdrücklich vor, dass „*im Erfolgsfall ein angemessener Zuschlag auf die gesetzliche Vergütung*“ zu vereinbaren ist. Dadurch soll offensichtlich einem Preiswettbewerb durch Unterbieten der gesetzlichen Vergütung vorgebeugt und in dieser Hinsicht wirtschaftliche Interessen des Rechtsanwaltsstandes geschützt werden. Ob diese Regelung in Hinblick auf die wettbewerbsrechtliche Judikatur des EuGH⁸⁴⁸ Bestand haben wird, wird sich weisen.

Ungeachtet dieser das Nachbarland betreffenden Entscheidung erachtet der VfGH das Verbot der Streitanteilsvereinbarung (§ 879 Abs 2 Z 2 ABGB und § 16 Abs 1 RAO) nach wie vor als verfassungskonform,⁸⁴⁹ wenngleich er bei dieser Entscheidung auf die Argumente des dBVerfG nicht einging.⁸⁵⁰

6.5.2 Entscheidung d Bundesgerichtshof (BGH 05.06.2014 IX ZR 13/12)

Der Entscheidung liegt folgender SV zu Grunde: Ein RA hat der Klägerin (einer sog „anwaltlichen Verrechnungsstelle“) seinen Honoraranspruch abgetreten. Die Klägerin begehrte das abgetretene Honorar von EUR 90.292,20.

⁸⁴⁸ EuGH 01.02.2005 C-202/04, *Meloni*; EuGH 05.12.2006 C-94/04, *Cipolla*; *Krejci*, Honorarwettbewerb statt Honorarordnung, ÖZW 2007, 94 ff.

⁸⁴⁹ VfGH 24.09.2008 B 330/07.

⁸⁵⁰ Im Detail *Pilshofer*, Honorarvereinbarungen freier Honorarvereinbarungen im Anwaltsberuf 35 f.

Der Beklagte wollte aufgrund einer Call-Option ein Hotel für EUR 8.000.000,00 kaufen. Die Kauffinanzierung sollte durch eine Bank erfolgen, die ihm zur Finanzierung zunächst zwei Zinsswaps sowie Anteile an einem Rentenfonds verkaufte, die Finanzierung in der Folge aber ablehnte.

Der Beklagte beauftragte den RA, um über dessen Intervention die Finanzierung doch noch zu erlangen. Zwischen ihnen wurde eine Honorarvereinbarung geschlossen, wonach der RA statt des gesetzlichen Honorars einen Pauschalbetrag von EUR 20.000,00, sowie im Erfolgsfall (Abschluss eines Finanzierungsvertrages) weitere EUR 10.000,00 erhalten sollte. Der Beklagte zahlte EUR 20.000,00. Der Erfolg trat nicht ein, es kam zu keinem Finanzierungsvertrag.

Der Beklagte beauftragte den RA daher mit einer Schadenersatzklage gegen die Bank hinsichtlich der frustrierten Zinsswaps und Rentenfonds-Anteile. Die für die außergerichtliche Tätigkeit vereinbarte Pauschalvergütung sollte nun auch das erstinstanzliche Verfahren gegen die Bank abdecken. Es kam aber nicht zur Einbringung der Klage, da sich der Beklagte ohne Beteiligung des RA nun doch mit der Bank auf eine Finanzierung einigte.

Die Klägerin stellte das Erfolgshonorar des RA in Höhe von EUR 10.000,00 in Rechnung, der Beklagte verweigerte eine Zahlung und berief sich auf die Unwirksamkeit der Honorarvereinbarung. Daraufhin rechnete der RA seine Leistungen nach dRVG ab und verrechnete ein Honorar von EUR 64.274,28 für außergerichtliche Tätigkeit und EUR 49.817,92 für gerichtliche Tätigkeit erster Instanz. Die erfolgte Zahlung von EUR 20.000,00 wurde saldiert und die nicht bezahlte Differenz in Höhe des Klagsbetrages geltend gemacht.

Das Berufungsgericht verurteilte den Beklagten zur Zahlung von EUR 10.923,70 (er hatte mit einer Gegenforderung aufgerechnet). Der Entscheidungstenor: Dem RA ist es gemäß § 242 dBGB verwehrt, unter Berufung auf die Nichtigkeit der Honorarvereinbarung die gesetzliche Vergütung zu fordern, weil diese über den in der Honorarvereinbarung vorgesehenen Betrag von insgesamt EUR 30.000,00 hinausgehe.

Der dBGH bestätigte diese Rechtsansicht und wich im Ergebnis von der bisherigen Judikaturlinie zur Unwirksamkeit von gegen das dRVG verstoßenden Honorarvereinbarungen ab: Die Nichtigkeit einer Erfolgshonorarvereinbarung hat – nach alter (vor dem 01.07.2008) wie auch nach neuer Rechtslage – keine Auswirkung auf den Anwaltsvertrag. Der seit dem 01.07.2008 geltende § 49b Abs 2 Satz 1 dBRAO erklärt Erfolgshonorarvereinbarungen unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig.

Die getroffene Erfolgshonorarvereinbarung verstieß mehrfach gegen zwingendes Recht. Während bis 2008 unzulässige Honorarvereinbarungen nichtig waren und dem RA gem § 612 dBGB eine „*taxmäßige, übliche Vergütung*“ zustand,⁸⁵¹ definiert nunmehr § 4b dRVG die Rechtsfolgen einer fehlerhaften Vergütungsvereinbarung dahingehend, dass der RA bei einem Verstoß gegen die Voraussetzungen der §§ 3a und 4a dRVG keine höhere als die gesetzliche Vergütung verlangen dürfe. Ungeregelt ist jedoch der Fall, dass das vereinbarte Erfolgshonorar – wie *in casu* – unter der gesetzlichen Vergütung liegt.

Bislang griff die dRsp auf § 242 dBGB zurück, wonach der Schuldner verpflichtet ist, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben es mit Rücksicht auf die Verkehrssitte

⁸⁵¹ Schon nach der vor dem 01.07.2008 geltenden Rechtslage wirkte sich die Nichtigkeit der Honorarvereinbarung nicht auf die Wirksamkeit des Anwaltsvertrages aus: dBGH 23.10.2003 IX ZR 270/02 = NJW 2004, 1169 ff; dBGH 23.04.2009 IX ZR 167/07 = WM 2009, 1249, Rz 15 ff.

erfordern,⁸⁵² wodurch das HN in aller Regel mit der ursprünglich zugesagten Höhe gedeckt wurde.

Von dieser bisherigen Rsp ging der IX. Zivilsenat ab. Im Rahmen einer systematischen Interpretation führt er aus, dass es der Spezialbestimmung des § 4b dRVG nicht bedürfe, wenn die Nichtigkeitssanktion des § 134 dBGB auf die Honorarvereinbarung Anwendung fände. Vielmehr bleibe die Honorarvereinbarung (an der Wirksamkeit des Anwaltsvertrages hat sich auch weiterhin nichts geändert) trotz eines Verstoßes gegen die §§ 3a und/oder 4a dRVG wirksam, da diese Bestimmung lediglich den Honoraranspruch des RA (auf die gesetzliche Vergütung) beschränkt.

Durch das Urteil wird – vor allem – im Interesse des Mandanten Rechtssicherheit geschaffen: Bisher hing ein Anspruch des RA auf eine höhere, gesetzliche, Vergütung davon ab, ob das Gericht diesen Anspruch tatsächlich als rechtsmissbräuchlich qualifizierte, wofür der Mandant behauptungs- und beweispflichtig war. Das Ergebnis war daher von den Umständen des Einzelfalles abhängig, in dem Mandanten mitunter tatsächlich zu einer höheren als der vereinbarten, nämlich der gesetzlichen, Vergütung verurteilt wurden. Die zitierte Rsp hat zur Folge, dass nunmehr jedenfalls die für den Mandanten günstigste Honorarregelung zur Anwendung kommt.

Durch diese neue Situation wird das Risiko eines Verstoßes gegen §§ 3a, 4a dRVG faktisch auf den RA überwälzt, der als Folge das jeweils geringere Honorar erhält. Auf die Frage, auf wessen Initiative die verpönte Honorarvereinbarung zustande kam, kommt es nach Ansicht des dBGH nicht an.⁸⁵³

⁸⁵² dBGH 26.10.1955 VI ZR 145/54 = BGHZ 18, 340, 347; dBGH 19.06.1980 III ZR 91/79 = NJW 1980, 2407 f.

⁸⁵³ dBGH 05.06.2014 IX ZR 137/12, Rz 34 = dAnwBl Online 2014, 261.

Gegen diese im Ergebnis durchaus zu begrüßende Rsp spricht allerdings – im Bereich von Prozessvertretungen - der Wortlaut des § 4a Abs 1 dRVG: wie unter Pkt 1 ausgeführt, ist gem dieser Bestimmung bei Gerichtsverfahren für den „*Erfolgsfall ein angemessener Zuschlag auf die gesetzliche Vergütung*“ zu vereinbaren. Dadurch soll ein allenfalls die Unabhängigkeit des RA und die Qualität seiner Leistungserbringung beeinträchtigender (mE im wirtschaftlichen Interesse des Rechtsanwaltsstandes vermiedener) Honorarwettbewerb unterhalb der gesetzlichen Vergütung hintan gehalten werden.

Das bedeutet, dass im Bereich der Prozessvertretung die alte Rechtslage weiterhin anzuwenden ist und der Mandant behauptungs- und beweispflichtig für einen Rechtsmissbrauch in Form eines Verstoßes gegen Treu und Glauben iSd § 242 dBGB ist. Die neue Rechtsprechung findet aufgrund des klaren Gesetzeswortlautes nur Anwendung auf außergerichtliche Vertretungen. Da *in casu* außergerichtliche und gerichtliche Tätigkeiten erbracht und verrechnet wurden, ist das zitierte Urteil im aufgezeigten Sinn mangelhaft.

Die neue d Rechtslage stieß in Ö auf großes Interesse, zumal die Ausgangslage ja vergleichbar war, wenngleich in Ö Erfolgshonorare grundsätzlich zulässig sind⁸⁵⁴ und nur die Streitanteilsvereinbarung gem § 879 Abs 2 Z 2 ABGB und § 16 Abs 1 RAO verboten ist. Allerdings verlief sich das Echo in der L⁸⁵⁵ auf einer relativ oberflächlichen

⁸⁵⁴ Das war lange Zeit strittig und wurde in Lehre (für ein Verbot *Lohsing*, Anwaltsrecht² 244; *Feil/Wennig* Anwaltsrecht⁵, RAO § 16 Rz 2; dagegen *Benn-Ibler*, Anwalt aktuell 03/2007, 7; *Kutis*, AnwBl 2008, 485 und nunmehr auch *Feil/Wennig*, Anwaltsrecht⁷ § 16 RAO, Rz 1) und Rsp (für ein Verbot OGH 12.02.1903 Z 10.228 = GZ 1903, 225; OGH 05.12.1911, Ds I 20/11 = Gerichtshalle 1912, 204; OGH 24.04.1914 V 3/14 = JBl 1914, 242; OBDK 12.10.1970 Bkd 27/70 = AnwBl 1973, 163; OBDK 28.05.1990, Bkd 21/90 = AnwBl 1991, 25; dagegen OBDK 20.11.2006 3 Bkd 2/06 = AnwBl 2007, 312; 10.12.2007 2 Bkd 3/07 = AnwBl 2008, 325) durchaus kontroversiell diskutiert, wobei zuletzt eine deutliche Tendenz in Richtung der Zulässigkeit zu erkennen war. Der VfGH hat diese Diskussion mit seiner Entscheidung vom 24.09.2008 B 330/07 beendet.

⁸⁵⁵ Übersichtlicht dargestellt bei *Pilshofer*, Honorarvereinbarungen 32; demnach haben sich mit dem Thema vor allem *Wilhelm*, ecolex 2007, 489; *Krainer*, ecolex 2007, 592 f; *Melicharek*, RdW 2009, 395 und *Knöbl*, Anwalt aktuell 2007, 32 auseinandergesetzt.

Betrachtungsebene mit der überwiegenden Übereinstimmung, dass die Entscheidung des dBVerfG auch für Österreich unions- und verfassungsrechtliche Konsequenzen haben müsse.

Die österreichische Rsp⁸⁵⁶ teilte diese Ansicht der L nicht, allerdings war dem OGH,⁸⁵⁷ der keine verfassungsmäßigen Bedenken gegen das *quota litis* Verbot hegte, die Entscheidung des dVerfG⁸⁵⁸ noch nicht bekannt.

Das trifft nicht auf den VfGH⁸⁵⁹ zu, der sich dennoch im Wesentlichen der Argumentation des OGH⁸⁶⁰ anschloss und §§ 879 Abs 2 Z 2 ABGB sowie 16 Abs 1 RAO als verfassungskonform bestätigte. Das wurde nur sehr oberflächlich begründet: So geht nach Ansicht des VfGH das Argument des Beschwerdeführers, beim *quota-litis* Verbot handle es sich um einen "Zirkelschluss", ebenso fehl wie sein Hinweis auf den Beschluss des BVerfG vom 12.12.2006.⁸⁶¹ Das Vorliegen einer Ungleichbehandlung des Beschwerdeführers im Verhältnis zu Prozessfinanzierungsgesellschaften sah der VfGH ebenso wenig als gegeben an,⁸⁶² wie eine Inländerdiskriminierung durch das Verbot.⁸⁶³ Die Freiheit der Erwerbsbetätigung werde nicht verletzt, da der VfGH die Verhältnismäßigkeit des Verbotes im Rahmen einer Gesamtabwägung zwischen der Eingriffsschwere und dem Gewicht der den Eingriff rechtfertigenden Gründe als gegeben erachtete.⁸⁶⁴ Schließlich sah der VfGH den Zweck des Verbotes vor allem im Schutz der rechtsuchenden Bevölkerung, die die Prozessaussichten nicht ausreichend beurteilen kann. Dabei solle das Verbot eine Ausbeutung des Klienten vermeiden, der die Prozesschancen nicht ausreichend erkennen kann. Dieses Verbot basiere also auf dem Wissens- und Erfahrungsgefälle, das typischerweise zwischen

⁸⁵⁶ OGH 26.04.2006 7 Ob 8/06m; VfGH 24.09.2008 B 330/07.

⁸⁵⁷ OGH 26.04.2006 7 Ob 8/06m.

⁸⁵⁸ BVerfG 12.12.2006 1 BvR 2576/04.

⁸⁵⁹ VfGH 24.09.2008 B 330/07.

⁸⁶⁰ OGH 26.04.2006 7 Ob 8/06m.

⁸⁶¹ VfGH 24.09.2008 B 330/07, Pkt 1.2.1.

⁸⁶² VfGH 24.09.2008 B 330/07, Pkt 1.2.2.

⁸⁶³ VfGH 24.09.2008 B 330/07, Pkt 1.2.3.

⁸⁶⁴ VfGH 24.09.2008 B 330/07, Pkt 1.3.1.

einem Rechtsanwalt und seinem Klienten besteht. Es solle schließlich verhindert werden, dass die Entscheidung für die Prozessführung nicht länger auf den realen Prozesschancen beruht, sondern auf den wirtschaftlichen Interessen der im Wettbewerb miteinander stehenden Rechtsvertreter.⁸⁶⁵

Der VfGH übergang mit seiner Entscheidung die Argumente des dBVerfG völlig und stützte seine Ausführungen, vor allem die Mutmaßung über den Verbotszweck,⁸⁶⁶ in erster Linie auf empirische Wirkungszusammenhänge.⁸⁶⁷

In einer parlamentarischen Anfragebeantwortung⁸⁶⁸ führt Justizminister *Brandstetter* aus: „Das Bundesministerium für Justiz erachtet die geltenden Regelungen zum Verbot des *pactum de quota litis* und die daran geknüpften zivil- und strafrechtlichen Folgen als ausreichend, um den damit verfolgten vorrangigen Zweck, nämlich den Schutz des Klienten, der die Prozessaussichten nicht hinreichend abschätzen kann, zu erreichen. An eine gesetzliche Änderung in diesem Kontext ist aktuell nicht gedacht.“ Die parlamentarische Anfrage bezog sich auf „die Kosten für Berater, Rechtsanwälte sowie Sachverständige der Hypo Alpe Adria“ und verfolgte offensichtlich politische Interessen. Darauf, dass die geltenden Regelungen zum Verbot des *pactum de quota litis* nicht nur bei weitem ausreichend, sondern vielmehr überschießend sein könnten, wird in dieser Anfragebeantwortung – offenbar zugunsten der politischen Intention derselben – nicht Bezug genommen.

Im Ergebnis hat sich durch die neue Rechtslage in D für Ö nach wie vor – noch – nichts geändert. Die zur deutschen Rechtslage, insb dem dRVG, entwickelte Rsp ist für die

⁸⁶⁵ VfGH 24.09.2008 B 330/07, Pkt 1.3.2.

⁸⁶⁶ VfGH 24.09.2008 B 330/07, Pkt 1.3.2.

⁸⁶⁷ *Pilshofer*, Erfolgshonorare 34.

⁸⁶⁸ 5040 AB vom 20.07.2015 zu 5182/J-NR/2015 (XXV. GP).

österreichische Situation analog anwendbar und könnte richtungsweisend in dem Sinne eingesetzt werden, die Rahmenbedingungen für ein österreichisches Modell abzustecken.

6.6 Exkurs: Das Anwaltshonorar im Bereich der Vermögensrestitution

Die Standesvertretung der Rechtsanwälte ergriff früh nach dem Ende des nationalsozialistischen Regimes die Initiative zur Restitution entzogener Vermögen. Besonders hervor zu heben ist die Rolle des Präsidenten der Rechtsanwaltskammer Wien, *Emmerich Hunna*, der bereits im März 1946 den Entwurf eines „Wiedergutmachungsgesetzes“ vorlegte. Dieser Entwurf sah keine abgestufte Regelung, sondern ein einheitliches Regelwerk für sämtliche Vermögensentziehungen vor, um einer Zergliederung der Materie, die eine gerechte Restitution gefährden könnte, zu vermeiden.⁸⁶⁹ Er wurde in dieser Form nie Gesetz, was sich *ex post* betrachtet als Nachteil erwies, da die Rückstellungsgesetzgebung zögerlich und in weiten Teilen unvollständig umgesetzt wurde.⁸⁷⁰

Jedenfalls waren Restitutionsfragen in den Nachkriegsjahren ein breites Betätigungsfeld für die österreichische Anwaltschaft, wobei ins Auge sticht, dass in Rückstellungssachen *Quotalitis*-Vereinbarungen weit verbreitet waren und von den Rechtsanwaltskammern explizit gebilligt wurden.⁸⁷¹

Die Ständige Vertreterversammlung der Rechtsanwaltskammern Österreichs beschloss am 30.11.1946, dass „.... *Honorarvereinbarungen in Wiedergutmachungssachen, wonach die Bezahlung der Honorarforderung nur aus dem rückzustellenden Vermögen erfolgen soll,*

⁸⁶⁹ *Bailer-Galanda*, Die Entstehung der Rückstellungs- und Entschädigungsgesetzgebung. Die Republik Österreich und das in der NS-Zeit entzogene Vermögen 58 ff.

⁸⁷⁰ *Faber*, Zwischen Gerechtigkeit und Eigennutz, Die Rechtsanwälte und die Rückstellung entzogener Vermögen, Juridikum 2003, 51.

⁸⁷¹ *Faber*, Gerechtigkeit und Eigennutz, Juridikum 2003, 53.

*nicht standeswidrig sind und dass in der Höhe von 5 – 10 % des Wertes des rückgestellten Vermögens angemessen erscheinen...“.*⁸⁷² In der Folge wurden die Vorgaben konkretisiert und festgehalten, dass sich der Prozentsatz nach den Schwierigkeiten des Einzelfalles zu richten und, bei Verfahren im Rahmen des ersten Rückstellungsgesetzes, in aller Regel unter 5 % zu liegen habe.⁸⁷³

Wie sich aus der Diskussion anlässlich der Beschlussfassung durch die Ständige Vertreterversammlung der Rechtsanwaltskammern Österreichs ergibt,⁸⁷⁴ begegnete man der zivilrechtlichen Nichtigkeitssanktion hinsichtlich getroffener *Quota-litis*-Vereinbarungen damit, dass die Vorgabe der Rechtsanwaltskammern als rein standesrechtliche Bestimmung gedeutet wurde. Das bedeutet, dass sich aus der zivilrechtlichen Rechtswidrigkeit in Form des Verstoßes gegen § 879 Abs 2 Z 2 ABGB aufgrund des Beschlusses der Rechtsanwaltskammern keine disziplinarische Verantwortung ableiten ließ. Diese Ansicht konfligiert mit dem Grundsatz, dass zwar nicht zivilrechtlich nichtig sein muss, was standeswidrig ist, umgekehrt aber eine zivilrechtlich nichtige Honorarvereinbarung automatisch ein Disziplinarvergehen begründet.⁸⁷⁵ Aus der standesrechtlichen Auffassung ist in diesem Zusammenhang somit wenig für den zivilrechtlichen Aspekt gewonnen, wie auch der OGH aussprach:

⁸⁷² *Jahoda*, Geschichte der österreichischen Advokatur 1918-1973, 66; JBI 1947, 24.

⁸⁷³ *Lansky, Rathkolb, Steiner*, Restitutionsgesetze. Kommentar 208.

⁸⁷⁴ *Kurz*, JBI 1947, 315.

⁸⁷⁵ *Lohsing/Braun*, Anwaltsrecht² 244: „Die ... Frage der Strafbarkeit solch einer Vereinbarung hat aufgehört, eine Streitfrage zu sein, da nunmehr eine Vereinbarung dieser Art nichtig ist und daher der solchermaßen paktierende RA standeswidrig handelt und zwar lege non distinguente selbst dann, wenn der zufolge solch einer Vereinbarung auf den RA entfallende Betrag an sich angemessen ist“; *Keinert*, Das zivilrechtliche Verbot der *quota litis* nach § 879 Abs 2 Z 2 ABGB (ein rechtspolitisches und rechtsdogmatisches Problem) in *Buchegger/Holzhammer* (Hrsg), Beiträge zum Zivilprozessrecht I (1982), 91 ff.

Eine erste Stellungnahme des Höchstgerichtes zu dieser Standesauffassung erfolgte 1951,⁸⁷⁶ seitdem erklärte der OGH konsequent Honorarvereinbarungen für nichtig, die für die Vertretung in Rückstellungssachen 10, 15 oder 20 % des ersiegten Betrages als Honorar vorsahen.⁸⁷⁷ Der OGH hielt fest, dass die Vereinbarung einer *quota litis* auch dann unerlaubt und folglich nichtig ist, wenn der auf ihrer Grundlage ermittelte Honorarbetrag insgesamt angemessen wäre. Die Streitanteilsvereinbarungen wurden als absolut nichtig erklärt, die Anwälte durften aber die laut Tarif zustehenden Kosten verrechnen.⁸⁷⁸ Ungeachtet der ablehnenden höchstgerichtlichen Judikatur waren *quota litis* Vereinbarungen in Rückstellungssachen Gang und Gäbe und nahmen erst nach 15 Jahren wieder ab. Die letzte einschlägige Entscheidung des OGH stammt aus 1966.⁸⁷⁹

Es sticht ins Auge, dass die Anwaltschaft eine so offensichtlich mit dem Gesetz und der höchstgerichtlichen Rsp konfligierende Vorgangsweise ausdrücklich billigte. Das erfolgte primär aus einem Grund. Nämlich aus Rücksichtnahme auf die durch Enteignung geschädigten Eigentümer.⁸⁸⁰ Als Beweggrund wurde ins Treffen geführt, dass man mittellosen, politisch verfolgten Emigranten keine Rückstellungsprozesse mit aufgrund fehlender Judikatur völlig unklarem Ausgang, zugleich aber erheblicher Honorarbelastung, zumuten könne.⁸⁸¹ RA Hans Kurz führte im Zuge der Beschlussfassung der Honorarrichtlinien zu diesem Thema aus: „*Gerade in Rückstellungssachen werden die geschädigten Eigentümer im Vorhinein die Anwaltskosten wissen wollen und, da viele durch die nationalsozialistische Verfolgung verarmt sind, die Zahlung des Anwaltshonorars aus dem rückgestellten Vermögen wünschen. Damit erhält auch der Rechtsanwalt eine Gewähr*

⁸⁷⁶ OGH 04.04.1951 1 Ob 194/51 = SZ 24/93.

⁸⁷⁷ OGH 10.12.1952 3 Ob 633/52; OGH 09.02.1955 2 Ob 956/54; OGH 07.09.1955 2 Ob 390/55 = JBI 1955, 624; OGH 04.11.1959 3 Ob 432/59; OGH 05.10.1966 6 Ob 311/66 = SZ 39/160.

⁸⁷⁸ Faber, Gerechtigkeit und Eigennutz, Juridikum 2003, 53; OGH 07.09.1955 2 Ob 390/55 = JBI 1955, 624.

⁸⁷⁹ OGH 05.10.1966 6 Ob 311/66 = RZ 1967, 56 = SZ 39/160.

⁸⁸⁰ Faber, Gerechtigkeit und Eigennutz 54.

⁸⁸¹ Fux-Eschenegg, *Quota litis* und Werttarife, NBIRA 1952, 101.

*für die Bezahlung seines Honorars, die die Rückstellungsberechtigten sonst nicht liefern könnten.*⁸⁸²

Die Argumente des Anwaltsstandes in den Nachkriegsjahren erscheinen plausibel. Jedenfalls sind sie keineswegs ausschließlich in Bezug auf Rückstellungsverfahren relevant, sondern überall dort berücksichtigungswert, wo Mittellosen durch eine entsprechende Vereinbarung die sonst wirtschaftlich undenkbare Anspruchsverfolgung ermöglicht wird.

6.7 Funktionsverlust des *Quota-Litis*-Verbots?

Sofern der einer Norm historisch zugrunde gelegte Zweck im Rahmen der aktuellen Rechtsordnung ersatzlos entfällt, kommt es zu einem Funktionsverlust dieser Norm: *cessante ratione legis cessat lex ipsa*.⁸⁸³ Zu einem ersatzlosen Entfall kommt es nicht bereits durch einen bloßen Wertewandel, denn in diesem Fall könnte die von einem überholten Zweck abhängige Norm auf einen anderen, den überholten Zweck im Rahmen der nunmehr geltenden Rechtsordnung substituierenden Zweck gestützt werden.⁸⁸⁴ Wenn sich aus der aktuellen Rechtsordnung aber keine Interessensbewertung ableiten lässt, die zu einer Substitution des hinfälligen Zwecks geeignet wäre, führt das zur Unanwendbarkeit der Norm ungeachtet des fehlenden Aufhebungsaktes im Wege der teleologischen Rechtsfindung.⁸⁸⁵ *F. Bydlinski* führt drei Beispiele für einen solchen Funktionsverlust an:

- a) Die Goldklauselverbote: Das Goldklauselgesetz BGBl 130/1937 verbot, dass das Ausmaß einer Geldverpflichtung in Vereinbarungen nach dem Goldwert festgesetzt

⁸⁸² *Kurz*, JBl 1947, 314.

⁸⁸³ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁴ 339; *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff 375; aA *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz 189.

⁸⁸⁴ *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre 588.

⁸⁸⁵ *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre 588.

wird. Da jedoch von der österreichischen Rechtsordnung jede andere Art der Wertsicherung zugelassen wird, war das Goldklauselverbot nicht mehr zeitgemäß und sachlich daher nicht mehr gerechtfertigt.⁸⁸⁶

- b) Die Erwerbsunfähigkeit von Ordenspersonen: Ordenspersonen, die ein Armutsgelübde abgelegt hatten, waren aufgrund von Hofkanzleidekreten aus dem 18. Jhdt erwerbsunfähig. Das wurde durch Reskript der päpstlichen Religionskongregation vom 08.07.1976, kundgemacht in BGBl 1976/50, für die Mitglieder der österreichischen Ordensgemeinschaften beseitigt. Diese kirchenrechtliche Regelung kann ungeachtet der Kundmachung im Bundesgesetzblatt österreichisches Recht nicht ändern.⁸⁸⁷ Im Wege der *cessante-ratione*-Regel ist die Erwerbsfähigkeit der Ordensleute heute aber auch nach österreichischem Recht gegeben.⁸⁸⁸

- c) Schmerzensgeld auf Verlangen: § 1325 ABGB sieht einen Schmerzensgeldanspruch „auf Verlangen“ vor. Einer langjährigen Forderung der Lehre⁸⁸⁹ Rechnung tragend, hat der OGH⁸⁹⁰ klar gestellt, dass den Worten „auf Verlangen“ in § 1325 ABGB keine eigenständige Bedeutung zukommt und somit der Anspruch auf Schmerzensgeld – der kein höchstpersönliches Recht des Geschädigten und daher vererbbar ist – auch für die etwa beim Todeskampf auftretenden Schmerzen zusteht.⁸⁹¹ Die Formulierung basiert

⁸⁸⁶ F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre 588 f; ausf Ertl, Inflation, Privatrecht und Wertsicherung 71 ff.

⁸⁸⁷ Aicher in ZAS 1979, 159 (Buchbesprechung).

⁸⁸⁸ Primetshofer, Feierliches Armutsgelübde und staatliche Erwerbsfähigkeit, Österreichisches Archiv für Kirchenrecht 1974, 274; F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre 589.

⁸⁸⁹ Insb F. Berger, Die Vererblichkeit des Schmerzensgeldanspruches, ZVR 1961, 121; F. Berger, Der Übergang der Schmerzensgeldforderung, RZ 1983, 38; Jelinek, Die Persönlichkeit des Verletzten und das Entstehen des Schmerzensgeldanspruches, JBl 1977, 1 ff.

⁸⁹⁰ OGH 30.09.1996 6 Ob 2068/96b = SZ 69/217 = ecolex 1996, 913 (Wilhelm).

⁸⁹¹ Hinteregger in ABGB-ON 1.00 § 1325 Rz 31.

auf prozessualen Eigenarten der Entstehungszeit des ABGB,⁸⁹² auf die hier nicht näher einzugehen ist. Mit deren Wegfall wurde der ursprüngliche Zweck durch die Wertvorstellung substituiert, dass es moralisch bedenklich wäre, für erlittene immaterielle Schäden, wie insb Trauerschäden, Geldersatz zu begehren. Daher junktimierte man die Entstehung eines Schadenersatzanspruches im Rahmen einer systematischen Interpretation unter Rückgriff auf (den historischen) § 291 EO⁸⁹³ mit einer besonderen Willenserklärung des Geschädigten, nämlich eben einem explizit artikulierten „*Verlangen*“.⁸⁹⁴ Dieser unterstellte Zweck wurde mit dem 1968 durch eine Novelle des § 12 EKHG geschaffenen Schmerzengeldanspruch obsolet. Dieser Anspruch entsteht sogleich mit der Verletzung und ist daher ohne weiteres vererblich. Da zwischen dem Schmerzengeldanspruch nach EKHG und jenem nach ABGB keine sachliche Differenzierung besteht,⁸⁹⁵ ist der Zweck für den bis dahin für die Entstehung eines Schmerzengeldanspruches geforderten besonderen Willensakt des Verletzten weggefallen. Da die unterstellte Zweckvorstellung (Vermeidung der Verquickung ideeler Interessen mit Geld) unhaltbar wurde, lag ein Extremfall des Funktionswandels, nämlich der völlige, nicht substituierbare Funktionsverlust, vor.⁸⁹⁶

Behauptet man einen völligen, nicht substituierbaren Funktionsverlust in Hinblick auf das *Quota-litis*-Verbot, so muss man sich dem Argument stellen, dass dieser Norm ja mehrere Zweckvorstellungen zugrunde gelegt werden. In Kap 6.4.1 wurde allerdings aufgezeigt, dass jeder dieser unterstellten Schutzzwecke, namentlich der Schutz des Mandanten vor

⁸⁹² F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre 589; Jelinek, Die Persönlichkeit des Verletzten und das Entstehen des Schmerzengeldanspruches, JBL 1977, 1 ff.

⁸⁹³ § 291 EO lautete idF vor der EO-Novelle 1991 BGBl 178/1991: „*Ansprüche auf den Pflichtteil oder auf Schmerzensgeld, soweit sie nicht durch Vertrag oder Vergleich anerkannt oder gerichtlich geltend gemacht worden sind, sowie Naturalvergütungen, die einem Arbeitnehmer in landwirtschaftlichen Betrieben gewährt werden, sind der Pfändung nicht unterworfen.*“

⁸⁹⁴ F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre 589.

⁸⁹⁵ F. Bydlinski bezeichnet einen sachlichen Unterschied als „schlechtin nicht denkbar“ (Juristische Methodenlehre 590).

⁸⁹⁶ F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre 590.

Übervorteilung, die Wahrung der Objektivität der Rechtsanwaltes und allen voran der Schutz von Ehre und Ansehen des Standes, im Zuge des Funktionswandels höchst fraglich wurden, weshalb ihre Verfolgung, wie in Kap 6.6 dargestellt, zumindest standesrechtlich auch zeitweise ausgesetzt wurde.

Es ist meines Erachtens daher nur eine Frage der Zeit, wann das Verbot des *pactum de quota litis* im Wege der *cessante-ratione*-Regel auch zivilrechtlich als nicht mehr zeitgemäß und daher sachlich nicht gerechtfertigt qualifiziert wird.

7. Abschließende Stellungnahme

7.1 *De lege lata*

- a) Ein Verstoß gegen das Verbot von Streitanteilsvereinbarungen führt zur Nichtigkeit der getroffenen Honorarvereinbarung.
- b) Als Schutzzweck der Norm werden der Schutz des Mandanten, die Wahrung der Objektivität des Rechtsanwaltes, sowie – nach wie vor – der Schutz der Standesehre ins Treffen geführt.
- c) Die Verortung der Intention des *Quota-litis*-Verbotes im Schutz von Ehre und Anstand des Rechtsanwaltsstandes ist anachronistisch. Der Schutzzweck liegt berechtigter Maßen nur noch im Schutz des Klienten und der Wahrung der Objektivität des Rechtsanwaltes.
- d) Diesem Schutzzweck wird bereits nach geltender Rechtslage durch standes- (§ 9 Abs 1 RAO, § 1 Abs 1 DSt) und zivilrechtliche Normen (§ 1009 ABGB) Rechnung getragen.
- e) Die durch einen Verstoß gegen das *Quota-litis*-Verbot verwirklichte Nichtigkeit ist nach der aktuellen Jud des OGH eine relative. Damit kehrt der OGH von seiner bisherigen Rsp ab, wonach ein Verstoss gegen das Verbot der Streitanteilsvereinbarung absolute Nichtigkeit begründete.

f) Der übrige – über die getroffene Honorarvereinbarung hinausgehende - Vertrag bleibt restgültig.

g) Anstelle der nichtigen Honorarvereinbarung gilt ein angemessenes Entgelt als geschuldet. Die Höhe des Honorars richtet sich somit nach den Bestimmungen des RATG, respektive, falls dieses keine einschlägigen Tarifansätze vorsieht, nach den AHK.

h) Der von den Parteien ursprünglich gewünschten Erfolgskomponente – allenfalls in einer zulässigen, also einer anderen Form als einer Streitanteilsvereinbarung – wird nach geltender Rechtslage nicht Rechnung getragen.

i) Die geltende Rechtslage kann dazu führen, dass der Mandant aufgrund des Wegfalles der nichtigen Honorarvereinbarung ein wesentlich höheres Honorar zu leisten hat, als ihm ursprünglich zugesagt wurde.

j) Im Verbraucherrecht ist eine geltungserhaltende Reduktion unzulässig. Es kommt die analoge Anwendung des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG in Betracht; allerdings kommt diese ergänzende Vertragsauslegung nur in Frage, wenn sie sich zugunsten des Verbrauchers auswirkt.

k) Da die Nichtigkeit der getroffenen Streitanteilsvereinbarung als qualitativ zu werten ist, ist eine Restgültigkeit des nicht vom Normzweck erfassten Teiles des Anwaltsvertrages jedenfalls gegeben. Selbst wenn die Nichtigkeit als quantitative gewertet würde, könnte die gesetzwidrige Honorarvereinbarung – außerhalb des Verbraucherrechts, also ggü Unternehmern - im Wege der geltungserhaltenden Reduktion auf ein sicher und solid zulässiges Ausmaß eingeschränkt werden.

l) Das Honorar hat sich dann nicht am dispositiven Recht, sondern am Parteiwillen zu orientieren, wenn die Parteien durch den ursprünglichen Abschluss einer *Quota-litis*-Vereinbarung eindeutig zu erkennen gegeben haben, sich nicht den dispositiven Regeln des RATG oder der AHK unterwerfen zu wollen. Zielt der Parteiwille – ohne damit den Schutzzweck der Verbotsnorm, das ist der Schutz des Mandanten, zu konterkarieren – auf die Berücksichtigung einer Erfolgskomponente bei der Honorarbemessung ab, so ist er zu berücksichtigen.

m) Wenngleich die zivilrechtliche Rsp am *Quota-litis*-Verbot festhielt, hat die standesrechtliche Judikatur in der Vereinbarung einer *quota litis* nach geltendem Recht im Zusammenhang mit Restitutionsverfahren keine Standeswidrigkeit gesehen, wenn die Vereinbarung dazu diene, Mittellosen die sonst wirtschaftlich undenkbare Anspruchsverfolgung zu ermöglichen.

7.2 *De lege ferenda*

a) Die wachsende Konkurrenz und der dadurch zunehmende Wettbewerb unter Rechtsanwälten einerseits und die nicht zuletzt der fortschreitenden Technologisierung im Rahmen des Informationszeitalters geschuldeten tiefgreifenden Veränderungen des Dienstleistungssektors andererseits erfordern vom Rechtsanwaltsstand eine verstärkte Ausrichtung an den sich wandelnden Marktinteressen und in Folge dessen auch das Angebot alternativer, flexibler Verrechnungsmodelle.

b) Der Klient hat größtes Interesse an einer transparenten, vorhersehbaren und leistungsorientierten Honorargestaltung. Die Honorarhöhe stellt neben dem Vertrauen des

Mandanten in die optimale Qualifikation und die uneingeschränkte Loyalität des gewählten Rechtsanwaltes wahrscheinlich das wichtigste Auswahlkriterium dar.

c) Das Verbot eines in einem Anteil des erzielten Erfolges definierten Honorars orientiert sich am Schutz des Mandanten und der Wahrung der Objektivität des Rechtsanwaltes. Der Schutz des Mandanten bezieht sich vorrangig auf ein allfälliges rechtliches und prozessuales Informationsdefizit. In Bezug auf den realistischen Sachverhalt ist hingegen in aller Regel der Mandant ggü dem Rechtsanwalt im Informationsvorsprung, wodurch sich die Bedeutung der wechselseitigen Wissensvorsprünge relativiert.

d) Das auf die Zeiten der Prokuratoren und des deutschrechtlichen Fürsprechs zurück zu führende, ursprünglich für das Verbot ins Treffen geführte Argument der Wahrung von Ehre und Ansehen des Rechtsanwaltsstandes bewirkt faktisch in erster Linie eine Absicherung pekuniärer Interessen des Standes, erscheint nicht mehr zeitgemäß, ist aufgrund des damit unterstellten Generalverdachtes ggü dem Rechtsanwaltsstand kontraproduktiv und vermag insgesamt, auch da es standesrechtlich (§ 16 RAO) nicht einmal vorgesehen ist, wenig zu überzeugen.

e) Solange letztlich dem nach wie vor validen Erfordernis der Wahrung der Objektivität des Rechtsanwaltes im Interesse der Sachlichkeit durch das Standesrecht, insb die von der Rsp streng geahndete Verpflichtung des Rechtsanwaltes, die übernommene Vertretung dem Gesetz gemäß zu führen und die Rechte des Mandanten gegen jedermann mit Eifer, Treue und Gewissenhaftigkeit zu vertreten (§ 9 Abs 1 RAO) und das Zivilrecht (§ 1009 ABGB) Rechnung getragen wird, erscheint daher *de lege ferenda* eine Zulassung der Streitanteilsvereinbarung unter gewissen, dem Klientenschutz dienenden, Voraussetzungen als indiziert.

f) Dadurch könnte eine weitgehende Annäherung der Interessenslagen des Anwaltsstandes und seiner Klientel und somit aufgrund der solcher Maßen vom Rechtsanwalt zu erwartenden *diligentia quam in suis* eine an der Qualität der Leistung des Rechtsanwalts und den Chancen der Rechtsdurchsetzung orientierte, den Selbstregulierungskräften des Marktes und damit im Interesse des Klienten dem Wettbewerb stärker exponierte Honorierung erfolgen, die vom Klienten zweifellos mit höherer Akzeptanz gewürdigt würde.

g) Sofern somit das Streitanteilsverbot *de lege ferenda* nicht überhaupt aufgehoben wird, weil die damit verfolgten Zielsetzungen entweder nicht mehr valide sind oder ihnen durch Spezialgesetze, vor allem standesrechtliche Regeln und die Regeln des Auftragsrechts, ausreichend Rechnung getragen wird, spricht selbst *de lege lata* schon vieles für eine Beachtung des sich auf eine Junktimierung des Honorarausmaßes mit dem Verfahrensergebnis richtenden Parteiwillens. Das Argument, dass standesrechtliche Vorschriften keinen Schutzgesetzcharakter iSd § 1311 ABGB aufweisen, widerspricht diesem Standpunkt nicht, da Standesvorschriften für den RA dennoch beachtlich sind und als Katalog von Sorgfaltsanforderungen iSd § 1299 ABGB auch zivilrechtliche Berücksichtigung finden.

h) In Anlehnung an die d Rechtslage könnten als Voraussetzung für eine Berücksichtigung des auf eine Streitanteilsvereinbarung gerichteten Parteiwillens bestimmte Rahmenbedingungen als Voraussetzung definiert werden. So könnte eine Vereinbarung vorausgesetzt werden, die folgende Kriterien erfüllt:

i) die Vereinbarung kann nur schriftlich vorab im begründeten Einzelfall unter Angabe der wesentlichen Beweggründe getroffen werden;

ii) ohne die Vereinbarung würde der Mdt bei verständiger Betrachtung aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse von einer wirtschaftlich sinnvollen Rechtsverfolgung abgehalten;

iii) neben einem Höchst- wird auch ein im Totalverlustfall geltendes Mindestentgelt definiert;

iv) Belehrung der Mdt über die und rechnerisch nachvollziehbare Darstellung der wesentlichen Eckpunkte der Vereinbarung;

v) ggü Verbrauchern ist iSd KSchG ein strengerer Maßstab unter Berücksichtigung der verdünnten Willensfreiheit anzulegen, wobei § 6 Abs 1 Z 5 KSchG analog herangezogen werden könnte.

i) Auf diese Weise könnte sich das HN im Falle der ausreichenden Bestimmtheit der Vereinbarung unter Beachtung des Parteiwillens am Leistungserfolg orientieren, wobei der auch bisher für das HN des Rechtsanwaltes geltende Grundsatz der Unzulässigkeit eines unangemessenen HN weiterhin aufrecht erhalten werden sollte.

j) Im Unterschied zur geltenden Rsp sollte sich die Höhe des zustehenden HN aber nicht mehr nach dem an RATG und AHK orientierten Kriterium der Angemessenheit richten (da ein *iustum pretium* schlicht nicht definierbar ist), sondern die Bestimmungen des RATG und der AHK sollten im Wege eine allfälligen Angemessenheitsprüfung – wie auch bei jeder sonstigen HN-Vereinbarung – lediglich als Obergrenzen herangezogen werden, sofern sie von den Vertragsparteien nicht ausdrücklich abbedungen wurden. An der mit den Tatbeständen des Wuchers und der *laesio enormis* gegebenen Äquivalenzprüfung der wechselseitigen Leistungen sollte sich auch in Zukunft nichts ändern. Sie sind hinlänglich geeignet, um einem allfälligen Missbrauch vorzubeugen.

k) Der – der *quota litis* ebenfalls widersprechenden - Definition von HN-Untergrenzen stehen unionsrechtliche, namentlich wettbewerbsrechtliche, Bedenken (Art 101 AEUV) entgegen, da sie mit dem Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs nur vereinbar wäre, wenn sie beispielsweise zur Erreichung von Zielen des Verbraucherschutzes oder der geordneten Rechtspflege geeignet und angemessen wäre.

7.3 Lösung der Fallbeispiele

Aufgrund dieser Ausführungen lassen sich die unter Pkt 1.1 aufgezeigten Fallkonstellationen wie folgt auflösen:

a) *Ein RA verspricht bei der Vollmachtserteilung für einen Zivilprozess seinem Klienten, einem Verbraucher, sich hinsichtlich des Honorars keine Sorgen machen zu müssen. Die erst bei Ende des Rechtsstreites erfolgende HN-Abrechnung würde dem Prozessergebnis angemessen Rechnung tragen. Eine darüber hinausgehende HN-Vereinbarung wird nicht getroffen.*

Es wurde keine explizite HN-Vereinbarung getroffen, daher gilt gem §§ 1152 ABGB und 354 UGB ein angemessenes Honorar als vereinbart. Mangels ausdrücklicher Abbedingung des RATG und der AHK wird sich das HN daher im Rahmen dieser Vorschriften zu bewegen haben.

In diesem Rahmen ist es dem Rechtsanwalt unbenommen, dem Mandanten im Fall des Prozessverlustes einen Honorarnachlass einzuräumen.

Schwieriger wird es für den Rechtsanwalt – mangels expliziter Vereinbarung – im Erfolgsfall eine zusätzliche Honorarprämie einzufordern.

Die Konsumenteneigenschaft des Mandanten hat für die Beurteilung dieses Sachverhaltes dann Relevanz, wenn § 6 Abs 3 KSchG zur Anwendung käme, weil die Vertragsabrede durch Unterfertigung eines (in der Regel vorgedruckten) Vollmachtsformulars, also eines „Vertragsformblattes“, zustande kam. In diesem Fall kann der RA zwar das angemessene Honorar fordern. Die unklare Formulierung einer Erfolgsprämie wäre aber unwirksam.

b) Ein RA trifft mit dem von ihm in Vertragsverhandlungen vertretenen Unternehmen folgende schriftliche Vereinbarung: das Honorar wird quartalsmäßig nach einem Stundensatz in Höhe von EUR 400,00 zuzüglich USt abgerechnet. Sollte die gewünschte Zielsetzung, nämlich der Erwerb eines Konkurrenzunternehmens zum erwarteten, definierten Kaufpreis rechtswirksam erreicht werden, so bleibt es bei diesem vereinbarten Honorar. Eine Überschreitung des erwarteten Kaufpreises führt im Nachhinein zu einer aliquoten prozentuellen Anpassung des Honoraranspruches ohne USt und Barauslagen nach unten, eine Unterschreitung vice versa zu einer Anpassung nach oben. Hierüber wird eine schriftliche Vereinbarung getroffen, ein Mindesthonorar (in Höhe von 25 % der geleisteten Vorauszahlungen) wird darin ebenso vereinbart wie ein Höchsthonorar (das doppelte HN im wohl lediglich theoretischen Fall eines Kaufpreises von EUR 0,00).

Nach geltendem Recht wäre diese Vereinbarung tlw unzulässig, da das Honorar – zum Teil – in einem Prozentsatz des „erstrittenen“ Betrages (in Form der erfolgten Kaufpreiseinsparung) definiert wird (die Frage, ob sich das Verbot auch auf die Vereinbarung von leistungsbezogenen Beratungshonoraren außerhalb von Gerichtsverfahren bezieht, wurde noch nicht judiziert). Der Anwaltsvertrag bliebe aufrecht, die getroffene HN-Vereinbarung

würde jedoch – es handelt sich um keinen Verbraucher – geltungserhaltend auf das sicher und solid zulässige Ausmaß reduziert. Die Rsp zieht zur Ermittlung des zulässigen Ausmaßes regelmäßig die in RATG oder – falls dort nicht verfügbar – in den AHK vorgesehenen Tarifansätze heran. Nach dem in dieser Arbeit vertretenen Standpunkt sollte jedoch der Parteiwille berücksichtigt werden, der sich eindeutig gegen eine Anwendung von RATG und AHK auslegen lässt. Dem zufolge ist das zustehende HN im Erfolgsfall (also einer erheblichen Kaufpreisminderung) mE nicht mit dem Tarifansatz laut RATG oder AHK sondern lediglich durch die Tatbestände des Wuchers und der *laesio enormis* begrenzt.

De lege ferenda sollte eine solche Honorarvereinbarung zugelassen werden, da sie (in Anlehnung an die deutsche Rechtslage) schriftlich unter Angabe der wesentlichen Gründe vorab festgehalten wurde und der Mandant über Chancen und Risiken, Ober- und Untergrenze des Honoraranspruches ausdrücklich belehrt wurde. Das Kriterium, wonach der Mandant bei verständiger Betrachtung aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse ohne Streitanteilsvereinbarung von einer wirtschaftlich sinnvollen Rechtsverfolgung abgehalten würde, wäre nur zu prüfen, wenn es sich um einen Verbraucher handelt, im Bereich B to B kann diese Prüfung mangels Vorliegens einer Situation der verdünnten Willensfreiheit entfallen.

Am Rande erwähnt sei, dass die getroffene Honorarvereinbarung Züge einer Provisionsvereinbarung aufweist. Bejaht man das Vorliegen einer Provisionsvereinbarung, so wäre diese, da sie eine anwaltliche Tätigkeit entlohnt, nach geltendem Standes- (nicht aber Zivilrecht!) unzulässig.

c) *Ein Klient (Verbraucher) führt ein Amtshaftungsverfahren wegen willkürlicher Strafverfolgung gegen die Republik Österreich. Der begehrte Anspruch in Höhe der von ihm*

bis zum rechtskräftigen Freispruch bezahlten Anwaltskosten beläuft sich auf EUR 400.000,00. Der Klient ist vermögend und hat daher keinen Verfahrenshilfeanspruch. Er ist allerdings wirtschaftlich nicht in der Lage, diesen Prozess zu finanzieren. Er vereinbart schriftlich, unter eingehender Belehrung über die Rechtsfolgen, Definition eines Mindesthonorars, Erörterung seiner wirtschaftlichen Situation, seiner Zielsetzung und der rechtlichen Risiken der Prozessführung ein Streitanteilshonorar mit dem RA: dieser soll unabhängig vom Prozessergebnis, also auch bei Totalverlust, jedenfalls die getätigten Barauslagen sowie ein HN in Höhe von 3 % des tariflichen Ansatzes nach Einheitssatz erhalten. Zusätzlich stehen ihm neben dem Kostenersatzanspruch ggü dem Gegner 30 % des rechtskräftig erstrittenen, tatsächlich geleisteten Schadenersatzbetrages als *quota litis* zu. Klient und RA halten schriftlich fest, dass sich der Klient im Prozessverlust zwar den gegnerischen Kostenersatz und die vereinbarten 3 % seines RA, nicht aber beide vollen tariflichen Ansprüche leisten könnte und daher ohne Streitanteilsvereinbarung von der Prozessführung absehen müsste.

Diese Honorarvereinbarung wäre *de lege lata* nichtig, da es sich um ein *pactum de quota litis* handelt. Da ein Verbrauchervertrag vorliegt, scheidet eine geltungserhaltende Reduktion des Nichtigkeitsbedrohten Vertragsteiles aus. Er ist durch das dispositive Rechts zu ersetzen, da die Anwendung des RATG nicht ausgeschlossen, sondern sogar explizit bedungen wurde. Eine ergänzende Vertragsauslegung ist daher nicht erforderlich. Der Honoraranspruch des RA richtet sich nach dem RATG und somit nach dem Streitwert von EUR 400.000,00. Der Mandant würde abhängig von Gang und Dauer des Verfahrens, allerdings unabhängig vom Prozessausgang, ein Vielfaches des ursprünglich ausgehandelten Honorars schulden.

De lege ferenda wäre diese Honorarvereinbarung zulässig: Die Vereinbarung wurde schriftlich vorab im begründeten Einzelfall unter Angabe der für sie sprechenden wesentlichen Gründe geschlossen; der Mandant würde bei verständiger Betrachtung aufgrund

seiner wirtschaftlichen Verhältnisse ohne Streitanteilsvereinbarung von einer wirtschaftlich sinnvollen Rechtsverfolgung abgehalten; neben einem Höchst- wurde auch ein im Totalverlustfall geltendes Mindestentgelt definiert; der Mandant wurde über die wesentlichen Eckpunkte der Streitanteilsvereinbarung informiert und es erfolgte eine rechnerisch nachvollziehbare Darstellung dieser Eckpunkte.

Literaturverzeichnis

Albrecht Michael von, Geschichte der römischen Literatur, von *Andronicus* bis *Boethius* und ihr Fortwirken (2012)

Altmann, Ludwig / Jacob Siegfried / Weiser, Max (Hrsg), Das österreichische allgemeine bürgerliche Recht nach dem Stande der Gesetzgebung vom 15. Dezember 1930⁴ (1931)

Anonymus, Die *quota litis*, JBl 1916, 85 ff

Adamovic Ludwig, Zur Sittenwidrigkeit von Entgeltvereinbarungen ZAS 1991, 153 ff

Apathy Peter, Zur Folge unzulässiger Ablösevereinbarungen, in FS *H. Eichler* (1977) 1 ff

Apathy Peter, Auswirkungen der Judikatur zu Verbraucherverträgen auf Bankgeschäfte mit Unternehmern, ÖBA 2004, 737 ff

Apathy Peter, in *Schwimann / Kodek ABGB IV*⁴ (2014)

Apathy Peter / Riedler Andreas, Bürgerliches Recht, III Schuldrecht Besonderer Teil⁵ (2015)

Auer Karl Heinz, Das Menschenbild als rechtsethische Dimension der Jurisprudenz (2005)

Baetge Dietmar, Erfolgshonorare wirtschaftlich betrachtet, RabelsZ 2009, 680 ff

Bailer-Galanda Brigitte, Die Entstehung der Rückstellungs- und Entschädigungsgesetzgebung. Die Republik Österreich und das in der NS-Zeit entzogene Vermögen, hrsg von der Historikerkommission der Republik Österreich (2003)

Barazon Heinz, Gedanken zur *quota litis*, AnwBl 1972, 33 ff

Barth Peter, Dokalik Dietmar, Potyka Matthias, ABGB Taschenkommentar²⁴ (2014)

Baumbach Adolf / Hefermehl Wolfgang, Wettbewerbsrecht¹⁸ (1995)

Benn-Ibler Gerhard, AnwBl 2004, 587 (Editorial)

Benn-Ibler Gerhard, AnwBl 2008, 471 (Editorial)

Benn-Ibler Gerhard, Zum Ethos des Rechtsanwaltes – Ein Beitrag aus österreichischer Sicht,
AnwBl 2011, 410

Berger Franz, Die Vererblichkeit des Schmerzensgeldanspruches, ZVR 1961, 121

Berger Franz, Der Übergang der Schmerzensgeldforderung, RZ 1983, 38

Binder Martin, in *Evers/Mayer-Maly/Tammelo* (Hrsg) Zur Konversion von Rechtsgeschäften
(1982)

Böhme Jost-Caesar, Erhaltungsklauseln; Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom teilnichtigen
Rechtsgeschäft, in *Europäische Hochschulschriften* Bd 2951 (2000)

Bollenberger Raimund, in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kurzkommentar⁴ (2014)

Bruns Alexander, Das Verbot der *quota litis* und die erfolgshonorierte Prozessfinanzierung,
dJZ 2000, 232 ff

Büchting Hans Ulrich, Beck'sches Rechtsanwaltshandbuch⁹ (2007, Beck online)

Bürge Alfons, Preisbestimmung durch einen Vertragspartner und die Tagespreisklausel, JBl
1989, 687

Bydlinski Franz, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden
Rechtsgeschäftes (1967)

Bydlinski Franz, Arbeitsrechtskodifikation und allgemeines Zivilrecht (1969)

Bydlinski Franz, Zur Einordnung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Vertragsrecht,
in *Wirtschaftspraxis und Rechtswissenschaft, Kastner-FS zum 70. Geburtstag* (1972)
45 ff

Bydlinski Franz, Die Baukostenendabrechnung als Bestimmung der Leistung des einen
Vertragsteils durch den anderen, JBl 1975, 245

Bydlinski Franz, Die Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen nach dem
österreichischen Konsumentenschutzgesetz, in *Freiheit und Verantwortung im Recht*,
FS zum 60. Geb. *Meier-Hayoz* (1982) 65 ff

-
- Bydlinski Franz*, Allgemeine Versorgungsbedingungen und Energielieferungsverträge in Österreich, in *Neumayer-FS* zum 65. Geburtstag (1985) 115 ff
- Bydlinski Franz*, Allgemeine Versorgungsbedingungen und Energielieferungsverträge, in *Aicher*, Rechtsfragen der öffentlichen Energieversorgung (1987) 137 ff
- Bydlinski Franz*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991)
- Bydlinski Franz*, Über das Verständnis der „guten Sitten“ im österreichischen Recht, in *Festschrift für Joachim Gernhuber* zum 70. Geburtstag (1993) 827 ff
- Bydlinski Franz*, Grundfragen der Unerlaubtheitskondiktion, entwickelt an einem exemplarischen Fall, in *FS Wolfgang Zöllner* (1999) 1029ff
- Bydlinski Franz*, bearbeitet von *P. Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre² (2012)
- Bydlinski Peter*, Zur Ermittlung der Anschlusspreise bei der Versorgung mit elektrischer Energie, *ÖZW* 1987, 1
- Bydlinski Peter*, Die rechtlichen Grenzen für Stromanschlusspreisvereinbarungen im Lichte der aktuellen zivilgerichtlichen Judikatur, *ÖZW* 1989, 65
- Bydlinski Peter*, Beschränkung und Ausschluss der Gewährleistung Teil II, *JB1* 1993, 631 ff
- Bydlinski Peter*, Gutachten vom 13.09.2010, zit in *Klauser* Sammelklagen von Verbraucherorganisationen in *Reiffenstein/Blaschek* (Hrsg), Konsumentenpolitisches Jahrbuch (2011) 289
- Bydlinski Peter*, in *Apathy*, Bürgerliches Recht I Allgemeiner Teil⁶ (2013)
- Bydlinski Peter*, Richtlinienkonforme „gesetzesübersteigende“ Rechtsfindung und ihre Grenzen – eine methodische Vergewisserung anlässlich 20 Jahre EU-Mitgliedschaft, *JB1* 2015, 12 ff
- Canaris Claus-Wilhelm*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz (1964)
- Canaris Claus-Wilhelm*, Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen, in *FS Ernst Steindorf* zum 70. Geb (1990) 519 ff

- Canaris Claus-Wilhelm*, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft (Heidelberg, 1983)
- Canaris Claus-Wilhelm*, Schranken der Privatautonomie zum Schutze des Kreditnehmers,
ZIP 1980, 709 ff
- Charwat Markus*, Verbot der *quota litis* bleibt, <http://journal.juridicum.at>, 29.10.2008, 17:59
- Csoklich Peter / Scheuba Elisabeth*, Standesrecht der Rechtsanwälte² (2014)
- Dölemeyer Barbara*, Die Revision des ABGB durch die drei Teilnovellen von 1914, 1915 und
1916, in *Coing Helmut* (Hrsg) *Ius commune*, Zeitschrift für europäische
Rechtsgeschichte VI, 274-308 (1977)
- Doralt Peter*, Zur Kritik von *Pfersmann* an der Wucher-Entscheidung SZ/123, ÖJZ 1997, 781
ff
- Doralt Peter / Koziol Helmut*, Stellungnahme zum Ministerialentwurf des KSchG (1979)
- Eggert Kerstin / Oberlander Willi*, Das Meinungsbild der Anwaltschaft zum Erfolgshonorar,
in BRAK-Reihe, Studien zum RVG 1/2009, 4 ff
- Ehrenzweig Armin*, System des österreichischen Privatrechts, Das Recht der
Schuldverhältnisse² II erste Hälfte (1928)
- Engelhart Karl / Hoffmann Klaus / Lehner Stefan / Rohregger Michael / Vitek Claudia*, RAO⁹
(2015)
- Ertl Gunter*, Inflation, Privatrecht und Wertsicherung (1980)
- Faber Ronald*, Zwischen Gerechtigkeit und Eigennutz, Die Rechtsanwälte und die
Rückstellung entzogener Vermögen, Juridikum, 2003, 51 ff
- Feil Erich / Wennig Fritz*, Anwaltsrecht⁷ (2012)
- Felzl Christian*, Relative Nichtigkeit und Anfechtbarkeit: Wo liegt der Unterschied? AnwBl
2015, 211
- Feuerich Wilhelm / Weyland Dag*, Kommentar zur deutschen Bundes-
Rechtsanwaltsordnung⁶ (2003)

Fiedler Philipp, Unionsrechtliche Entwicklungen bei der richterlichen Vertragsergänzung,
JBl 2014, 693 ff

Fischer Peter / Köck Heribert Franz / Karollus Margit Maria, Europarecht, Das Recht der
EU/EG, des Europarates und der wichtigsten anderen europäischen Organisationen⁴
(2002)

Fisch-Thomsen Niels, Das anwaltliche Honorarsystem in Österreich im Vergleich zu
anderen europäischen Rechtsordnungen, AnwBl 1990, 416 ff

Fitz Hanns, Zur „geltungserhaltenden Reduktion“ überschießender AGB-Klauseln, in
Martinek/Wachter, FS *Gerhard Schnorr* zum 65. Geburtstag (1988) 645 ff

Fitz Hanns, Allgemeine Geschäftsbedingungen – individuelle Abreden, in *Krejci* Handbuch
zum Konsumentenschutzgesetz (1981) 249 ff

Flume Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II Das Rechtsgeschäft⁴ (1992)

Flume Werner, Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten, AcP 161, 52 ff.

Förster Max, Rechtsfolgen für Auftraggeber vorteilhafter unwirksamer
Vergütungsvereinbarungen mit Rechtsanwälten, Juristische Rundschau 2012, 93 ff

Friedl Harald, Geltungserhaltende Reduktion im Verbraucherindividualprozess: Bindung der
Beteiligung an Publikums-GmbH & Co KG jedenfalls für zehn Jahre zulässig, ecolex
2010, 3

Fux-Eschenegg Viktor, *Quota litis* und Werttarife, NBIRA 1952, 96 ff

Gebauer Leo, Das Honorarrecht des Rechtsanwalts, Ein Streifzug (1981)

Geroldinger Andreas, Ergänzende Auslegung von Verbraucherverträgen trotz Verbots der
geltungserhaltenden Reduktion? - Anmerkung zu EuGH C-453/10 (*Pereničová* und
Perenič), C-472/10 (*Invitel*) und C-618/10 (*Banca Español de Crédito*), ÖBA 2013, 27

Goost Michael, Teilnichtige Arbeitsverträge (1967)

Grabenwarter Christoph, Rechtliche und ökonomische Überlegungen zur Erwerbsfreiheit
(1994)

Graf Ferdinand, Anwaltshaftung (1991)

Graf Georg, Auswirkungen des Transparenzgebots, *ecolex* 1999, 8 f

Graf Georg, Die österreichische Rückstellungsgesetzgebung, Eine juristische Analyse (2003)

Graf Georg, Rechtswidrige Zinsanpassungsklauseln und Verjährungsrecht, *ecolex* 2003, 652 ff

Graf Georg, Sechs Jahre § 6 Abs 3 KSchG - Überlegungen zur Rezeption des Transparenzgebots durch die Judikatur, in: *Blaschek* (Hrsg), Konsumentenpolitik im Spannungsfeld von Liberalisierung und sozialer Verantwortung, FS *G. Mayer* (2004) 15 ff

Graf Georg, Welche Preisänderungsklauseln sind in Verbraucherverträgen wirksam? *wbl* 2005, 197

Graf Georg, in *Kletecka / Schauer*, ABGB-ON 1.00 Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (2016)

Graf Georg, Von nichtigen Klauseln, rechtswidrigen Geschäftspraktiken, Verbandsprozessen und ergänzender Vertragsauslegung - Ein höchstgerichtlicher Selbstwiderspruch, *ecolex* 2014, 1043

Grellet-Dumazeau M. T., *Le Barreau Romain*, Paris (1851)

Gschnitzer Franz, in *Klang* Kommentar zum allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch IV/1² 17. Hauptstück, Von Verträgen und Rechtsgeschäften überhaupt (§§ 859 – 937) (1968)

Gschnitzer Franz, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts² (1992)

Haimberger Anton, Reines Römisches Privatrecht nach den Quellen und den Auslegungen der vorzüglichen Rechtsgelehrten I (1835)

Hänsch Jens, Das anwaltliche Erfolgshonorar¹ (2008)

Hager Johannes, Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften (1983)

Hanreich Hanspeter, Das zeitliche Element der Preisregelung, *ÖZW* 1982, 7

Hartung Markus, Wer schützt wen vor wem? – Oder: Muss der Mandant vor Erfolg geschützt werden?, dAnwBl 2008, 396 ff

Hechenblaickner Christoph, Haftung und Haftungsfreizeichnung des Pistenhalters bei Skirennen und Skitraining, Zak 2013, 119

Heiss Helmut, Formmängel und ihre Sanktionen: eine privatrechtsvergleichende Untersuchung (1999)

Helm Johann Georg, Grundlagen einer normativen Theorie allgemeiner Geschäftsbedingungen, in *Hubmann/Hübner*, FS für *Ludwig Schnorr v. Carolsfeld* zum 70. Geburtstag (1973) 125 ff

Honsell Heinrich, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäft (1974)

Honsell Heinrich, Teleologische Reduktion versus Rechtsmissbrauch, in *Beck-Mannagetta/Böhm/Graf* (Hrsg) Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts, FS *Mayer-Maly* (1996) 369 ff

Illedits Alexander, Teilnichtigkeit im Privatrecht, Dissertation Wien (1991)

Iro Gert, in *Avancini*, Österreichisches Bankvertragsrecht I (1987)

Iro Gert, Teilwirksamkeit gröblich benachteiligender AGB-Klauseln „soweit gesetzlich zulässig“? RdW 1987, 7

Iro Gert, in *Apathy/Iro/Koziol* Österreichisches Bankvertragsrecht I² (2006)

Iro Gert, Zur Wirksamkeit formularmäßiger Änderungsvorbehalte, in FS *Koziol* (2010) 147

Jabornegg Peter, Zum Provisionsanspruch des Immobilienmaklers, ÖJZ 1992, 644 ff

Jahoda Ernst, Doppelvertretung oder *quota litis*? AnwBl 1973, 182 f

Jahoda Ernst, Geschichte der österreichischen Advokatur 1918-1973 in Schriftenreihe des österreichischen Rechtsanwaltskammertages I (1978)

Jahoda Ernst, Zur Frage der *quota litis*, ÖJZ 1954, 605 ff

Jahoda Ernst, Zur Reform der ZPO, ÖJZ 1982, 598 ff

-
- Jelinek Wolfgang*, Die Persönlichkeit des Verletzten und das Entstehen des Schmerzensgeldanspruches, JBl 1977, 1
- Karauscheck Erich René*, Prozesskostenfinanzierung – ein weitgehend ungeregeltes Glücksgeschäft, Vr 2012, 21
- Keinert Heinz*, Das zivilrechtliche Verbot der *quota litis* nach § 879 Abs 2 Z 2 ABGB (ein rechtspolitisches und rechtsdogmatisches Problem) in *Buchegger Walter / Holzhammer Richard* (Hrsg), Beiträge zum Zivilprozessrecht I (1982) 91 ff
- Kerschner Ferdinand, Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Großkommentar zum ABGB, *Klang-Kommentar*³ §§ 1-43 ABGB Methodenlehre und Personenrecht (2014)
- Kilian Matthias*, Der Erfolg und die Vergütung des Rechtsanwaltes (2003)
- Kilian Matthias*, Die spekulative Vergütung des Rechtsanwaltes, Eine *Tour d'horizon* auf der Weltkarte von Erfolgshonorar und Streitanteil, dAnwBl 2006, 515 ff
- Kilian Matthias*, Das Gesetz zur Neuregelung des Verbots der Vereinbarung von Erfolgshonoraren, NJW 2008, 1905 ff
- Klauser Alexander*, Kreditzinsen – wie weiter? ecolex 2003, 659 ff
- Klauser Alexander*, Sammelklagen von Verbraucherorganisationen, in *Reiffenstein/Blaschek* (Hrsg), Konsumentenpolitisches Jahrbuch (2011)
- Klauser Alexander*, Prozessfinanzierung, Rechtsfreunde, *quota litis* und Sammelklage, VbR 2013, 12 ff
- Kletecka Andreas*, in *Koziol / Welser / Kletecka* Bd I¹⁴ (2014)
- Kletecka Andreas*, in *Aicher / Holoubek*, Der Schutz von Verbraucherinteressen (2000)
- Klicka Thomas*, Die Verwendung der Autonomen Honorar-Richtlinien im Zivilprozess, RdW 1993, 298
- Knöbl Friedrich*, Quo vadis *quota litis*? ecolex 2005, 436

-
- Kochheim Martin Lorenz*, Die gewerbliche Prozessfinanzierung, Rechtsfragen der Fremdfinanzierung von Prozessen gegen Erfolgsbeteiligung, Dissertation Hamburg (2002)
- Kodek Georg*, Massenverfahren und Verfahrensmassen, Einige Gedanken zur aktuellen Diskussion, *Zak* 2012, 66
- Kolba Peter / Leupold Petra*, Das neue Verbraucherrecht (2014)
- Korinek Stephan*, Das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, *JB1* 1999, 171 f
- Kornfeld Felix*, Leistungsunmöglichkeit, Eine zivilistische Studie unter Berücksichtigung des österreichischen Rechts (1913)
- Koziol Helmut*, Sonderprivatrecht für Konsumentenkredite? *AcP* 188, 183 ff
- Koziol Helmut / Welser Rudolf*, Bürgerliches Recht I¹² (2002)
- Koziol Helmut – Welser Rudolf / Kletecka Andreas*, Bürgerliches Recht I¹⁴ (2014)
- Kramer Rainer*, Der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot und die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften (§ 134 BGB), Dissertation Johannes Gutenberg-Universität Mainz (1976)
- Krampe Christoph*, Aufrechterhaltung von Verträgen und Vertragsklauseln in *AcP* 194, 1 ff, 13 ff, 38 ff
- Krainer Beate*, Ende der *quota litis*? *ecolex* 2007, 592 ff
- Krejci Heinz*, Über gröblich benachteiligende Nebenbestimmungen in AGB und Vertragsformblättern, *JB1* 1981, 169 ff
- Krejci Heinz*, Über „ungewöhnliche“ Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern (§ 864a ABGB), *JB1* 1981, 245 ff
- Krejci Heinz*, Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz (1981)
- Krejci Heinz*, Bewegliches System und kombinatorisch gestaltete Anfechtungs- und Nichtigkeitstatbestände, in *Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*,

Bydlinski, Krejci, Schilcher, Steininger, FS zum 80. Geburtstag *Walter Wilburg* (1986)

127 ff

Krejci Heinz, Konsumentenschutzgesetz (1986)

Krejci Heinz, in *Rummel*, ABGB Kommentar, I³ (2000)

Krejci Heinz, Honorarwettbewerb statt Honorarordnung, ÖZW 2007, 94 ff

Krejci Heinz, Gilt das *Quota-litis*-Verbot auch für Prozessfinanzierungsverträge? ÖJZ 2011,

341 ff

Krejci Heinz, in *Rummel/Lukas*, ABGB Teilband 859 – 916 Vertragsrecht⁴ (2014)

Kübl Friedrich, Geschichte der österreichischen Advokatur³ (1981)

Kutis Michael, Das „*pactum de quota litis*“ in Österreich, AnwBl 2008, 485 ff

Lansky Gabriel, Rathkolb Gregor Olivier, Steiner Elisabeth (Hrsg), Restitutionsgesetze.

Kommentar (2003)

Larenz Karl, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung³ (1963)

Larenz Karl, Juristen-Jahrbuch VII (1966/67)

Larenz Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁴ (1979)

Larenz Karl, Allgemeiner Teil des (deutschen) Bürgerlichen Rechts⁷ (1989)

Larenz Karl / Wolf Manfred, Allgemeiner Teil des (deutschen) Bürgerlichen Rechts⁹ (2004)

Leitner Max, Ist das vollständige Ende der geltungserhaltenden Reduktion gekommen? ÖJZ

2002, 711 ff

Leitner Max, Schadenersatz im Zinsenstreit, ÖJZ 2005, 321

Leitner Max, Das Transparenzgebot (2005)

Leitner Max, Schadenersatz bei AGB-Verwendung in FS *Iro* (2013) 121 ff

Lieb Manfred, Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen? Überlegungen zum

Anwendungsbereich der sogenannten Inhaltskontrolle privatrechtlicher Verträge,

AcP 17, 196 ff

Lohsing Ernst/Braun Rudolf, Österreichisches Anwaltsrecht² (1950)

Mair Simon, Prozessfinanzierung und das Verbot der Vereinbarung einer *quota litis*,

Dissertation Wien (2010)

Mayer Hans-Jochem / Kroiss Ludwig, Rechtsanwaltsvergütungsgesetz⁶ (2013)

Mayer Michael, Rückabwicklung bei Kartellrechtsverstoß – OGH zu Bierlieferungsverträgen,
10 Ob 10/12m, ecolex 2012, 369

Mayerhofer Heinrich, in *Ehrenzweig*, System des österreichischen Privatrechts, Das Recht der
Schuldverhältnisse³ 2. Buch 1. Abteilung (1986)

Mayer-Maly Theo, Auslegen und Verstehen, JBl 1969, 415

Mayer-Maly Theo, Über die Teilnichtigkeit, in *Gedenkschrift Franz Gschnitzer* (1969) 265 ff

Mayer-Maly Theo, Das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit (1971)

Mayer-Maly Theo, Der gerechte Preis, in *Frotz/Ogris*, FS *Demelius* zum 80. Geburtstag,
(1973) 139 ff

Mayer-Maly Theo, in *Klang*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch² IV/2,
733 ff (1978)

Mayer-Maly Theo, Die Bedeutung des tatsächlichen Parteiwillens für den hypothetischen, in
FS *Flume* zum 70. Geburtstag (FS *Flume* I, 1978) 621 ff

Mayer-Maly Theo, Das Ermessen im Privatrecht, in FS *Melichar* (1983) 441 ff

Mayer-Maly Theo, Die guten Sitten als Maßstab des Rechts, JuS 1986, 599 ff

Mayer-Maly Theo, Bewegliches System und Konkretisierung der guten Sitten, in Das
bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, FS zum 80. Geburtstag *Walter
Wilburg* (1986) 117 ff

Mayer-Maly Theo in *Mayer-Maly Theo / Marhold Franz*, Österreichisches Arbeitsrecht I
Individualarbeitsrecht (1987)

Medicus Dieter, Allgemeiner Teil des BGB¹⁰ (2010)

Melicharek Peter, Das *pactum de quota litis* und die Tugend des Maßhaltens, RdW 2009,
350 f

-
- Naendrup Peter-Hubert*, Die Teilnichtigkeit bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Untersuchungen zu Grundproblemen des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Dissertation Münster (1966)
- Nipperdey Hans Carl*, in *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, II¹⁵ (1960)
- Nörr Knut Wolfgang*, Romanisch-Kanonisches Prozessrecht Erkenntnisverfahren erster Instanz *in civilibus* (2012)
- Oberhammer Paul*, Sammelklage, *quota litis* und Prozessfinanzierung, *ecolex* 2011, 972 ff
- Ofner Julius*, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band II (1889)
- Orator Heinz*, Aktuelle Hauptprobleme des Berufs- und Standesrechtes der Österreichischen Advokatur, *AnwBl* 1977, 367 ff
- Palten Eva*, Dauerrabatt im Unternehmergeschäft, Interessewegfall, *VR* 2013/904
- Parzmayer Roland / Schobel Thomas*, Prozessfinanzierung: Zulässiges Erfolgshonorar oder verbotene *quota litis*? *ÖJZ* 2011, 533
- Pawlowski Hans-Martin*, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, Amts- und Parteinichtigkeit von Rechtsgeschäften, Zum Verhältnis von Privatautonomie und objektivem Recht (1966)
- Pfeiffer Thomas*, in *Grabitz Eberhard / Hilf Meinhard*, Das Recht der europäischen Union EUV/EGV EL 13 (1999)
- Pfersmann Hans*, Besprechung 3 Ob 2199/96w = SZ 71/94, *JB1* 1998, 643
- Pierer von Esch, Heinrich*, Teilnichtige Rechtsgeschäfte, Dissertation Köln (1968)
- Pilshofer Marcel*, Das rein erfolgsabhängige Honorar – zulässige Form anwaltlicher Entlohnung? *AnwBl* 2011, 177 ff
- Pilshofer Marcel*, Grundlage und Grenzen freier Honorarvereinbarungen im Anwaltsberuf, Dissertation Wien (2011)

-
- Prader Christian / Walzel von Wiesentreu Thomas*, Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, Zulässigkeit der ergänzenden Vertragsauslegung oder wie? RdW 2013, 383
- Primetshofer Bruno*, Feierliches Armutsgelübde und staatliche Erwerbsfähigkeit, Österreichisches Archiv für Kirchenrecht 1974, 274 ff
- Rebhahn Robert / Kietaibl Christoph* in *Neumayr/Reissner*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht I² (2011)
- Reich Norbert*, Kreditbürgschaft und Transparenz, NJW 1995, 1860
- Reisinger Wolfgang*, Versicherungsrechtliche Judikatur für die Wirtschaft, RdW 2004, 265 ff
- Reiter-Zatloukal Ilse*, Der Anwalt in der Vergangenheit, AnwBl 2011, 514 ff
- Renna Patricia*, Die Durchsetzung des anwaltlichen Honoraranspruchs im europäischen Rechtsverkehr (2010)
- Riedler Andreas*, in *Schwimann / Kodek*, ABGB IV⁴ (2014)
- Risak Martin*, Transparenzgebot auch im Arbeitsvertragsrecht? ecolex 2006, 880
- Roth Herbert*, Geltungserhaltende Reduktion im Privatrecht, dJZ 1989, 411 ff
- Roth Herbert*, Vertragsänderung bei fehlgeschlagener Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (1994)
- Rüthers Bernd*, Die unbegrenzte Auslegung (1968)
- Rummel Peter*, Vertragsauslegung nach der Verkehrssitte, Habilitationsschrift Wien (1972)
- Rummel Peter*, Schadenersatz aus *culpa in contrahendo* wegen Verwendung unerlaubter Allgemeiner Geschäftsbedingungen in FS Canaris (2007) 1149 ff
- Sandrock Otto*, Subjektive und objektive Gestaltungskräfte bei der Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften, AcP 159, 482 ff
- Schauer Martin*, Der EuGH und die ergänzende Vertragsauslegung: Konsequenzen der Entscheidung C-618/10, *Banesto*, RdW 2012, 639

-
- Schauer Martin*, in *Doralt Peter / Nowotny Christian / Kalss Susanne* (Hrsg),
Privatstiftungsgesetz, Kommentar (1995)
- Schilcher Bernd*, Das Transparenzgebot im Vertragsrecht, in *Aicher Josef / Holoubek Michael*, Der Schutz von Verbraucherinteressen (2000) 124 ff
- Schlosser Peter*, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*¹³ Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 305-310; UKlaG (Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen) (2006)
- Stölzle Carl*, Der Rechtsanwalt als "Kreditvermittler", AnwBl 1973, 274 ff
- Schwab Martin*, AGB-Recht² (2014)
- Simitis Konstantin*, Gute Sitten und *ordre public* (1960)
- Slonina Michael*, HG Wien: VKI-Prozessfinanzierungsmodell für AWD-Sammelklagen verstößt nicht gegen § 879 Abs 2 Z 2 ABGB, ecolex 2012, 315
- Spielbüchler Karl*, Zur betrieblichen Regelung der Arbeitszeit, DRdA 1972, 133 ff
- Spielbüchler Karl*, in *Floretta Hans / Spielbüchler Karl / Strasser Rudolf*, Arbeitsrecht I⁴ (1998)
- Stampfer Michael*, Die Anfänge des Mieterschutzes in Österreich (1995)
- Streinz Rudolf*, Europarecht⁷ (2005)
- Thiele Clemens*, Anwaltskosten RATG mit Praxiskommentierung³ (2011)
- Thiele Clemens*, Kalkulierte Strafen bei der Berufsausübung, RdW 1998, 639 ff
- Thiery Gottfried*, Die Pauschalhonorarvereinbarung, AnwBl 2006, 431 ff
- Tomandl Theodor / Schrammel Walter*, Arbeitsrecht I⁵ (2005)
- Trillmich Philip*, Klauselkontrolle nach spanischem Recht im Vergleich mit der Klauselrichtlinie 93/13/EWG (2009)
- Tschaler Thomas*, Zur Statthaftigkeit der Klausel "soweit gesetzlich zulässig" in AGB bei Verbraucherverträgen, ÖJZ 1998, 281 ff
- Uffmann Katharina*, Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion (2010)

- Unger Joseph*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II⁵ (1892) (digitalisiert abrufbar - Stand 22.11.2014, 11.55 - unter <http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22211489%22>)
- Ulmer Peter*, Teilunwirksamkeit von teilweise unangemessenen AGB-Klauseln? NJW 1981, 2025 ff
- Ulmer Peter, Brandner Hans Erich, Hensen Horst-Diether*, AGB-Recht¹⁰ (2006)
- Wambacher Jeannette*, Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gesetzes- und sittenwidriger Verträge (2004)
- Watson Alan*, *Sources of Law, Legal Change and Ambiguity*² (1998)
- Weißler Adolf*, Geschichte der Rechtsanwaltschaft (1905)
- Welser Rudolf*, Anmerkungen zum KSchG, JBl 1979, 449 ff
- Welser Rudolf*, Die Beschränkung der Vertragsfreiheit beim Konsumentengeschäft, JBl 1980, 1 ff und 72 ff
- Wenusch Hermann*, *Protestatio facto contraria non valet?* Überlegungen zum Vertragsabschluss bei Inanspruchnahme von öffentlich angebotenen Leistungen am Beispiel des Parkplatzfalles, ZVR 2055, 112 ff
- Westphalen Friedrich Graf von*, Unionsrechtliche Folgen des AGB-Missgriffs, NJW 2012, 1770 ff
- Wieacker Franz*, Gemeinschaftlicher Irrtum der Vertragspartner und *clausula rebus sic stantibus*, in FS *Walter Wilburg* (1965) 252 ff
- Wilhelm Georg*, *Quota litis quo vadis?* ecolex 2007, 489
- Wilburg Walter*, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht (1950)
- Wolf Manfred*, in *Wolf Manfred / Horn Norbert / Lindacher Walter*, AGB Recht, Kommentar⁵ (2009)
- Zimmermann Reinhard*, Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit? Die rechtliche Behandlung anstößiger-übermäßiger Verträge (1979)

Zöchling-Jud Brigitta, Testierabsicht, Form und Konversion, NZ 2001, 17 ff

Anhang (Abstract)

Deutsch

Die Vereinbarung eines Streitanteilshonorars, also eines vorerst noch unbestimmten, aber bestimmbaren Honorars in Höhe eines prozentuellen Anteiles an dem für den Mandanten erstrittenen Betrag, wird als *pactum de quota litis* bezeichnet und ist gem § 879 Abs 2 Z 2 ABGB nichtig.

Die Arbeit befasst sich mit der Frage, was unter dem Begriff der Nichtigkeit zu verstehen ist und welche Konsequenzen mit einer zivilrechtlichen Nichtigkeitsanordnung verbunden sind. Insbesondere wird erörtert, in welchen Fällen Gesamt- und wann Teilnichtigkeit eintritt.

Sofern keine Gesamtnichtigkeit eintritt, stellt sich die Frage, wie mit dem Restvertrag umzugehen ist. Zum einen könnte der Vertrag geltungserhaltend reduziert und somit geheilt werden, um dem gesetzlichen Verbot Rechnung zu tragen. Zum anderen könnte nach Wegfall des nichtigen Vertragsteiles im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung eine zulässige Regelung geschaffen werden, wobei auch zu hinterfragen ist, welche Rolle dem Parteiwillen und der Unterscheidung zwischen Umstands- und Inhaltssittenwidrigkeit zukommen. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Rolle des § 917a ABGB einzugehen.

In der Folge werden einzelne Nichtigkeitstatbestände näher untersucht und es wird auf die Auswirkungen der Rsp des EuGH besonders in Hinblick auf das Verbraucherrecht eingegangen.

Die gewonnenen Erkenntnisse werden an das Thema des *Quota-litis*-Verbotes angelegt, deren Entstehungsgeschichte, Schutzzweck, aktuelle Zielsetzung und Bedeutung beleuchtet werden.

Im Rahmen der Erörterung wird ein kurzer Überblick über das Honorarrecht der Rechtsanwälte gegeben und auf Zulässigkeit und Grenzen der gängigen Honorarmodelle eingegangen.

Schließlich wird untersucht, welche Auswirkung die Nichtigkeitsanordnung konkret auf getroffene Streitanteilsvereinbarungen hat, ob die Honorarvereinbarung oder gar der gesamte Anwaltsvertrag zur Gänze entfallen, welche Möglichkeiten einer Aufrechterhaltung bestehen und worauf beim Ersatz eines allenfalls wegfallenden Teiles der Vereinbarung zu achten ist.

Zielsetzung ist eine Darstellung der geltenden Rechtslage und in Gegenüberstellung dazu der Vorschlag einer allfälligen Neuregelung unter Berücksichtigung der Interessenslagen von Klient und Rechtsanwalt und Berücksichtigung der geänderten Wettbewerbssituation und Marktverhältnisse.

English

The stipulation of a remuneration proportional to the adjudicated plaintiff's claim, in other words of a non-defined yet definable attorney's fee, is qualified as *pactum de quota litis* which is void according to sec 879 para 2 item 2 of the Austrian Civil Code.

This thesis attends to the definition of the term of nullity and to the question which consequences are triggered as a result. In particular it focusses on the differentiation between total and partial nullity.

If a total nullity is not eventuated, the question arises, how to handle the remaining part of the contract. On the one hand, the contract could be reduced to a level of validity (partial retention) in order to cure the contract and to take account of the statutory prohibition. On the other hand, a permissible provision instead of the void part of contract could be created by means of supplementary interpretation of the contract taking into account which part the intent of the parties enacts and whether there is a relevant difference between the violation of moral principles and the violation of circumstances. In this context the thesis also elaborates on the role of sec 917a of the Austrian Civil Code.

Subsequently, individual provisions of nullity as of different material areas of application are scrutinized highlighting the consequences of the relevant ECJ-jurisdiction with a particular focus on consumer legislation.

The gained results are employed on the subject matter, the *quota-litis*-ban. Also examined are the legislative history, the protective purpose, the contemporary objective and the current relevance of the provision. The thesis also renders a general view of compensation law in

respect of attorneys and elaborates on the legitimacy and limitations of contemporary attorney's fee models.

Eventually the effects of a provision of nullity on an entered agreement and the question whether the entire compensation agreement or even the contract in total cease to exist are examined. As a consequence, the thesis elaborates on the alternatives of a preservation of the affected provision and the question what has to be taken into account in case of a substitution of such provision.

Objective target is an overview on the present legislation and in comparison to this a proposal of an eventual new regulation under consideration of the interests of client and attorney with a view to the changed competitive context and conditions of the market.