



REPUBLIK ÖSTERREICH
Landesgericht Eisenstadt

13 R 147/18t

Im Namen der Republik

Das Landesgericht Eisenstadt als Berufungsgericht hat durch die Richter Mag. Claudia Gradwohl-Klein (Vorsitzende), Mag. Thomas Bruckner und Mag. Markus Grems in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1080 Wien, vertreten durch die Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in 1030 Wien, wider die beklagte Partei **Peter Stangl GmbH**, Steinamangererstraße 160, 7400 Oberwart, vertreten durch die ASPIDA Sudi Siarlidis Huber Ehß Rechtsanwälte OG in 8010 Graz, wegen EUR 3.116,40 s.A., über die Berufung der beklagten Partei (Berufungsinteresse: EUR 3.116,40) gegen das Urteil des Bezirksgerichts Oberwart vom 30.07.2018, GZ 5 C 7/18v-16, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **n i c h t** Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 730,97 (darin enthalten EUR 121,83 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Mit Mahnklage vom 04.01.2018 beehrten die klagende Partei von der beklagten Partei Zahlung in Höhe von EUR 3.116,40 s.A. und brachte dazu vor, dass die Ehegatten [REDACTED] und [REDACTED] ihren Anspruch an die klagende Partei abgetreten haben. Diese seien von einem mit der beklagten Partei anlässlich eines Besuches bei der Messe Wien Wohnen und Interieur 2015 abgeschlossenen Kaufvertrag über Lieferung und Montage einer Küche zurückgetreten. Auf der Rückseite des Kaufvertragsformulars sei unter anderem festgehalten worden, dass im Falle eines Vertragsrücktrittes die beklagte Partei die Wahl habe, am Vertrag festzuhalten oder der Auflösung desselben zuzustimmen, wobei im letzteren Fall der Kunde nach Wahl der beklagten Partei einen pauschalierten Schadenersatz in Höhe von 20 % des Bruttorechnungsbetrages oder den tatsächlich entstandenen Schaden zu bezahlen habe. Die beklagte Partei habe der Vertragsauflösung zugestimmt und eine Stornogebühr in Höhe von EUR 2.100,60 verlangt. Dieses Begehren sei letztlich vom OGH abgewiesen worden und habe dieser die Klausel, die der beklagten Partei eine 20%ige Stornogebühr ohne weitere Einschränkungen zuerkannt habe, als gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB beurteilt. Auf diese Entscheidung des OGH im Vorverfahren stützend habe die beklagte Partei mit Schreiben vom 09.10.2017 das Ehepaar [REDACTED] dennoch aufgefordert, eine Zahlung in der Höhe der klagsgegenständlichen Summe vorzunehmen, weil ihr diese Summe trotz der als unwirksam qualifizierten Klausel im Vertrag zustehen würde. Die beklagte Partei übersehe jedoch, dass res iudicata vorliege und sie es unterlassen habe, im Vorver-

fahren ein diesbezügliches auf § 1168 ABGB gestütztes Vorbringen zu erstatten. Aufgrund der unwirksamen Stornogebührenklausel sei überdies ein Rückgriff auf dispositives Recht in Form des § 1168 ABGB verwehrt.

Die beklagte Partei bestritt dieses Klagebegehren, beantragte Klagsabweisung und wandte ein, dass die Ehegatten [REDACTED] vom Kaufvertrag unberechtigt zurückgetreten seien. Es liege keinesfalls eine res iudicata vor und könne keine Rede davon sein, dass die beklagte Partei einer Auflösung des Vertrages ohne Gegenleistung zugestimmt habe. Darüber hinaus habe sie eine Forderung gar nicht geltend gemacht, sondern lediglich angefragt, ob seitens der Ehegatten [REDACTED] die Bereitschaft bestehen würde, den klagsgegenständlichen Betrag zu übernehmen.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht dem Klagebegehren zur Gänze Folge und verurteilte die beklagte Partei zu einer Zahlung in Höhe von EUR 3.116,40 s.A., wobei es nachstehende, den Seiten 2 bis 4 der Urteilsausfertigung zu entnehmenden Feststellungen traf:

Das Ehepaar [REDACTED] bestellte ursprünglich bei der Beklagten auf einer Messe eine Küche, trat allerdings vom unmittelbar dort geschlossenen Kaufvertrag im Nachhinein unberechtigt zurück. Die beklagte Partei akzeptierte diesen Rücktritt und forderte eine Stornogebühr gemäß ihrer AGB. Aufgrund Nichtzahlung brachte die hier Beklagte gegen die Zeugen [REDACTED] die in weiterer Folge von der Klägerin hier, dem VKI, vertreten wurden, die Klage zu 5C 397/15t des BG Oberwart ein. Diese Klage wurde mit Entscheidung des Obersten Gerichtshofes letztendlich rechtskräftig abgewiesen und wurde festgehalten, dass die gegenständliche Stornoklausel als rechtsmissbräuchlich zur Gänze zu entfallen habe. Im Vorverfahren wurde von

der beklagten Partei nicht vorgebracht, dass der beklagten Partei eventualiter gemäß § 1168 Abs 1 ABGB das vereinbarte Entgelt abzüglich dessen, was sie infolge Unterbleibens der Aufwendungen sich erspart hätte bzw. durch anderweitige Verwendung hätte erworben oder zu erwerben versäumt worden wäre, zustehe. Nach rechtskräftiger Klagsabweisung übermittelte die beklagte Partei durch ihre Rechtsvertretung mit Schreiben vom 09.10.2017 der Klagevertretung ein Schreiben, mit welchem sie ihre Ansprüche mit insgesamt EUR 3.116,40 zuzüglich der Kosten des Einschreitens der Beklagtenvertretung von EUR 258,-- bezifferte. Unter anderem lautete dieses Schreiben wie folgt: „Ausgehend von der nunmehr vorgegebenen, verbindlichen Rechtsansicht des Österreichischen Höchstgerichts in der Entscheidung 3 Ob 237/16y vom 26.1.2017 gebührt meiner Klientin aufgrund des ungerechtfertigten Vertragsrücktritts der Ehegatten [REDACTED] (ungeachtet der als unwirksam qualifizierten Klausel in der AGB) das im Vertrag vereinbarte Entgelt abzüglich allfälliger Ersparnisse. Hiervon ausgehend errechnet sich der Anspruch meiner Klientin unter Heranziehung des vereinbarten Gesamtpreises laut Kaufvertrag ... somit insgesamt mit EUR 3.374,40. Im Sinne dieser Ausführungen ersuche ich um Mitteilung, ob das vorliegende Schreiben an die Ehegatten [REDACTED] zur Kenntnis gebracht werden (widrigenfalls hätte die Versendung durch meine Kanzlei im Postwege zu erfolgen) und in weiterer Folge hierzu zum Zwecke der außergerichtlichen Erledigung eine inhaltliche Rückmeldung erstattet bzw. die Berichtigung des obigen Betrages bis 23.10.2017 auf unser in der Fußzeile ausgewiesenes Kanzleikonto veranlasst werden kann.“ Die beklagte Partei wollte mit diesem Schreiben selbst allerdings keine kon-

krete Forderung geltend machen. Sie wollte lediglich eine Anfrage stellen, ob seitens der Ehegatten [REDACTED] die Bereitschaft bestehen würde, den nach Meinung der beklagten Partei bestehenden Schadensbetrag zu übernehmen. Noch im gegenständlichen Vorbringen brachte die Beklagte vor, dass eine Geltendmachung oder gar die Androhung weiterer Schritte bei Nichtzahlung niemals erfolgt wäre. Die Zeugen Höfing legten dieses Schreiben jedoch ebenso wie die klagende Partei, der die Zeugen Höfing ihre Ansprüche abtraten, als Zahlungsaufforderung aus. Die Zeugen [REDACTED] zahlten deshalb nach Rechtsberatung durch den VKI die im Schreiben angeführte Summe von EUR 3.116,40 unter Vorbehalt, wobei sie die darin enthaltenen Kosten des anwaltlichen Einschreitens des Beklagtenvertreters in Höhe von EUR 258,-- aufgrund dieser Beratung abzogen und nicht zur Anweisung brachten. Die Zeugen [REDACTED] teilten der beklagten Partei ausdrücklich schriftlich nochmals mit, dass ihre Zahlung unter Rückforderungsvorbehalt erfolgt wäre und eine Rückforderung auch beabsichtigt wäre. Nachdem sich die beklagte Partei schließlich weigerte, diesen Betrag nach Aufforderung wieder zurückzuzahlen, sondern diesen unter Berufung auf den ihr entstandenen Schaden einbehielt, brachte die klagende Partei nach Abtretung ihrer Ansprüche durch die Zeugen [REDACTED] die gegenständliche Klage ein. Die beklagte Partei kalkuliert ihre Aufträge grundsätzlich mit einem 35%igen Deckungsbeitrag. An Montagekosten verrechnet sie grundsätzlich EUR 30,-- pro Mann, wobei für eine Küche wie im gegenständlichen Fall mit etwa 8,3 Laufmetern zwei Mann ca 10 bis 12 Stunden insgesamt beschäftigt sind, wodurch sich bei einer Verrechnung von EUR 1.599,-- für Montagekosten ein Überhang von EUR 1.000,-- zugunsten der

beklagten Partei ergeben würde. Den Wareneinsatz selbst berechnet die Beklagte für sich regelmäßig mit 65 % des Gesamtpreises laut Kaufvertrag. Wie hoch der konkrete Deckungsbeitrag der Beklagten tatsächlich liegt bzw. wie hoch der tatsächliche Reingewinn im gegenständlichen Fall gewesen wäre bzw. was sich die Beklagte an Aufwendungen und Sonstigem erspart hätte kann objektiviert nicht festgestellt werden.

Rechtlich beurteilte das Erstgericht diesen Sachverhalt dahingehend, dass aufgrund der Zahlung einer sogenannten Nichtschuld den Zeugen [REDACTED] bzw. der klagenden Partei ein Rückforderungsanspruch zustehe. Soweit die beklagte Partei vermeinte, den erhaltenen Betrag behalten zu können, stehe dem einerseits das rechtliche Vorbringen der klagenden Partei bezüglich der res iudicata entgegen sowie andererseits die mangelnde konkrete Feststellbarkeit eines allfälligen Anspruches der beklagten Partei. Eine nicht nachprüfbare Selbstberechnung eines Deckungsbeitrages könne einen konkret entstandenen Schaden bzw. einen konkret bestehenden Deckungsbeitrag im objektiven bereicherungsrechtlichen Sinn nicht ersetzen, sodass das diesbezügliche bereicherungsrechtliche Vorbringen der beklagten Partei unschlüssig sei.

Gegen dieses Urteil richtet sich die rechtzeitige Berufung der beklagten Partei mit dem Antrag, dieses dahingehend abzuändern, dass das Klagebegehren vollinhaltlich abgewiesen werde; in eventu wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die klagende Partei beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

Strittig und aus praktischen Erwägungen vorweg zu

prüfen ist, ob in vorliegender Rechtssache tatsächlich bereits eine „res iudicata“ vorliegt, zählt doch die Bindung an rechtskräftige Entscheidungen zu den Grundwertungen des Zivilverfahrensrechtes.

§ 411 Abs 2 ZPO enthält die Hauptaussage der ZPO bezüglich der materiellen Rechtskraft, nämlich ihre Konstruktion als Prozesshindernis (10 Ob 11/08b), und verwirklicht damit in perfekter Weise den Grundsatz des „ne bis in idem“, weil diese - wie die Streitanhängigkeit - schon die Einleitung eines Prozesses über die selbe Sache zwischen den selben Parteien verhindert. Nach § 411 Abs 1 ZPO bezieht sich die Rechtskraft des Urteils auf den in der Klage oder Widerklage geltend gemachten Anspruch. Dieser Anspruch kann genauso wenig wie der in der Klage geltend gemachte der materiell rechtliche Anspruch sein, sondern vielmehr der (rein prozessuale) Urteilsgegenstand, also der durch die Tatsachenfeststellungen des Urteils konkretisierte und durch seine rechtliche Qualifikation individualisierte Streitgegenstand (vgl *Fasching* Rz 1514). Gegenstand der materiellen Rechtskraft ist demnach (nur) die anhand des der Entscheidung zugrunde gelegten Sachverhalts und seiner rechtlichen Qualifikation festgestellte Rechtsfolge.

Die Identität des Anspruchs, bei der eine neue Klage ausgeschlossen ist (Einmaligkeitswirkung), liegt daher dann vor, wenn der Streitgegenstand der neuen Klage und der Urteilsgegenstand des schon vorliegenden Urteils gleich sind, also sowohl das Begehren inhaltlich das selbe fordert, was bereits rechtskräftig zuerkannt oder aberkannt wurde, als auch - unter Zugrundelegung der zweigliedrigen Streitgegenstandstheorie - die zur Begründung vorgebrachten Tatsachen den im Prozess festgestell-

ten entsprechen (vgl dazu ua 2 Ob 71/07s; 5 Ob 270/09f JBl 2010, 52; 8 ObA 62/11t, EvBl LS 2012/13, 188; 6 Ob 218/11f; 2 Ob 53/12a; 1 Ob 173/12s; RIS-Justiz RS0041229). Nach der in der Rechtsprechung bevorzugten zweigliedrigen Streitgegenstandstheorie, nach der es auf den rechtserzeugenden Sachverhalt ankommt, ist die Einmaligkeitswirkung nicht gegeben, wenn die rechtserzeugenden Tatsachen nur teilweise übereinstimmen, also beim später geltend gemachten Anspruch weitere rechtserzeugende Tatsachen hinzutreten. Jüngst hat der OGH jedoch - durchaus im Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung - eine Art Kernpunkttheorie entwickelt, nach der entscheidend sein soll, ob die relevanten Tatsachenbehauptungen im Folgeprozess im Wesentlichen, also „im Kern“, dem festgestellten rechtserzeugenden Sachverhalt im Vorprozess entsprechen, sodass die völlige Identität des rechtserzeugenden Sachverhalts demnach nicht mehr Voraussetzung für die Identität des Anspruchs ist (RIS-Justiz RS0039347 [T32]; 5 Ob 7/11g; 10 Ob 27/18w; Rechberger in Rechberger⁴ § 411 Rz 7 mwN). Die Parteien sind auch dann vom Vorbringen neuer anspruchsbegründender oder anspruchvernichtender Tatsachen in einem zweiten Verfahren zum selben Begehren präkludiert, wenn diese Tatsachen schon den im Vorverfahren geltend gemachten Anspruch hätten stützen oder abwehren können (RIS-Justiz RS0039347 [T16, T17, T18, T22, T28]; 5 Ob 6/06b RZ 2006, 153; 5 Ob 220/10d JBl 2012, 190; 7 Ob 116/11a ecolex 2012/96, 223 mwN). Grundsätzlich erfasst die Rechtskraft des Urteiles daher den Anspruch, also die rechtliche Ableitung des vorgetragenen Begehrens aus den behaupteten und erwiesenen Tatsachen. Die Parteien trifft im Zivilprozess mitverantwortlich die Pflicht zur Beischaffung des Entscheidungssubstrates. Vor

die Beweispflicht tritt die Behauptungslast, da die Autorität staatlicher Streitschlichtung die Erfüllung prozessualer Verpflichtungen der Parteien und des Gerichtes fordert. Es soll der streitige Anspruch ein für allemal erledigt sein. Dies zwingt zur Annahme einer Präklusionswirkung der Rechtskraft im Umfang der Entscheidung über den streitigen Anspruch, d.h. hinsichtlich des Urteils- und damit des Rechtskraftgegenstandes. Durch die Rechtskraft der Entscheidung ist demnach das Vorbringen aller Tatsachen ausgeschlossen, die zur Begründung oder Widerlegung des entschiedenen Anspruches rechtlich erforderlich waren und schon bei Fällung der Entscheidung bestanden haben (Klicka in Fasching/Konecny³ III/2 § 411 ZPO Rz 87). Derartiges neues Tatsachenvorbringen wird nur dann durch die Rechtskraft der Vorentscheidung nicht präkludiert, wenn es mit dem Prozessstoff des ersten Rechtstreits nicht im Zusammenhang steht (5 Ob 220/10d JBl 2012, 190; 7 Ob 116/11a ecolex 2012/96, 223 mwN). Gleiches gilt auch für das begriffliche Gegenteil: Jeder bejahende Urteilsspruch verneint sein kontradiktorisches Gegenteil (EvBl 1969/6 = MietSlg 20.697; Rechberger aaO Rz 8).

Bedeutet der rechtskräftig entschiedene Anspruch eine Vorfrage für den mit der neuen Klage geltend gemachten Anspruch (ist die rechtskräftige Entscheidung also präjudiziell), verhindert der Sachzusammenhang zwischen dem neuen Begehren und dem vorliegenden Urteilsspruch eine selbständige Beurteilung der Vorfrage im zweiten Prozess: Die Bindungswirkung der materiellen Rechtskraft bewirkt eine inhaltliche Bindung an die Entscheidung des Vorurteils (6 Ob 3/19p; Rechberger aaO Rz 9 mwN).

Da sich die materielle Rechtskraft aber nur auf die im Urteil festgestellte Rechtsfolge bezieht, werden die Urteilelemente, das sind die logischen Voraussetzungen und Folgen des Urteils, - isoliert betrachtet - nicht von der Rechtskraft erfasst. Zu diesen Urteilelementen gehören die der Entscheidung zugrunde gelegten Tatsachenfeststellungen und die rechtliche Beurteilung (*Rechberger* aaO Rz 10). Daraus wurde die Faustregel abgeleitet, dass nur der Spruch der Entscheidung, nicht aber die Entscheidungsgründe in Rechtskraft erwachsen. Der Spruch allein reicht aber nur ganz selten zur Bestimmung des Rechtskraftumfangs einer Entscheidung aus; deshalb werden die Entscheidungsgründe insoweit der Rechtskraft teilhaftig, als sie zur Auslegung und Individualisierung des Spruchs notwendig sind (relative Rechtskraftwirkung der Entscheidungsgründe (*Rechberger* aaO Rz 10 mwN).

Eine Bindungswirkung ist daher auch dann anzunehmen, wenn zwei Prozesse in einem so engen inhaltlichen Zusammenhang stehen, „dass Rechtssicherheit und Entscheidungsharmonie keine einander widersprechenden Entscheidungen gestatten“: So soll etwa die Abweisung eines Begehrens auf Einverleibung eines Eigentumsrechtes wegen angeblicher Schlechtgläubigkeit des jetzigen Eigentümers beim Erwerb im nachfolgenden Räumungsprozess gegen den vorherigen Kläger bindende Wirkung äußern: *MietSlg* 22.618; ähnlich *RZ* 1977/49 = *MietSlg* 28.603; ein erfolgreiches Räumungsbegehren und der Verneinung des Vorliegens einer Schenkung bzw. Heiratsgutbestellung soll Bindungswirkung im Folgeverfahren auf Anerkennung des bürgerlichen Eigentums infolge Schenkung oder Erfolg der Heiratsgutbestellung entfalten: *MietSlg* 47.650; die Bejahung der Unternehmensveräußerung in einem Verfahren gemäß

§ 37 Abs 1 Z 8 MRG soll in einem so engen Individualisierungskonnex mit der Festsetzung des angemessenen Mietzinses stehen, das hinsichtlich der Bejahung der Unternehmensveräußerung in einem weiteren Verfahren, in dem die Differenz zwischen früherem und neu festgesetzten Mietzins aus dem Titel des Schadenersatzes wegen der unterlassenen Anzeige der Unternehmensveräußerung sowie die Räumung des Bestandsobjektes wegen Zinsrückstandes gemäß § 1118 ABGB begehrt wird, Bindung besteht (RdW 1996, 265 = MietSlg 47.649; Rechberger aaO § 411 ZPO Rz 11 mwN);

Für die Beurteilung der vorliegenden Rechtssache bedeutet dies, dass zu prüfen ist welcher Anspruch Gegenstand der Entscheidung im Vorverfahren war. Dazu ist festzuhalten dass die klagende Partei zutreffend darauf verweist, dass Gegenstand dieses Vorverfahrens war, ob der beklagten Partei nach dem Vertragsrücktritt des Ehepaars [REDACTED] Ansprüche auf Zahlung aus dem Kaufvertrag zustehen bzw. konkret, ob die beklagte Partei zur Rückzahlung der nur unter Vorbehalt vom Ehepaar [REDACTED] bereits an sie geleisteten Zahlung verpflichtet ist, nachdem das Ehepaar [REDACTED] seinen Anspruch auf Rückforderung dieser Zahlung an die klagende Partei abgetreten hatte. Aufgrund der prozessualen Diligenzpflicht, also der den Parteien auferlegten Behauptungs- und Beweispflicht, wäre es daher an der beklagten Partei gelegen, sämtliche anspruchsvernichtenden Tatsachen bereits in diesem Verfahren vorzubringen, um in einem zweiten Verfahren zum selben Begehren von einem solchen anspruchsvernichtenden Vorbringen nicht präkludiert zu sein. Es wäre daher Aufgabe und Pflicht der beklagten Partei gewesen, sämtliches ihr im Vorverfahren bereits mögliches Vorbringen zu erstatten, das den Anspruch auf Rückzahlung

des an sie nach dem unberechtigten Vertragsrücktritt bereits bezahlten Betrages vernichtet und somit zu einer Abweisung der Klage geführt hätte. Vorbringen, wonach dem an die klagende Partei abgetretenen Rückzahlungsanspruch, ein der beklagten Partei (allenfalls) zustehender Entgeltanspruch nach § 1168 Abs 1 ABGB entgegensteht bzw. der Anspruch der beklagten Partei auf Zahlung eines Geldbetrages nach dem unberechtigten Vertragsrücktritt auch auf Tatsachen gestützt wird, die einen Zahlungsanspruch ihrerseits im Sinne des § 1168 Abs 1 ABGB begründen, hat die beklagte Partei im Vorverfahren allerdings, obwohl ihr dies ohne weiteres möglich gewesen wäre, aber gerade nicht erstattet, sondern lediglich vorgebracht, dass dem im Vorverfahren von der klagenden Partei klagsweise geltend gemachten Anspruch auf Rückzahlung der an die beklagten Partei geleisteten Zahlung (aufgrund des unberechtigten Vertragsrücktrittes) ihr Anspruch auf Zahlung der vertraglich vereinbarten Stornogebühr entgegenstehen würde. Der Oberste Gerichtshof beurteilte diese pauschalierte Stornogebühr aufgrund der gröblichen Benachteiligung jedoch als nichtig und verurteilte in Folge die beklagte Partei, auch und gerade weil diese ein ihr mögliches Vorbringen gemäß § 1168 ABGB in der ersten Instanz des Vorverfahrens gar nicht erstattet hatte, im Vorverfahren zur Rückzahlung des bereits an sie bezahlten Betrages. Dies bedeutet jedoch im Ergebnis, dass damit abschließend darüber abgesprochen wurde, dass der beklagten Partei nach dem (unberechtigten) Vertragsrücktritt Zahlungsansprüche gegen ihren Vertragspartner aufgrund des Kaufvertrages betreffend der Einbauküche nicht zustehen, und zwar weder aufgrund der vereinbarten und vom Obersten Gerichtshof als nichtig beurteilten Stornogebühr noch aufgrund des §

1168 Abs 1 ABGB, sodass die neuerliche Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Kaufvertrag durch die beklagte Partei aufgrund des unberechtigten Vertragsrücktrittes ihres Vertragspartners aufgrund des Vorliegens der res iudicata nicht möglich ist

Festzuhalten ist ferner, dass § 1168 Abs 1 ABGB bestimmt, dass dem Unternehmer bei Unterbleiben der Ausführung des Werkes gleichwohl das vereinbarte Entgelt gebührt, wenn er zur Leistung bereit war und durch Umstände, die auf Seite des Bestellers liegen daran gehindert worden ist, wobei er sich jedoch anrechnen muss, was er infolge Unterbleibens der Arbeit erspart oder zu erwerben absichtlich versäumt hat. § 1168 Abs 1 ABGB bestimmt daher jene Voraussetzungen, unter denen die Preisgefahr, unterbleibt die Ausführung des Werks, den Besteller trifft (Rebhahn in Schwimann, ABGB² § 1168 Rz 1). Beim Werkvertrag konkurriert, wenn eine Abnahmepflicht des Werkes durch den Besteller nicht vereinbart ist, aus der Tatsache der Auftragsvereitelung allein, mit dem Anspruch des Unternehmers auf das (eingeschränkte) Entgelt kein gesonderter Schadenersatzanspruch (RIS-Justiz RS0021805). § 1168 ABGB enthält zwar entgegen § 649 erster Satz BGB kein Recht des Bestellers auf jederzeitige Abbestellung des Werkes, doch wird dieses Recht von Lehre und Rechtsprechung daraus abgeleitet, dass der Unternehmer kein Recht auf Werkherstellung hat, weil es widersinnig wäre, den Besteller an einen Vertrag zu binden, dessen Ergebnis ihm allein zukommen soll, und ihm derart ein Werk aufzudrängen, das seinen Interessen möglicherweise gar nicht mehr entspricht, obwohl dem Unternehmer, dem es gewöhnlich nur um die Vergütung für die Herstellung des Werkes geht, ohnehin den (eingeschränk-

ten) Werklohnanspruch nach § 1168 Abs 1 erster Satz ABGB hat. Ist aber die Abbestellung des Werkes durch den Besteller nicht rechtswidrig, so kann dem Unternehmer daraus auch kein Schadenersatzanspruch zustehen (1 Ob 268/03y). Gemäß diesen Erwägungen ist die in den AGB festgelegte Stornogebühr - für den Fall der Annahme des Vertragsrücktrittes durch die beklagte Partei - ungeachtet ihrer Bezeichnung als Pauschalierung des (eingeschränkten) Entgeltanspruches gemäß § 1168 Abs 1 erster Satz zu sehen (1 Ob 268/03y). Dafür spricht im überigen auch, dass die Bestimmung des § 1168 ABGB dispositives Recht ist, sodass davon von den Normunterworfenen auch abgewichen werden kann. Festzuhalten ist daher, dass für den Fall des unbegründeten Vertragsrücktrittes im vorliegenden Fall in den AGB der beklagten Partei daher eine Regelung dahin enthalten war, dass die beklagte Partei nach ihrer Wahl entweder auf der Erfüllung bestehen oder den Vertragsrücktritt annehmen kann, wobei ihr im letzteren Fall nach ihrer Wahl entweder ein pauschalierter Schadenersatz in Höhe von 20 % des Bruttorechnungsbetrages (Stornogebühr) oder der tatsächliche Schaden zusteht.

In vorliegender Rechtssache hat die beklagte Partei den Vertragsrücktritt angenommen und sich für die 20 %ige Stornogebühr entschieden, die allerdings bereits im Vorverfahren (3 Ob 237/16y) vom Obersten Gerichtshof als nichtig beurteilt wurde.

Es ist daher zunächst auf die ständige Rechtsprechung zu verweisen, wonach für die geltungserhaltende Reduktion missbräuchlicher Vertragsklauseln nicht nur im Verbandsprozess kein Raum ist (RIS-Justiz RS0016950), sondern auch darauf, dass nach jüngerer Rechtsprechung die geltungserhaltende Reduktion nicht im einzelnen aus-

gehandelter missbräuchlicher Klauseln auch im Individualprozess über ein Verbrauchergeschäft nicht mehr in Frage kommt (RIS-Justiz RS0128735, EuGH 14.06.2012, Rs C-618/10, Banco Espaniol de Credito/Joaquin Calderon Camino Rn 65; EuGH 21.12.2016, verbundene Rs Gutiérrez Naranjo, C-154/15, Palacios Martínez, C-307/15, und Banco Popular Espanol SA C-308/15, Rn 57). Letzteres hat der Oberste Gerichtshof in seiner Entscheidung im gegenständlichen Vorverfahren ebenfalls ausdrücklich ausgesprochen.

Weiters ist aber auch zu prüfen, ob für den Fall der Unwirksamkeit einer Stornoklausel der Rückgriff auf dispositives Recht, in diesem Fall auf die Bestimmung des § 1168 Abs 1 ABGB, überhaupt noch möglich ist. In der Entscheidung vom 21.01.2015, verbundene RS Unicaja Banco SA, C-482/13, und Caixabanca SA, C-484/13, C-485/13 und C-487/13, sprach der EuGH aus, dass der Lückenschluss mittels dispositivem Recht bei Wegfall einer missbräuchlichen Vertragsklausel ausdrücklich auf die Fälle beschränkt ist, in denen die Ungültigerklärung der missbräuchlichen Klausel das Gericht verpflichten würde, den gesamten Vertrag als nichtig zu erklären, was dazu führen würde, dass der Verbraucher Konsequenzen ausgesetzt werden würde, die derart seien, dass er dadurch bestraft würde.

In der Rs C-154/15, Gutiérrez Naranjo, vom 21. 12. 2016, bekräftigte der EuGH, dass es sich bei der Art 6 Abs 1 Klausel-RL um eine zwingende Bestimmung handle, 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 wiederherzustellen (Rn 55). Aufgrund von Art und Bedeutung des öffentlichen Interesses,

auf dem der Schutz beruhe, der den Verbrauchern gewährt werde, weil sie sich gegenüber den Gewerbetreibenden in einer Position der Unterlegenheit befänden, verpflichte die Klausel-RL, wie sich aus ihrem Art 7 Abs 1 in Verbindung mit ihrem 24. Erwägungsgrund ergebe, die Mitgliedstaaten, angemessene und wirksame Mittel vorzusehen, „damit der Verwendung missbräuchlicher Klauseln durch einen Gewerbetreibenden in den Verträgen, die er mit Verbrauchern schließe, ein Ende gesetzt werde“. Um das zu erreichen, habe das nationale Gericht eine missbräuchliche Vertragsklausel schlicht unangewendet zu lassen, damit sie den Verbraucher nicht binde, ohne dass es befugt wäre, deren Inhalt abzuändern (Rn 57 unter Hinweis auf die Rs *Banco Español de Crédito*, C-618/10, Rn 65). Das nationale Gericht sei nicht befugt, den Inhalt missbräuchlicher Klauseln abzuändern, da sonst dazu beigetragen würde, den Abschreckungseffekt zu beseitigen, der für die Gewerbetreibenden darin bestehe, dass solche missbräuchlichen Klauseln gegenüber dem Verbraucher schlicht unangewendet bleiben (Rn 60 unter Hinweis auf die Rs *Unicaja Banco SA* und *Caixabank SA*, C-482/13, C-484/13, C-485/13 und C-487/13 , Rn 31).

Ob ein Vertrag nach Wegfall einer oder mehrerer Klauseln undurchführbar ist, ist nach objektiven Kriterien zu beurteilen und nicht danach, ob der Wegfall des Vertrags im Einzelfall für den Verbraucher günstiger wäre (EuGH 15.03.2012, *Pereničová und Perenič*, C-453/10, Rn 33; *Docekal/Kiendl-Wendner in Keiler/Klauser*, Österreichisches und Europäisches Verbraucherrecht, § 6 KSchG Rz 15; *Fidler*, Unionsrechtliche Entwicklungen bei der richterlichen Vertragsergänzung, *JBl* 2014, 693 [703]). Jedoch dürfen die Gerichte der Mitgliedstaaten einen Vertrag in

seiner Gesamtheit als nichtig ansehen, wenn sich erweist, dass dadurch ein besserer Schutz des Verbrauchers gewährleistet wird (EuGH 30.05.2013, Jörös, C-397/11, Rn 47).

Die Frage der Zulässigkeit der ergänzenden Vertragsauslegung wurde im Schrifttum in Folge der Entscheidung in der Rs Unicaja Banco SA und Caixabank SA, C-482/13, C-484/13, C-485/13 und C-487/13 unterschiedlich beantwortet (bejahend Kathrein/Schoditsch in KBB⁵ § 6 KSchG Rz 4 mwN; verneinend Kolmasch in Schwimann/Neumayr [Hrsg], ABGB Taschenkommentar⁴ [2017] zu § 879 ABGB Rz 25). Aufgrund dieser Entscheidung müsste aber jedenfalls davon ausgegangen werden, dass auch die ergänzende Vertragsauslegung nur bei sonstiger Undurchführbarkeit des Vertrags zum Nachteil des Verbrauchers in Frage kommt (Docekal/Kiendl-Wendner in Keiler/Klauser, aaO Rz 15; Kurz, Rechtsfolgen missbräuchlicher Klauseln: (Un-)Anwendbarkeit dispositiven Rechts, VbR 2015/30 [52 f]; Kern, Wer darf wann welche Lücke füllen?, wbl 2016, 61 [68]; vgl Gsell, Prävention als oberstes Ziel der Klauselkontrolle bei Verbraucherverträgen? in Leupold [Hrsg], Forum Verbraucherrecht 2015 35 ff [45]).

In den Entscheidungen 9 Ob 85/17s und 8 Ob 1/18g, in denen der OGH jeweils bei einem Partnervermittlungsvertrag die Klausel, dass der Kunde sich zu einer Zahlung in Höhe von EUR 6.000,-- verpflichtet und dieser Betrag auch in 24 gleichen, monatlich aufeinanderfolgenden Teilbeträgen in der Höhe von EUR 250,-- bezahlt werden kann, als intransparent und damit als unwirksam qualifizierte, weil diese Klausel dem durchschnittlichen Kunden suggeriere, dass ihm unabhängig von der gewählten Zahlungsart nie ein Rücktrittsrecht nach § 15 Abs 1 KschG zustehe, ging der OGH davon aus, dass es durch den Wegfall der

strittigen Klausel der dem gegenständlichen Partnervermittlungsvertrag zugrunde liegenden AGB an einer vertraglichen Rechtsgrundlage für das von der Klägerin begehrte Betreuungsentgelt fehlt. Damit wird der Partnervermittlungsvertrag aber infolge Fehlens einer der Hauptleistungspflichten aus dem Vertrag undurchführbar. Der OGH führte dabei in beiden Entscheidungen aus, dass sich grundsätzlich ein Lückenschluss durch Anwendung dispositiven Rechts (§ 1152 ABGB) oder ergänzender Vertragsauslegung zur Schaffung einer Rechtsgrundlage für das gegenständliche Entgeltbegehren der Klägerin verbietet, um dem mit Art 7 der RL 93/13/EWG des Rates vom 05.04.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (Klausel-RL) verfolgten Ziel, das klägerische Unternehmen in Hinkunft vor der Verwendung missbräuchlicher Klauseln in ihren Partnervermittlungsverträgen abzuschrecken, Rechnung zu tragen. Das mit Art 6 Abs 1 der Klausel-RL verfolgte Ziel, die formale Ausgewogenheit der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien durch eine materielle Ausgewogenheit zu ersetzen und so ihre Gleichheit wiederherzustellen, hat diesfalls zurückzutreten.

Umgelegt auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt bedeutet dies aber, dass nicht nur die bereits im Vorverfahren als nichtig beurteilte Klausel zur Gänze entfällt, sondern der beklagten Partei zur Stützung ihres Anspruches auf Entgeltzahlung auch die Inanspruchnahme der dispositiven Bestimmung des § 1168 ABGB verwehrt bleibt und sie den rechtsgrundlos und unter Vorbehalt an sie bezahlten Betrag wieder rückzuerstatten hat.

Aufgrund dieser rechtlichen Erwägungen sind darüberhinaus die im Rahmen der Mängel- und Beweisrüge gewünschten Ersatzfeststellungen der beklagten Partei für die

Entscheidung der vorliegenden Rechtssache ohne Relevanz, da sie an der rechtlichen Beurteilung des Sachverhalts nichts zu ändern vermögen. Eine nähere Auseinandersetzung konnte folglich schon aus diesem Grund unterbleiben.

Insgesamt war der unberechtigten Berufung daher nicht Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung des Berufungsverfahrens beruht auf § 41 iVm § 50 Abs 1 ZPO.

Der Ausspruch über die Zulässigkeit der Revision gründet sich auf §§ 500 Abs 2 Z 3, 502 Abs 1 und 5 Z 3 ZPO. Soweit überblickbar, liegt eine gefestigte Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zum Verbot des Rückgriffes auf dispositives Recht, insbesondere auf die Bestimmung des § 1168 ABGB, im Fall einer unwirksamen und nichtigen Stornoklausel nicht vor. Die Bedeutung dieser Rechtsfrage geht über den Einzelfall hinaus.

Landesgericht Eisenstadt, Abteilung 13
Eisenstadt, 11. April 2019
Mag. Claudia Gradwohl-Klein, Richterin

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG