



**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Vizepräsidentin Dr. Huber als Vorsitzende und die Hofrätinnen und Hofräte Dr. Hoch, Dr. Kalivoda, Mag. Dr. Wurdinger und Mag. Malesich als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei Allianz Elementar Versicherungs AG, 1130 Wien, Hietzinger Kai 101-105, vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 17. Oktober 2013, GZ 1 R 142/13d-20, womit das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 8. Mai 2013, GZ 11 Cg 75/12k-16, abgeändert wurde, zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 1.959,48 EUR (darin enthalten 326,58 EUR an USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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

Die Beklagte wurde im Verfahren 22 Cg 86/08b des Handelsgerichts Wien, in dem die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs 7 Ob 266/09g erging, verpflichtet, es zu unterlassen, im rechtsgeschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt, und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die

Verwendung der Klauseln 1. „Die angeführte Jahresprämie beinhaltet die Steuer und einen Rabatt von 20 % für eine 10-jährige Vertragsdauer, dessen Rückerstattung der Versicherer bei vorzeitiger Vertragsauflösung verlangen kann“ und 2. „Bei der Berechnung der Jahresprämie wurde ein Dauerrabatt von 20 % (das sind bei einer Jahresprämie von EUR XXX jährlich EUR XXX) berücksichtigt, dessen Rückerstattung der Versicherer bei vorzeitiger Vertragsauflösung verlangen kann“ oder sinngleiche Klauseln zu verwenden, sowie es zu unterlassen, sich auf die genannten Klauseln zu berufen.

Die Beklagte fordert nunmehr regelmäßig von Verbrauchern nach vorzeitiger Vertragsauflösung eine Rückzahlung, die nach ihren Behauptungen degressiv berechnet werde und der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs 7 Ob 266/09g entspreche. Sie beruft sich dazu auf eine „ergänzende Vertragsauslegung“ zur Schließung der Vertragslücke, die durch den Wegfall der vereinbarten Klauseln entstanden sei.

Der **Kläger** begehrt auf § 28a Abs 1 KSchG gestützt, der Beklagten bei der Abwicklung von Versicherungsverträgen, für welche die genannten Klauseln vereinbart waren, zu verbieten, unter Verletzung des Verbots des § 28 Abs 1 Satz 2 KSchG Dauerrabattnachforderungen zu verrechnen, obwohl mit den Verbrauchern neben den angeführten oder sinngleichen Klauseln keine andere Dauerrabattrückforderungsvereinbarung getroffen wurde, oder sinngleiche Praktiken anzuwenden, hilfsweise zu verbieten, unter Verletzung des Verbots des § 28 Abs 1 Satz 2 KSchG solche Dauerrabattnachforderungen zu verrechnen, obwohl mit dem Verbraucher neben den angeführten oder sinngleichen Klauseln keine andere Dauerrabatt-

rückforderungsvereinbarung getroffen wurde, und sich dabei auf eine ergänzende Vertragsauslegung zu berufen oder sinnleiche Praktiken anzuwenden. Weiters stellt der Kläger ein Urteilsveröffentlichungsbegehren. Die Beklagte habe trotz der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs 7 Ob 266/09g gegenüber zahlreichen Verbrauchern Ansprüche auf eine teilweise Rückforderung gewährter Dauerrabatte gestellt und sich dazu auf eine ergänzende Vertragsauslegung berufen. Sie leite damit weiterhin Rechte aus den bereits für unzulässig erklärten Vertragsklauseln ab. Da die Beklagte dieses Verhalten systematisch betreibe, sei es § 28a Abs 1 KSchG zu unterstellen. Die Anspruchsgrundlage „ergänzende Vertragsauslegung“ sei auch deshalb rechtswidrig, weil der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) in seinem Urteil zu C-618/10 entschieden habe, dass es den Gerichten der Mitgliedstaaten verwehrt sei, im Fall der Nichtigkeit einer missbräuchlichen Vertragsklausel den Vertrag anzupassen. Die Rückforderung eines Dauerrabatts in welcher Höhe auch immer widerspreche bei Altverträgen den zwingenden Vorgaben des Art 6 Abs 1 der RL 93/13/EWG.

Die **Beklagte** beantragt die Abweisung des Klagebegehrens. Die durch den Wegfall der Klausel entstandene Vertragslücke sei im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung so zu schließen, dass der gewährte Dauerrabatt, degressiv berechnet, teilweise zurückgefordert werden könne. Die Beklagte stütze sich dabei nicht auf die für unzulässig erklärten Vertragsklauseln, sondern auf ergänzende Vertragsauslegung. Dies sei nicht rechtswidrig. Die Entscheidung des EuGH schließe das Rechtsinstitut der ergänzenden Vertragsauslegung bei richtigem Verständnis nicht aus.

Das **Erstgericht** wies das Klagebegehren ab. Ein

Unterlassungsanspruch nach § 28a Abs 1 KSchG setze kumulativ einen Zusammenhang mit der Vereinbarung von missbräuchlichen Vertragsklauseln und einen - davon verschiedenen - Verstoß gegen ein (anderes) gesetzliches Gebot oder Verbot voraus. Die Berufung auf eine Vertragsauslegung sei grundsätzlich kein Verstoß gegen ein gesetzliches Gebot oder Verbot.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung des Klägers Folge und gab dem Klagebegehren statt, wobei es im Gegensatz zum Urteilsbegehren im Spruch die Wendung „Verletzung des § 28 Abs 1 Satz 2 KSchG“ entfernte, weil die Aufnahme des Rechtsgrundes zu unterbleiben habe. Die nichtigen Vertragsklauseln müssten nach der Judikatur des EuGH gegenüber den Verbrauchern zur Gänze unangewendet bleiben, und zwar ohne jede Rücksichtnahme auf die Interessen des Unternehmers. Die effektive Umsetzung dieser Vorgabe erfordere es, dass für den verpönten entfallenen Regelungsgehalt auf keine wie immer geartete Weise - und daher auch nicht im Wege einer „Lückenfüllung“ durch ergänzende Vertragsauslegung - ein Ersatz geschaffen werde. Die von der Beklagten unstrittig geübte Vorgangsweise, bei der vorzeitigen Auflösung von Altverträgen auch nur irgendeine Rabattrückzahlung zu fordern, verstoße gegen die Grundsätze des Art 6 Abs 1 RL 93/13/EWG. Dass die Beklagte nun keine progressive, sondern bloß eine degressive Berechnungsmethode anwende, sei demgemäß unbeachtlich. Die Vorgangsweise der Beklagten sei auch mit dem Bestimmtheitsgebot des § 869 ABGB nicht vereinbar. Es sei zu keiner ausreichenden Einigung der Parteien gekommen. Durch die Vorgangsweise der Beklagten seien die allgemeinen Interessen der Gesamtheit der Verbraucher beeinträchtigt.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass die

ordentliche Revision zulässig sei, weil Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage, ob die Berufung des Verwenders von AGB auf eine ergänzende Vertragsauslegung nach dem Wegfall einschlägiger Vertragsklauseln wegen deren Gesetz- oder Sittenwidrigkeit gegen ein gesetzliches Gebot oder Verbot nach § 28a Abs 1 KSchG verstoße, fehle.

Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten mit dem Antrag, die Entscheidungen der Vorinstanzen und das ihnen vorangegangene Verfahren als nichtig aufzuheben und die Klage zurückzuweisen, hilfsweise wird ein Abänderungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

Die **Revision** ist zulässig, sie ist aber nicht berechtigt.

Das Erstgericht hat bereits rechtskräftig (bestätigt vom Rekursgericht), die Einrede der entschiedenen Rechtssache verworfen. In diesem Fall stehen nach ständiger Rechtsprechung der neuerlichen Prüfung des Prozesshindernisses die Bindungswirkung der Entscheidungen der Vorinstanzen entgegen (RIS-Justiz RS0114196, vgl auch RS0039774).

Wer im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern im Zusammenhang mit der Vereinbarung von missbräuchlichen Vertragsklauseln gegen ein gesetzliches Gebot oder Verbot verstößt und dadurch die allgemeinen Interessen der Verbraucher beeinträchtigt, kann unbeschadet des § 28 Abs 1 KSchG auf Unterlassung geklagt werden (§ 28a Abs 1 KSchG). Mit § 28a KSchG wird die RL 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. 5. 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen umgesetzt. Nach den

ErlRV 1998 BlgNR XXI. GP (abgedruckt in Die Konsumentenschutzgesetze, Pro Libris, § 28a KSchG, 232) soll mit dieser Bestimmung der Anwendungsbereich der Verbandsklage des KSchG über verbots- oder sittenwidrige Bedingungen in AGB und Vertragsformblättern hinaus (§ 28 KSchG) auf jegliche unerlaubte Handelspraktiken ausgedehnt werden, die im Zusammenhang mit Geschäftsfällen stehen, die im Binnenmarkt einen besonderen gemeinschaftlichen Schutz des Verbrauchers erfordern. Im Verein mit § 28 KSchG werden demnach von der Verbandsklage sämtliche rechtswidrigen Geschäftspraktiken (gemeint sind regelmäßig wiederkehrende unlautere Verhaltensweisen eines Unternehmers) erfasst, die in den Schutzbereich der in der Unterlassungsklagen-Richtlinie aufgezählten Verbraucherschutz-Richtlinien fallen. Die Entscheidung, welche Gesetzesverletzungen die kollektiven Interessen der Verbraucher im Schutzbereich der Richtlinien beeinträchtigen (können), soll der einzelfallbezogenen Beurteilung durch die Gerichte überlassen bleiben.

Der Unternehmer muss nach § 28a Abs 1 KSchG also im Zusammenhang mit der Vereinbarung von missbräuchlichen Vertragsklauseln gegen ein gesetzliches Gebot oder Verbot verstoßen und dadurch die allgemeinen Interessen der Verbraucher beeinträchtigen. Es ist zu prüfen, ob die Beklagte dadurch, dass sie sich im Zusammenhang mit den nichtigen Klauseln Verbrauchern gegenüber auf eine einseitig vorgenommene ergänzende Vertragsauslegung stützt, gegen ein gesetzliches Gebot oder Verbot verstoßen hat.

Nur durch den übereinstimmenden Willen beider Parteien kommt ein Vertrag zustande (§ 861 ABGB). 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 kein Vertrag (§ 869 ABGB). Der objektive Erklärungswert verliert seine Bedeutung, wenn sich die Parteien in der Sache einig sind. Es gilt der übereinstimmende Wille, gleichgültig, ob die Ausdrucksmittel diesen Willen nach objektiven Kriterien zutreffend wiedergeben (RIS-Justiz RS0014005, RS0017839). Treten nach Abschluss der Vereinbarung Problemfälle auf, die von den Parteien nicht bedacht und daher auch nicht ausdrücklich geregelt wurden, ist 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 (ergänzende Vertragsauslegung; RIS-Justiz RS0113932). 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, sondern unter Berücksichtigung aller Möglichkeiten die Lücke so zu schließen ist, wie es der Gesamregelung des Vertrags gemessen an der Parteienabsicht am Besten entspricht (RIS-Justiz RS0017832). Die ergänzende Vertragsauslegung kann nur dann Platz greifen, wenn eine „Vertragslücke“ vorliegt (RIS-Justiz RS0017829).

Eine geltungserhaltende Reduktion nicht ausgehandelter missbräuchlicher Klauseln im Individualprozess über ein Verbrauchergeschäft kommt auf Grund der Rechtsprechung des EuGH (EuGH 14. 6. 2012, C-618/10 [*Banco Espanol de Crédito SA gegen Joaquín Calderón Camino*]; auch 30. 5. 2013, C-397/11 [*Erika Jörös gegen Aegon Magyarország Hitel Zrt*]; 30. 5. 2013, C-488/11



[*Dirk Frederik Asbeek Brusse und Katarina de Man Garabito gegen Jahani BV*]) nicht mehr in Betracht (RIS-Justiz RS0128735).

Die Frage, ob als Konsequenz daraus auch eine ergänzende Vertragsauslegung nicht mehr zulässig ist, wird im Schrifttum kontroversiell diskutiert (für die Zulässigkeit der ergänzenden Vertragsauslegung: *Schauer*, Der EuGH und die ergänzende Vertragsauslegung: Konsequenzen der Entscheidung C-618/10, *Banesto* in RdW 2012/673, 639; *Geroldinger*, Ergänzende Auslegung von Verbraucherverträgen trotz Verbots der geltungserhaltenden Reduktion? in ÖBA 2013, 27; *Palten*, Dauerrabatt im Unternehmerngeschäft, Interessewegfall, in VR 2013/904; dagegen: *Prada/Walzel von Wiesentreu*, Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, Zulässigkeit der ergänzenden Vertragsauslegung oder wie? in RdW 2013/396, 383).

Der deutsche Bundesgerichtshof (BGH) hat in seinen Entscheidungen vom 23. 1. 2013, VIII ZR 52/12 und VIII ZR 80/12 ausdrücklich klargestellt, dass es nicht in Betracht komme, an die Stelle der unwirksamen - den Vertragspartner des Klauselverwenders im Sinn des § 307 BGB unangemessen benachteiligenden - Preisänderungsklausel im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung eine (wirksame) Bestimmung gleichen Inhalts zu setzen. Es würden nicht die wegen der Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel lückenhaften langjährigen Verträge mit einem Gasversorger um eine Preisanpassungsregelung mit abweichendem- angemessenem - Inhalt ergänzt, sondern unter Zugrundelegung des vollständigen Wegfalls der angemessenen Preisanpassungsklauseln darauf abgestellt, was die Parteien bei einer angemessenen, objektiv-generalisierenden Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben

redlicherweise vereinbart hätten, wenn sie bedacht hätten, dass die Wirksamkeit der verwendeten Preisänderungsklausel jedenfalls unsicher war. Das hiebei gewonnene Ergebnis der ergänzenden Vertragsauslegung lasse den Inhalt der unangemessenen Preisanpassungsklauseln und deren Unwirksamkeit unberührt; es ergänze den Vertragsinhalt vielmehr auf der Rechtsfolgenseite um eine Regelung, die gerade deswegen erforderlich sei, weil das unangemessen ausgestaltete einseitige Preisanpassungsrecht vollständig entfalle und dadurch im Vertragsgefüge eine Lücke entstehe, die zu einem nach dem ursprünglichen Regelungsplan der Parteien untragbaren Ergebnis führen würde.

Die von den Parteien und dem Berufungsgericht diskutierte Rechtsfrage, ob die hier in Rede stehende ergänzende Vertragsauslegung als solche im Licht der Entscheidungen des EuGH zulässig sei oder nicht, stellt sich aber im vorliegenden Rechtsfall nicht.

Klar ist, dass die nichtige Klausel ersatzlos dem Verbraucher gegenüber entfällt. Dies bedeutet, dass eine Vereinbarung zwischen den Parteien über eine Rabattrückforderung nach vorzeitiger Vertragsauflösung nicht mehr besteht. Abändernde, diese „Lücke“ schließende **übereinstimmende** Willenserklärungen der Vertragspartner im Sinn des § 861 ABGB werden von der Beklagten gar nicht behauptet. Die Beklagte räumt vielmehr ein, dass sie den Verbrauchern gegenüber eine Forderung geltend macht, die **sie** für berechtigt, angemessen, rechtsrichtig (der Entscheidung des Obersten Gerichtshof entsprechend) hält und dass sie den Verbrauchern gegenüber so auftritt, als ob diese ohne ihre Zustimmung zur Zahlung verpflichtet wären. Eine Zustimmungsverpflichtung im Sinn einer salvatorischen Klausel (RIS-Justiz RS0122045) besteht für den Verbraucher

nicht.

Die Frage, ob hier im Licht der Judikatur des EuGH überhaupt eine ergänzende Vertragsauslegung zulässig wäre, kann im Verbandsprozess nicht geklärt werden. Hier ist die gesetzwidrige Geschäftspraxis der Beklagten zu beurteilen, einseitig den Verbrauchern gegenüber vorzugeben, welche Forderung bei „ergänzender Vertragsauslegung“ an die Stelle der nach den als sittenwidrig erkannten Klauseln berechneten ihrer Meinung nach zu treten hat. Das läuft im Ergebnis auf eine verbotene geltungserhaltende Reduktion hinaus. Die Beurteilung, ob eine „ergänzende Vertragsauslegung“ zur Lückenfüllung grundsätzlich zulässig ist und bejahendenfalls welchen Inhalt sie hat, ist (mangels Einigung der Parteien) dem Gericht vorbehalten, das diese Frage im Individualprozess (zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer) zu beantworten hat.

Die gesetzwidrige Geschäftspraxis der Beklagten betrifft eine Vielzahl von Verträgen, zumal die Beklagte ein Massengeschäft betreibt (RIS-Justiz RS0121961). Der Anspruch nach § 28a KSchG besteht zu Recht.

Die Anpassung des Urteilsspruchs an den sachlichen Inhalt des Klagebegehrens abweichend von dessen Wortlaut durch das Berufungsgericht ist zulässig (RIS-Justiz RS0041254). Das Gericht ist berechtigt, dem Urteilsspruch eine klare und deutliche, vom Begehren abweichende Fassung zu geben, wenn sich letztere im Wesentlichen mit dem Begehren deckt (RIS-Justiz RS0039357). Durch den Entfall der Wortfolge „unter Verletzung des Verbotes des § 28 Abs 1 Satz 2 KSchG“ wird weder ein Minus noch ein Mehr noch Anderes zugesprochen. Die rechtliche Qualifikation bezog sich auf das Tatbestandsmerkmal des § 28a KSchG „im Zusammenhang mit der Vereinbarung von missbräuchlichen

Vertragsklauseln“. Die Wortfolge ist entbehrlich.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 50,  
41 ZPO.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 19. März 2014  
Dr. H u b e r  
**Elektronische Ausfertigung**  
**gemäß § 79 GOG**