



Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichts Dr. Jesionek als Vorsitzende sowie den Richter und die Richterin des Oberlandesgerichts Mag. Schaller und Mag. Bartholner in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch die Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, wider die beklagte Partei **Allianz Elementar Versicherungs AG**, Hietzinger Kai 101-105, 1130 Wien, vertreten durch die Schönherr Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 36.000,--) über die Berufung der klagenden Partei gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 8.5.2013, 11 Cg 75/12k-16, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **Folge** gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahin **abgeändert**, dass es lautet:

„1. Die beklagte Partei ist schuldig, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern bei der Abwicklung von Versicherungsverträgen, für welche die Klausel *„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/oder

die Klausel „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.“ und/oder eine sinngleiche Klausel vereinbart worden ist, Dauerrabattnachforderungen zu verrechnen, obwohl mit dem Verbraucher neben den angeführten oder sinngleichen Klauseln keine andere Dauerrabattrückforderungsvereinbarung getroffen wurde, oder sinngleiche Praktiken anzuwenden.

2. Die klagende Partei wird ermächtigt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruchs im Umfang des Unterlassungsgebots und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen 6 Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teils der Kronenzeitung, in der bundesweit erscheinenden Ausgabe, auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt gedruckten Prozesspartei und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.

3. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 8.307,92 (darin EUR 1.164,32 USt und EUR 1.322,-- Barauslagen) bestimmten Prozesskosten zu ersetzen.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 4.669,06 (darin EUR 454,01 USt und EUR 1.945,-- Barauslagen) bestimmten Berufungskosten zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt EUR 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

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

Aufgrund einer Verbandsklage des Klägers wurde die Beklagte im Verfahren 22 Cg 86/08b des Handelsgerichts Wien (7 Ob 266/09g) wegen gröblicher Benachteiligung der Versicherungsnehmer gemäß § 879 Abs 3 ABGB verpflichtet, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 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, soweit sie unzulässig vereinbart worden sind. Dieser Verbandsklage lag zugrunde, dass die Beklagte diese Klauseln gegenüber Konsumenten in Versicherungsvertragsformularen verwendete.

Der **Kläger** begehrt gestützt auf § 28a Abs 1 KSchG mit der nun vorliegenden Verbandsklage, der Beklagten zu verbieten, bei der Abwicklung von Versicherungsverträgen, für welche die Klausel *„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/oder die Klausel *„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." und/oder eine sinngleiche Klausel vereinbart worden ist, unter Verletzung des Verbotes des § 28 Abs 1 Satz 2 KSchG Dauerrabattnachforderungen zu verrechnen, obwohl mit dem Verbraucher neben den angeführten oder sinngleichen Klauseln keine andere Dauerrabattrückforderungsvereinbarung getroffen wurde, oder sinngleiche Praktiken anzuwenden, in eventu, unter Verletzung des Verbotes des § 28 Abs 1 Satz 2 KSchG solche Dauerrabattnachforderungen zu verrechnen, obwohl mit dem Verbraucher neben den angeführten oder sinngleichen Klauseln keine andere Dauerrabattrückforderungsvereinbarung getroffen wurde, und sich dabei auf eine ergänzende Vertragsauslegung beruft, oder sinngleiche Praktiken anzuwenden.

Die Beklagte habe im Fall vorzeitiger Vertragsbeendigungen trotz der in Rechtskraft erwachsenen Entscheidung 22 Cg 86/08b gegenüber zahlreichen Verbrauchern Ansprüche auf eine teilweise Rückforderung gewährter Dauerrabatte gestellt, und sich dazu auf eine „ergänzende Vertragsauslegung“ berufen. Sie leite daher weiterhin Rechte aus den bereits für unzulässig erklärten Vertragsklauseln ab und versuche, ihre Rechtsposition auf Grundlage dieser Klauseln weiterhin auszuüben. Sie berufe sich daher entgegen § 28 Abs 2 Satz 2 KSchG verbotenerweise auf diese unzulässigen Vertragsklauseln. Dieses Verhalten betreibe die Beklagte systematisch, weshalb es § 28a Abs 1 KSchG zu unterstellen sei. Die Anspruchsgrundlage einer „ergänzenden Vertragsauslegung“ sei auch deshalb rechtswidrig, weil der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil vom 14.6.2012 zu C-618/10 entschieden habe, dass es den

Gerichten der Mitgliedstaaten verwehrt sei, im Fall der Feststellung der Nichtigkeit einer missbräuchlichen Vertragsklausel den Vertrag anzupassen. Die Rückforderung eines Dauerrabatts in welcher Höhe auch immer bei der Abwicklung von „Altverträgen“ widerspreche demnach den zwingenden Vorgaben des Art 6 Abs 1 der Richtlinie 93/13/EWG, nach denen die missbräuchliche Klausel für den Verbraucher zur Gänze unverbindlich sein müsse.

Die **Beklagte** wandte im Wesentlichen ein, durch den Entfall der die Rückzahlung des Dauerrabatts bei vorzeitiger Vertragsbeendigung regelnden Vertragsklauseln sei eine Vertragslücke - insbesondere zur Höhe des Rückforderungsbetrags - entstanden. Diese Lücke könne und müsse im Weg der ergänzenden Vertragsauslegung derart geschlossen werden, dass sie einen gewährten Dauerrabatt aufgrund einer degressiven Berechnung teilweise zurückfordern könne. Die Beklagte stütze sich dabei nicht auf die für unzulässig erklärten Vertragsklauseln, sondern auf eine ergänzende Vertragsauslegung. Dies sei rechtlich zulässig und nicht rechtswidrig. Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs C-618/10 schließe das Rechtsinstitut der ergänzenden Vertragsauslegung bei richtigem Verständnis nicht aus.

Das **Erstgericht** wies das Klagebegehren ab, wobei es von den eingangs wiedergegebenen Feststellungen ausging. Rechtlich folgerte es, 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 Ge- oder Verbot voraus. Die Berufung auf eine Vertragsauslegung sei aber grundsätzlich kein Verstoß gegen ein gesetzliches Ge- oder Verbot. Ein

solcher Verstoß könne im Übrigen nicht bloß darin bestehen, dass überhaupt missbräuchliche Vertragsklauseln vereinbart worden seien. Das unstrittig gebliebene Verhalten der Beklagten begründe keinen Unterlassungsanspruch nach § 28a KSchG.

Gegen dieses Urteil richtet sich die **Berufung des Klägers** mit dem Abänderungsantrag, der Klage stattzugeben. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagte beantragt in ihrer Berufungsbeantwortung, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist berechtigt.

Der Kläger macht geltend, die Rückforderung gewährter Dauerrabatte bei der Abwicklung von „Altverträgen“ widerspreche - selbst dann, wenn sie in einer gegenüber den als sittenwidrig erkannten Klauseln angemessenen reduzierten Höhe erfolge - trotzdem den zwingenden Vorgaben des Art 6 Abs 1 der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, wonach die missbräuchliche Klausel für den Verbraucher „zur Gänze unverbindlich“ sein müsse.

Das Berufungsgericht erachtet diese Rechtsansicht als zutreffend:

Art 6 Abs 1 der RL 93/13 (Klausel-RL) bestimmt:

„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.“

Art 7 Abs 1 dieser Richtlinie lautet:

„Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass im Interesse der Verbraucher und der gewerbetreibenden Wettbewerber angemessene und wirksame Mittel vorhanden sind, damit der Verwendung missbräuchlicher Klauseln durch einen Gewerbetreibenden in den Verträgen, die er mit Verbrauchern schließt, ein Ende gesetzt wird.“

Art 8 der Richtlinie bestimmt:

„Die Mitgliedstaaten können auf dem durch diese Richtlinie geregelten Gebiet mit dem (EG-) Vertrag vereinbarte strengere Bestimmungen erlassen um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher zu gewährleisten.“

In seiner Entscheidung vom 14.6.2012, C-618/10 [Banco Espanol de Crédito] sprach der Europäische Gerichtshof dazu aus, dass Art 6 Abs 1 der Richtlinie 93/13 einer mitgliedstaatlichen Regelung entgegensteht, wonach das nationale Gericht, wenn es die Nichtigkeit einer missbräuchlichen Klausel in einem Vertrag zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher feststellt, durch Abänderung des Inhalts dieser Klausel den Vertrag anpassen kann.

In seiner Begründung führte der EuGH im Wesentlichen aus, für die Beantwortung der Frage, welche Folgen zu ziehen sind, wenn eine vertragliche Klausel für missbräuchlich erklärt wird, sei sowohl auf den Wortlaut von Art 6 Abs 1 RL 93/13 als auch auf Ziele und Systematik dieser Richtlinie Bezug zu nehmen. Art 6 Abs 1 RL 93/13 sehe vor, dass missbräuchliche Klauseln *„für den Verbraucher unverbindlich sind“* - es handle sich dabei um eine zwingende Bestimmung, 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; zum anderen sei ausdrücklich vorgesehen, dass der Vertrag für beide Parteien „auf derselben Grundlage“ bindend bleibt, wenn er „ohne die missbräuchlichen Klauseln“ bestehen bleiben kann. Aus dem Wortlaut des Art 6 Abs 1 RL 93/13 ergebe sich demnach, dass die nationalen Gerichte eine missbräuchliche Vertragsklausel nur für unanwendbar zu erklären hätten, damit sie den Verbraucher nicht binde, ohne dass sie befugt wären, deren Inhalt abzuändern. Denn der betreffende Vertrag müsse - abgesehen von der Änderung, die sich aus der Aufhebung der missbräuchlichen Klauseln ergebe - grundsätzlich unverändert fortbestehen, soweit dies nach den Vorschriften des innerstaatlichen Rechts möglich sei. Für diese Auslegung sprächen auch der Regelungszweck und die Systematik der Richtlinie 93/13. Aufgrund der Art und Bedeutung des öffentlichen Interesses, auf dem der den Verbrauchern gewährte Schutz beruhe, weil sie sich gegenüber den Gewerbetreibenden in einer Position der Unterlegenheit befänden, verpflichte die Richtlinie 93/13 die Mitgliedsstaaten gemäß Art 7 Abs 1 RL 93/13 iVm dem Erwägungsgrund 24, angemessene und wirksame Mittel vorzusehen, „damit der Verwendung missbräuchlicher Klauseln durch einen Gewerbetreibenden in den Verträgen, die er mit Verbrauchern schließt, ein Ende gesetzt wird“. In diesem Zusammenhang sei festzustellen, dass, wenn es dem nationalen Gericht freistünde, den Inhalt der missbräuchlichen Klauseln in solchen Verträgen abzuändern, eine derartige Befugnis die Verwirklichung des langfristig mit Art 7 RL 93/13 verfolgten Ziels gefährden könnte. Diese Befugnis trüge nämlich dazu bei, den Abschreckungseffekt zu beseitigen, der für die Gewerbetreibenden darin bestehe, dass solche missbräuchlichen Klauseln gegenüber dem Verbrau-

cher schlicht unangewendet bleiben; die Gewerbetreibenden blieben nämlich versucht, die betreffenden Klauseln zu verwenden, wenn sie wüssten, dass, selbst wenn die Klauseln für unwirksam erklärt werden sollten, der Vertrag gleichwohl im erforderlichen Umfang vom nationalen Gericht angepasst werden könnte, sodass das Interesse der Gewerbetreibenden auf diese Art und Weise gewahrt würde. Würde dem nationalen Gericht eine solche Befugnis zugestanden, könnte sie deshalb von sich aus keinen genauso wirksamen Schutz des Verbrauchers garantieren wie den Schutz, der sich aus der Nichtanwendung der missbräuchlichen Klauseln ergebe. Diese Befugnis ließe sich auch nicht auf Art 8 RL 93/13 stützen, der den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit lasse, durch strengere Bestimmungen ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher zu gewährleisten. Aus diesen Erwägungen ergebe sich, dass Art 6 Abs 1 RL 93/13 nicht dahin verstanden werden könne, dass er dem nationalen Gericht gestatte, wenn es eine missbräuchliche Klausel in einem Vertrag zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher entdecke, den Inhalt dieser Klausel abzuändern, anstatt schlicht deren Anwendung gegenüber dem Verbraucher auszuschließen. Insoweit obliege es dem vorliegenden Gericht, zu prüfen, welche nationalen Vorschriften auf den bei ihm anhängigen Rechtsstreit anwendbar seien sowie unter Berücksichtigung des gesamten innerstaatlichen Rechts und unter Anwendung der dort anerkannten Auslegungsmethoden alles zu tun, was in seiner Zuständigkeit liege, um die volle Wirksamkeit von Art 6 Abs 1 RL 93/13 zu gewährleisten und zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem mit der Richtlinie verfolgten Ziel im Einklang stehe.

Aus dieser Rechtsprechung, an der sich die österrei-

chischen Gerichte zu orientieren haben (vgl 2 Ob 22/12t), ergibt sich nach Ansicht des Berufungsgerichts eindeutig, dass als gesetz- oder sittenwidrig erkannte Vertragsklauseln gegenüber dem Verbraucher wegen eines absoluten Vorrangs des Präventionsgedankens und des Schutzzwecks der Richtlinie 93/13 zugunsten des Verbrauchers vollständig und in all ihren Bestandteilen komplett zu entfallen haben, und auch nicht - nicht einmal teilweise - durch irgendwelche ersatzweisen Surrogate substituiert werden dürfen. Die Ausführungen des EuGH bringen nach Ansicht des Berufungsgerichts klar zum Ausdruck, dass der Regelungsinhalt von wegen ihrer Missbräuchlichkeit (= Gesetz- oder Sittenwidrigkeit) nichtigen Vertragsklauseln gegenüber dem Verbraucher zur Gänze unangewendet zu bleiben hat - und zwar ohne jede Rücksichtnahme auf die Interessen des Unternehmers. Die effektive Umsetzung dieser Vorgabe erfordert es aber, dass für den verpönten entfallenen Regelungsgehalt auf keine wie immer geartete Weise - und daher auch nicht im Wege einer „Lückenfüllung“ durch ergänzende Vertragsauslegung - irgendeine Ersatzregelung gefunden und angewendet werden darf.

Für den vorliegenden Fall bedeutet diese Rechtslage, dass die von der Beklagten - unstrittig - geübte Vorgangsweise, bei der vorzeitigen Auflösung von „Altverträgen“ trotz des Entfalls der vom Obersten Gerichtshof in 7 Ob 266/09g als sittenwidrig erkannten Dauerrabatt-Rückforderungsklauseln auch nur irgendeine Rabattrückzahlung in welcher Höhe auch immer zu fordern, gegen die Grundsätze des Art 6 Abs 1 RL 93/13 verstößt. Dass die Beklagte zur Berechnung der Höhe des begehrten Rückzahlungsbetrags anstatt der in den entfallenen Klauseln vorgesehenen progressiven nun eine degressive Berechnungsme-

thode angewendet, ist demgemäß irrelevant. Die Unzulässigkeit jeglicher Dauerrabattrückforderung für die Beklagte - gleichgültig in welcher Höhe und aufgrund welcher Berechnung - ergibt sich dabei bereits aus dem Größenschluss, dass das die Gerichte bindende Verbot, entfallene Klauseln auch nur in irgendeiner Form zu substituieren, umso mehr für den Unternehmer gelten muss, der gegenüber dem Verbraucher auftritt.

Soweit die Beklagte unter Berufung auf *Schauer*, RdW 2012, 639 und *Geroldinger*, ÖBA 2013, 27 den Standpunkt vertritt, eine ergänzende Vertragsauslegung gegenüber Verbrauchern bei unwirksamen Dauerrabatt-Rückforderungsklauseln sei zulässig, kann dieser Meinung angesichts der eingehenden Darlegungen des EuGH im Urteil C/618/10 nicht gefolgt werden. Im Übrigen ist in diesem Zusammenhang auch darauf zu verweisen, dass dieses Thema in der österreichischen Literatur bisher kontrovers diskutiert wird (gegen die Zulässigkeit ergänzender Vertragsauslegung *Lukas*, JBl 2012, 434; *Prader/Walzel von Wiesentreu* RdW 2013, 383).

Die inkriminierte Geschäftspraxis der Beklagten ist demnach wegen ihres Verstoßes gegen die Grundsätze des Art 6 Abs 1 RL 93/13 rechtswidrig.

Dazu kommt, dass die Berechnung der Dauerrabattrückforderung im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung mit dem Bestimmtheitsgebot des § 869 ABGB nicht vereinbar wäre. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass es zur Berechnung der Rückforderung zu keiner ausreichenden Einigung der Parteien gekommen ist und dementsprechend die Bedingung als nicht beigesetzt zu beurteilen ist (vgl 7 Ob 146/03a).

§ 28a KSchG erfasst sämtliche Geschäftspraktiken,

die Artikeln der Verbraucherschutz-Richtlinien - darunter der Richtlinie 93/13 - zuwiderhandeln (ErlRV 1998 BlgNR 20.GP 33). Da die Beklagte die Rückforderung von Dauerrabatten im Massengeschäft der (Alt-)Versicherungsverträge unstrittig in zahlreichen Fällen Verbrauchern gegenüber anwendet, sind dadurch auch allgemeine Interessen der Gesamtheit der Verbraucher beeinträchtigt (RIS-Justiz RS0121961). Entgegen der Ansicht des Erstgerichts liegen daher die Voraussetzungen eines Unterlassungsanspruchs nach § 28a Abs 1 KSchG vor, weshalb dem Unterlassungsbegehren in Abänderung des angefochtenen Ersturteils stattzugeben war. Dabei war dem Urteilsspruch allerdings in Abweichung vom Urteilsbegehren eine deutlichere Fassung zu geben (RIS-Justiz RS0039357 [T10], RS0041254), indem die eine bloße rechtliche Beurteilung bildende Erwähnung einer „*Verletzung des § 28 Abs 1 Satz 2 KSchG*“ entfernt wurde. Die Aufnahme des Rechtsgrundes in den Urteilsspruch über einen Unterlassungsanspruch ist nicht notwendig (RIS-Justiz RS0079222).

Auch dem - unbestritten gebliebenen - Veröffentlichungsbegehren war in Abänderung des Ersturteils gemäß § 30 Abs 1 KSchG iVm § 25 Abs 3 und Abs 4 UWG stattzugeben.

Die Kostenentscheidung erster Instanz war infolge der Urteilsabänderung neu zu fassen und beruht auf § 41 Abs 1 ZPO.

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

Die Bewertung des Entscheidungsgegenstands gründet sich auf § 500 Abs 2 Z 1 lit b ZPO.

Die ordentliche Revision war zuzulassen, weil keine Rechtsprechung des OGH zur Frage besteht, ob die Berufung

des Verwenders von AGB auf eine ergänzende Vertragsauslegung nach dem Wegfall einschlägiger Vertragsklauseln wegen deren Gesetz- oder Sittenwidrigkeit gegen ein gesetzliches Ge- oder Verbot nach § 28a Abs 1 KSchG verstößt.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 1, am 17. Oktober 2013

Dr. Regine Jesionek
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG