

# Grund und Grenzen ergänzender Vertragsauslegung bei Nichtigkeit intransparenter AGB-Klauseln

Univ.-Prof. Dr. Georg Graf, Salzburg

## Übersicht:

I. Einleitung .....	1
II. Die Einwände gegen die geltungserhaltende Reduktion .....	2
A. <i>Bollenberger</i> möchte den Begriffskern retten .....	2
B. Ein zweiter Einwand: Sanktionseffizienz .....	4
III. Zur ergänzenden Vertragsauslegung .....	5
A. Was sind die Voraussetzungen ergänzender Vertragsauslegung? .....	6
B. Nichtigkeit einer Klausel führt per se nicht zum Vorliegen einer Vertragslücke .....	7
C. Aber: Rechtfertigung durch andere Gründe – der Fall der intransparenten Zinsgleitklauseln .....	8
D. Weitere Einschränkungen .....	11
1. Keine Vertragsergänzung, wenn eine die Hauptleistung regelnde Klausel intransparent ist .....	11
2. Keine Vertragsergänzung, wenn Gesetz den Eintritt von Rechtsfolgen an das Vorliegen einer ausdrücklichen Vereinbarung knüpft .....	12
3. Exkurs: Warum es manchmal nicht ausreicht, das Gesetz abzuschreiben .....	14
IV. Resümee .....	16

## I. Einleitung

Die folgenden Überlegungen beschäftigen sich mit der Frage, ob bzw wann es bei Nichtigkeit einer AGB-Klausel wegen Intransparenz zu einer Vertragsergänzung kommen kann. Mit dem Begriff „Vertragsergänzung“ soll dabei jener Vorgang gemeint sein, bei dem der Vertrag um eine Regelung erweitert wird, die sich nicht sowieso aus dem anwendbaren Gesetzesrecht ergibt. Der Frage kommt besondere Aktualität zu, weil von vielen ja aus der Rsp des EuGH<sup>1</sup> zur Unzulässigkeit der geltungserhaltenden Reduktion auch die Unzu-

---

<sup>1</sup> EuGH 14. 6. 2012, C-618/10, *Banco Espanol de Crédito*; 30. 5. 2013, C-488/11, *Asbeek Brusse* VbR 2013/8; 30. 4. 2014, C-26/13, *Kásler* VbR 2014/72.

lässigkeit der ergänzenden Vertragsauslegung<sup>2</sup> abgeleitet wird. Dabei wird oftmals nicht danach unterschieden, ob die Unwirksamkeit der Klausel ihren Grund in der inhaltlichen Unausgewogenheit oder aber ihrer Intransparenz findet. Dies ist aber deswegen ein wichtiger Punkt, weil eine allfällige europarechtliche Unzulässigkeit von geltungserhaltender Reduktion und/oder ergänzender Vertragsauslegung intransparente Klauseln nicht unmittelbar betreffen würde, gibt es ja – wie *Vonkilch*<sup>3</sup> zu Recht betont hat – keine europarechtliche Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Inkraftsetzung eines Transparenzgebots.

Meine These wird sein, dass die Wahrheit – wie so oft – eher in der Mitte liegt: Gegen die geltungserhaltende Reduktion intransparenter Klauseln sprechen doch gewichtige Argumente; eine ergänzende Vertragsauslegung kann in bestimmten Situationen aber durchaus indiziert sein, weil Vertragsergänzung und geltungserhaltende Reduktion eben doch nicht dasselbe sind. Freilich müssen dafür bestimmte Voraussetzungen vorliegen bzw dürfen keine Ausschlussgründe gegeben sein.

## II. Die Einwände gegen die geltungserhaltende Reduktion

### A. *Bollenberger* möchte den Begriffskern retten

*Bollenberger*<sup>4</sup> hat jüngst an die unterschiedliche europarechtliche Determinierung angeknüpft und gemeint, intransparente Bestimmungen seien so weit aufrecht zu erhalten, als sie den semantisch unstrittigen **Begriffskern**<sup>5</sup> betreffen. Diese Ansicht<sup>6</sup> ist jedoch problematisch.

Gleich vorweg ist darauf hinzuweisen, dass dieser Vorschlag nur für einen **Teil der Fälle** einschlägig ist. Das sind jene Konstellationen, in denen ein **Be-**

---

<sup>2</sup> *Lukas*, JBl 2012, 440; *Prader/Walzel von Wiesentreu*, Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, Zulässigkeit der ergänzenden Vertragsauslegung oder wie? RdW 2013, 383; *Leupold/Ramharter*, Die ergänzende Auslegung von Verbraucherverträgen im Lichte des Europarechts, ÖBA 2015, 16. AA zB *Pletzer*, Erhaltung im Einkaufszentrum, Auslegung und geltungserhaltende Reduktion – Zugleich eine Besprechung von OGH 7 Ob 93/12 w, wobl 2014, 2 (12); *Geroldinger*, Ergänzende Auslegung von Verbraucherverträgen trotz Verbots der geltungserhaltenden Reduktion? ÖBA 2013, 27. Siehe auch die gute Zusammenfassung des Meinungsstands bei *Ch. Rabl*, Zur aktuellen Judikatur über die ergänzende Vertragsauslegung bei nichtigen Klauseln, ÖBA 2015, 246.

<sup>3</sup> *Vonkilch*, Richterliche Vertragsergänzung versus Vertragstransparenz, in FS Kerschner (2013) 105 (120). Ebenso *Kern*, Wer darf wann welche Lücke füllen? Die Unwirksamkeit von Klauseln in Verbraucherverträgen als „wirksame Sanktion“ im EU-Sekundärrecht, wbl 2016, 61 (72).

<sup>4</sup> Vertragsabschluss unter beiderseitig verdünnter Willensfreiheit, ÖBA 2016, 26.

<sup>5</sup> Die Unterscheidung zwischen Begriffskern und Begriffshof geht bekanntlich auf *Heck* zurück; vgl *Heck*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz (1932) 52 und 60. Bei *H. L. A. Hart* begegnet sie wieder als Unterschied zwischen **core** und **penumbra**; vgl *H. L. A. Hart*, *The Concept of Law*<sup>2</sup> (1994) 123. Die erste Auflage erschien 1961.

<sup>6</sup> Vorsichtiger und einschränkender formuliert findet sie sich bereits bei *Vonkilch* in FS Kerschner 119.

**griff** die Undeutlichkeit verursacht, wie das in dem von *Bollenberger* herangezogenen Beispiel des in der E 7 Ob 66/12z<sup>7</sup> verwendeten Begriffs der **Heizperiode** der Fall ist. In den AVB einer Eigenheimversicherung war die Verpflichtung zur Entleerung der Wasserleitungen während der Heizperiode für den Fall vorgesehen, dass nicht durchgehend geheizt wird. *Bollenberger* weist zu Recht darauf hin, dass man wohl darüber streiten könne, ob beispielsweise der Monat Oktober hierzu gehört, dass es aber klar ist, dass jedenfalls die Monate Dezember bis Februar zur Heizperiode gehören, insoweit also den unstrittigen Begriffskern bilden. Sollte man aufgrund der am Begriffsrand gegebenen Unschärfe eine den Begriff der Heizperiode verwendende AGB-Klausel für intransparent erklären, wäre es tatsächlich möglich, eine solche Reduktion auf den Begriffskern vorzunehmen.

In anderen Fällen besteht diese Möglichkeit aber **nicht**; das sind jene Fälle, in denen sich die Intransparenz einem anderen Umstand als bloßer Begriffunschärfe verdankt. Ein schönes Beispiel bietet folgende, in den AVB einer Unfallversicherung enthaltene Klausel: „*Uns ist das Recht zu verschaffen, gegebenenfalls eine Obduktion durch einen von uns beauftragten Arzt vornehmen zu lassen.*“<sup>8</sup> Hat das modale Adverb „gegebenenfalls“ einen Begriffskern? Nein, was hier passiert, ist, dass sich der Versicherer nicht nur das Recht ausbedingt, eine Obduktion zu fordern, sondern dass es auch in sein **Ermessen** gestellt sein soll, wann er dieses Recht ausübt. Weil dieses Ermessen inhaltlich nicht näher bestimmt wird, kann der Versicherungsnehmer nicht absehen, wann eine solche Obduktionsverschaffung eingefordert werden wird. Einen Begriffskern, an dem sich das semantisch wie bei der Heizperiode festmachen ließe, gibt es nicht.

Oder nehmen wir die Entscheidungen des OGH<sup>9</sup> zu den intransparenten Kostenklauseln bei Lebensversicherungen. Hier war das Höchstgericht mit folgender Klausel befasst:

*„Wir führen Ihre Prämie, soweit sie nicht zur Deckung unserer Abschluss- und Verwaltungskosten vorgesehen ist, entsprechend den mit Ihnen getroffenen Vereinbarungen, den Anlagestöcken (vgl § 1 Abs 1) zu und rechnen diese in Investmentfondsanteile oder Anteileneinheiten am Anlageportfolio um.*

*Die zur Deckung des Ablebensfallrisikos bestimmten, nach den anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik berechneten Risikoprämien entnehmen wir monatlich dem Deckungskapital.“*

Der OGH beurteilte diese Klausel als intransparent, weil dem Kunden hierdurch nicht deutlich gemacht wurde, in welchem Umfang die von ihm getätigten Einzahlungen nun tatsächlich zum Vermögensaufbau verwendet werden sollten. Gerade das wird aber vom Transparenzgebot gefordert. Hilft uns hier ein unstrittiger und für den Kunden auch verständnismäßig verfügbarer Begriffskern weiter? Nein.

---

<sup>7</sup> ÖBA 2013, 672.

<sup>8</sup> Als intransparent beurteilt in 7 Ob 53/14 s VbR 2015/92.

<sup>9</sup> 7 Ob 23/07 v ZFR 2007/74 und 7 Ob 233/06 z ZFR 2007/74.