



## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Oberlandesgericht Linz als Berufungsgericht hat durch den Richter Dr. Ewald Greslehner als Vorsitzenden sowie die Richterinnen Dr. Eva Mayrbäurl und Dr. Hildegard Egle in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, wider die beklagte Partei **direktanlage.at AG**, Elisabethstraße 22, 5020 Salzburg, vertreten durch Hosp, Hegen Rechtsanwaltpartnerschaft in Salzburg, wegen Unterlassung (Streitwert EUR 30.500,00) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 5.500,00), über die Berufungen beider Streitteile gegen das Urteil des Landesgerichtes Salzburg vom 13. Juli 2010, 3 Cg 54/10p-9, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung der beklagten Partei wird nicht Folge gegeben. Der Berufung der klagenden Partei wird hingegen Folge gegeben und das angefochtene Urteil in Punkt 1. letzter Halbsatz des Spruches wie folgt abgeändert:

„...; sie ist ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannte Klausel oder sinngleiche Klauseln zu berufen, soweit diese unzulässigerweise vereinbart worden sind.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 1.307,27 (darin EUR 135,71 USt und EUR 493,00 Barauslagen) bestimmten Kosten der Berufung sowie die mit EUR 2.724,06 (darin EUR 454,01 USt) bestimmten Kosten der Berufungsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt insgesamt EUR 30.000,00.

Die ordentliche Revision gemäß § 502 Abs 1 ZPO ist zulässig.

**ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:**

Die klagende Partei ist ein gemäß § 29 KSchG klageberechtigter Verein. Die beklagte Partei betreibt das Bankgeschäft, insbesondere das Wertpapiergeschäft, und bietet ihre Leistungen im gesamten Bundesgebiet gegen Bezahlung an. Sie betreibt Filialen in Bregenz, Graz, Innsbruck, Klagenfurt, Linz, Salzburg und Wien und bietet in diesen Anlageberatung an. Die beklagte Partei tritt im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit laufend mit Verbrauchern in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit ihnen Verträge. Neben Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Wertpapieranlage bietet die beklagte Partei auch Sparprodukte und ein kostenloses Girokonto an. Sie hat über 65.000 Kunden, ein Portfoliovolumen von ca drei Milliarden Euro und ist im Bereich des Angebotes von kostengünstigen Wertpapierdienstleistungen („Discount Brokerage“) Marktführerin.

Die klagende Partei forderte die beklagte Partei mit Schreiben vom 2. September 2009 auf, für die nachfolgende Klausel sowie sinngleiche Klauseln eine Unterlassungserklärung abzugeben:

*Haftungsbeschränkungen: Die Haftung der Bank ist zudem bei leichter Fahrlässigkeit in folgenden Fällen ausgeschlossen: Verzögerungen, Nicht- oder Fehldurchführung von Aufträgen, insbesondere infolge Zweifels an der Identität des Auftraggebers sowie nicht eindeutig formulierten, unvollständigen oder fehlerhaft erteilten Aufträgen; **Störungen der und unberechtigte Eingriffe in die zur Auftragsentgegennahme und Weiterleitung verwendeten Kommunikationsmittel/-wege (bei Störungen ist der Kunde verpflichtet, sämtliche anderen möglichen Kommunikationsmittel/-wege auszuschöpfen); Systemstörungen und unberechtigte Eingriffe bei der Bank oder bei den zur Durchführung des Auftrages von der Bank benutzten Unternehmen; erfolgte Sperren und Zugriffsbeschränkungen; verspätet, fehlerhaft oder nicht zur Verfügung gestellte Informationen, Kurse, Stück/Kennzahlen; Stammdaten oder Research-Daten; verspätete, fehlerhaft oder nicht erteilte Informationen über Auftragsdurchführungen und -stornierungen; fehlerhaft, verspätet oder nicht durchgeführte Zwangsverwertungen. Auch für andere Schäden, welcher Art und Ursache auch immer, insbesondere für entgangenen Gewinn, ist die Haftung der Bank für leichte Fahrlässigkeit ausgeschlossen.***

Die beklagte Partei gab mit Schreiben vom 23. September 2009 eine Unterlassungserklärung im Umfang dieser Klausel, ausgenommen die in Fettdruck hervorgehobenen Satzteile, ab.

Mit Schreiben vom 24. September 2009 gab die beklagte Partei die nachstehende weitere Unterlassungserklärung ab:

*Das genannte Unternehmen verpflichtet sich gegenüber dem genannten Verband im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern sich auf keine Haftungsbeschränkungen für Personenschäden zu berufen.*

Die vorstehend wiedergegebene Klausel findet sich im Konto-/Depotvertrag für Privatkunden

in der Fassung 03-09 unter der Überschrift „Vertragsbestimmungen für das direktanlage.at-Konto/Depot für Privatkunden“ in Punkt 5. Diese Vertragsurkunde wurde - ebenso wie der Vertrag in der Fassung 10-09 - von der beklagten Partei einseitig vorformuliert. Es handelt sich um einen nicht individuell ausverhandelten Vertragstext der beklagten Partei für ihre Privatkunden, die einen Konto-/Depotvertrag abschließen wollen.

Die beklagte Partei änderte zu einem nicht feststellbaren Zeitpunkt nach der Aufforderung zur Abgabe einer Unterlassungserklärung durch die klagende Partei die Klausel, welche nunmehr in der Fassung 10-09 lautet:

*Haftungsbeschränkungen: Die Haftung der Bank ist zudem in folgenden Fällen für durch die Bank leicht fahrlässig verursachte Schäden ausgeschlossen: Verzögerungen oder Nichtdurchführung von Aufträgen infolge falscher Zweifel an der Identität des Auftraggebers, der Echtheit oder Rechtsgültigkeit eines Auftrags; Störungen der zur Auftragsentgegennahme verwendeten Kommunikationswege (bei Störungen ist der Kunde verpflichtet, sämtliche andere mögliche Kommunikationswege auszuschöpfen); Störungen oder Mängel des Computersystems oder der Homepage der Bank; Störungen oder Mängel des Computersystems oder der Kommunikationswege der von der Bank benutzter Dritter zur Durchführung des Auftrages oder zur Information des Kunden mittels SMS oder E-Mail über Auftragsdurchführungen oder -streichungen; unberechtigte Zugriffsbeschränkungen zum Konto oder Depot des Kunden; unberechtigte Sperren des Kontos oder des Depots der Kunden; verspätet, fehlerhaft oder nicht übermittelte Transaktionsnummern; verspätete, fehlerhaft oder nicht erteilte Informationen über Auftragsdurchführungen oder -streichungen im Internet oder mittels SMS oder E-Mail im Rahmen des vom Kunden zusätzlich unentgeltlich wählbaren SMS-/E-Mail-Services; im Internet zu Finanzinstrumenten, Rohstoffen, Indizes und Finanzmärkten verspätet, fehlerhaft oder nicht zur Verfügung gestellte Berichte, Kennzahlen, Daten zur Handelbarkeit, Kurse; unzulässige außergerichtliche Pfandverwertungen. Sämtliche Haftungsausschlüsse der Bank gelten nicht für Personenschäden. Die Haftung der Bank für leichte Fahrlässigkeit wird weiters gegenüber Nicht-Verbrauchern auch für alle anderen Schäden, welcher Art und Ursache auch immer, ausgeschlossen.*

**Die klagende Partei** begehrt mit der vorliegenden auf §§ 28, 29 KSchG gestützten Verbandsklage, die beklagte Partei für schuldig zu erkennen, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde lege und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der eingangs bereits dargestellten Klausel oder sinngleicher Klauseln zu unterlassen und es weiters zu unterlassen, sich auf diese Klausel oder sinngleiche Klauseln zu berufen, soweit diese unzulässigerweise vereinbart worden sind. Sie erhob weiters ein Urteilsveröffentlichungsbegehren. Die Klausel schließe bei der vorzunehmenden

konsumentenfeindlichsten Auslegung die Haftung für Personenschäden und die Haftung für leichte Fahrlässigkeit zur Gänze aus. Die Klausel verstoße daher gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG und sei gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Ein genereller Ausschluss der Haftung einer Bank für leichte Fahrlässigkeit sei unzulässig. Bei der vorzunehmenden konsumentenfeindlichsten Auslegung beinhalte die Klausel auch den Ausschluss der Haftung für die leicht fahrlässige Verletzung der Hauptleistungspflichten. Die Klausel enthalte nicht mehrere materiell eigenständige Regelungen. Es sei daher auf einen teilweise zulässigen Klauselinhalt nicht Bedacht zu nehmen. Die von der beklagten Partei abgegebene Unterlassungserklärung eigne sich nicht zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr, da die beklagte Partei nicht die von der klagenden Partei geforderte, sondern eine abgeänderte Unterlassungserklärung abgegeben habe.

**Die beklagte Partei** beantragt die Abweisung des Klagebegehrens und wendet zusammengefasst ein, sie habe mit Ausnahme der eingangs in Fettdruck hervorgehobenen Klauselteile eine mit einer angemessenen Konventionalstrafe bewährte Unterlassungserklärung abgegeben und die hievon erfassten Klauselteile umgehend geändert. Es bestehe daher insoweit keine Wiederholungsgefahr. Die beanstandete Klausel enthalte mehrere rechtlich eigenständige Regelungen, nämlich Haftungsfreizeichnungen für verschiedenste Bereiche und unterschiedlichste Fälle. Die von der Unterlassungserklärung nicht erfassten Klauselteile seien daher getrennt zu prüfen. Diese seien sachlich gerechtfertigt und zulässig.

**Das Erstgericht** gab mit dem angefochtenen Urteil der Klage statt, wobei es die Leistungsfrist für die Unterlassung der Verwendung der Klausel oder sinngleicher Klauseln ebenso wie für die Unterlassung, sich auf die Klausel oder sinngleiche Klauseln zu berufen, soweit diese unzulässigerweise vereinbart worden sind, mit jeweils einem Monat festsetzte. Das Erstgericht vertrat in seiner rechtlichen Beurteilung des eingangs vorangestellten Sachverhalts die Auffassung, die zu beurteilende Klausel enthalte keine eigenständig zu beurteilenden Teile. Der erste Satz der aus zwei Sätzen bestehenden Klausel enthalte eine demonstrative Aufzählung einer Vielzahl von Fällen, in welchen die Haftung der beklagten Partei für leichte Fahrlässigkeit ausgeschlossen werde. Im zweiten Satz werde in einer generalklauselartigen Formulierung ein Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit für sämtliche anderen Schäden, welcher Art und Ursache auch immer, vorgenommen. Der zweite Satz nehme somit Bezug auf den ersten Satz. Die einzelnen Klauselteile enthielten insgesamt nur einen Regelungsinhalt, nämlich den Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit. Eine isolierte Betrachtung der beiden Sätze sei nicht möglich. Es komme daher auch keine geltungserhaltende Reduktion im Hinblick auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der Klausel in Betracht.

Die Klausel verstoße in ihrer Gesamtheit gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG, da bei

konsumentenfeindlichster Auslegung im zweiten Satz auch die Haftung der beklagten Partei für Personenschäden bei leichter Fahrlässigkeit ausgeschlossen werde. Die beanstandete Freizeichnung erfasse auch die Hauptleistung, da sich der zweite Satz der Klausel auf Schäden, welcher Art und Ursache auch immer, beziehe. *Die beklagte Partei biete neben Wertpapierdienstleistungen auch Sparprodukte und Girokonten an, die jeder Verbraucher notwendigerweise in Anspruch nehmen müsse* (Beweisrüge der beklagten Partei); sie biete in ihren Filialen auch Anlageberatung an. Die beklagte Partei sei eine übermächtige vertragschließende Bank, die in ihrem Bereich Marktführerin sei und sich allgemeiner Geschäftsbedingungen bediene. Der Umstand, dass auch andere Banken dieselben Leistungen - wie die beklagte Partei vorbringe, gegen ein höheres Entgelt - anbieten, ändere daran nichts, da die beklagte Partei in ihrem Bereich Marktführerin sei und die anderen teureren Banken für die angesprochenen Verkehrskreise keine Alternative seien. *Der einzelne Verbraucher könne am Beginn der Geschäftsverbindung auch nicht absehen, auf welche der in der Zukunft allenfalls abzuschließenden Bankgeschäfte diese Klausel zur Anwendung kommen werde* (Beweisrüge der beklagten Partei). Es sei ihm nicht möglich, die Tragweite seines Verzichts abzuschätzen. Es bestehe eine Kumulierung der Verdünnungsmomente, die eine noch strengere Inhaltskontrolle erfordere. Diese ergäbe eine gröbliche Benachteiligung der Verbraucher, die auf dem völligen Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit, der wirtschaftlichen Übermacht der beklagten Partei, der verdünnten Willensfreiheit des Bankkunden sowie daraus folge, dass die Freizeichnung auch im Fall der Verletzung vertraglicher Hauptpflichten zum Tragen komme. Eine sachliche Rechtfertigung für den völligen und gröblich benachteiligenden Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit sei nicht ersichtlich. Die von § 28 Abs 2 KSchG geforderte Wiederholungsgefahr liege vor, da die beklagte Partei keine uneingeschränkte Unterlassungserklärung abgegeben habe. Das Erstgericht führte zur Bemessung der Leistungsfrist zur Umsetzung des Unterlassungsgebotes durch Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der beklagten Partei aus, eine Frist von einem Monat reiche aus, da die zu beurteilende Klausel nur aus zwei Sätzen bestehe und die beklagte Partei die Klausel überdies zum Teil bereits geändert habe.

Gegen dieses Urteil richtet sich, soweit die beklagte Partei nur schuldig erkannt wurde, es binnen einem Monat zu unterlassen, sich auf die im Urteilsspruch genannte Klausel oder sinngleiche Klauseln zu berufen, soweit diese unzulässigerweise vereinbart worden sind, die Berufung der klagenden Partei wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung des letzten Halbsatzes des Punktes 1. des Urteilsspruches dahin, dass dieser laute: „... Sie ist ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannte Klausel oder sinngleiche Klauseln zu berufen, soweit diese unzulässigerweise vereinbart worden

sind.“

Eine Berufungsbeantwortung wurde nicht erstattet.

Gegen dieses Urteil richtet sich weiters die Berufung der beklagten Partei wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens, unrichtiger Sachverhaltsfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung sowie unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit einem auf Abweisung des Klagebegehrens gerichteten Abänderungsantrag; hilfsweise wird ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt.

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

Über die Berufung war gemäß § 480 Abs 1 ZPO in nichtöffentlicher Sitzung zu entscheiden.

**Die Berufung der klagenden Partei ist berechtigt, diejenige der beklagten Partei ist nicht berechtigt.**

#### **I. Zur Berufung der beklagten Partei:**

1. Im Verbandsprozess ist nach ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung (9 Ob 81/08i; 4 Ob 59/09v) von folgenden für die Beurteilung der vorliegenden Rechtssache wesentlichen Grundsätzen auszugehen:

- 1.1. Wer im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er seinen Verträgen zugrunde legt, oder in hiebei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, kann nach § 28 Abs 1 KSchG auf Unterlassung geklagt werden. Dieses Verbot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart wurde.
- 1.2. Nach § 879 Abs 3 ABGB ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Teil gröblich benachteiligt. Dabei ist einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die „verdünnte Willensfreiheit“ zu berücksichtigen. Weicht eine Klausel vom dispositiven Recht ab, liegt eine gröbliche Benachteiligung eines Vertragspartners im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB schon dann vor, wenn es für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung gibt. Das ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht (4 Ob 59/09v; RIS-Justiz RS0016914). Die Beurteilung, ob eine Klausel den Vertragspartner gröblich benachteiligt, orientiert sich

am dispositiven Recht, das als Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs für den Durchschnittsfall dient (RIS-Justiz RS0014676).

Die Ausnahme von der in § 879 Abs 3 ABGB verankerten Inhaltskontrolle - die Festlegung der beiderseitigen Hauptleistungspflichten - ist möglichst eng zu verstehen und soll auf die individuelle, zahlenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistungen beschränkt bleiben. Die im dispositiven Recht geregelten Modalitäten der Hauptleistung, also vor allem Ort und Zeit der Vertragserfüllung, fallen nicht unter diese Ausnahme. Klauseln, die das eigentliche Leistungsversprechen einschränken, verändern oder aushöhlen, unterliegen ebenfalls der Inhaltskontrolle (4 Ob 59/09v mwN).

- 1.3.** Im Verbandsprozess nach § 28 KSchG hat die Auslegung der Klausel im kundenfeindlichsten Sinn zu erfolgen. Auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Klausel kann nicht Rücksicht genommen werden, weil eine geltungserhaltende Reduktion im Verbandsprozess nicht möglich ist (6 Ob 140/06s; 10 Ob 70/07b; 4 Ob 59/09v; RIS-Justiz RS0038205, RS0016590).

Maßgeblich für die Qualifikation einer Klausel als „eigenständig“ iSd § 6 KSchG ist nicht die Gliederung des Klauselwerks. Es können vielmehr auch zwei unabhängige Regelungen in einem Punkt oder sogar in einem Satz der Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sein. Es kommt darauf an, ob ein materiell eigenständiger Regelungsbereich vorliegt. Das ist dann der Fall, wenn die Bestimmungen isoliert voneinander wahrgenommen werden können (10 Ob 70/07b; 9 Ob 81/08j; 7 Ob 230/08m; 2 Ob 1/09z; 4 Ob 59/09v; RIS-Justiz RS0121187).

## **2. Zur Frage der Eigenständigkeit der in der Klausel enthaltenen Regelungen:**

- 2.1.** Die beklagte Partei wendet sich gegen die Qualifizierung der Klausel als „eigenständig“ und meint, bei richtiger rechtlicher Beurteilung wäre die Teilbarkeit der Klausel anzunehmen und die Zulässigkeit jedes Haftungsausschließungsgrundes gesondert zu prüfen gewesen.
- 2.2.** Der Qualifizierung der vorliegenden Klausel durch das Erstgericht als nicht teilbare Klausel ist beizutreten. Die Klausel listet unter der Überschrift „Haftungsbeschränkungen“ in ihrem ersten Satz verschiedene Fälle auf, in denen die Haftung der beklagten Partei für leichte Fahrlässigkeit ausgeschlossen wird und enthält in ihrem zweiten Satz im Sinne einer Generalklausel die Aussage, dass die Haftung der Bank für leichte Fahrlässigkeit auch für andere Schäden, welcher Art und Ursache auch immer, insbesondere für entgangenen Gewinn, ausgeschlossen ist. Die beiden Sätze sind einem materiell selbständigen Regelungsbereich, nämlich dem Ausschluss der Haftung der Bank für leichte Fahrlässigkeit, zuzuordnen.

- 2.3.** Die der Klausel zugrunde liegende erkennbare Absicht ihres Verwenders besteht darin, die Haftung generell für leichte Fahrlässigkeit auszuschließen. Der in den beiden Sätzen zum Ausdruck gebrachte Haftungsausschluss entspricht im Ergebnis einem generellen Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit. Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder in Formblättern enthaltene Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit kann grob benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB sein (4 Ob 179/02f; Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 18/23). Da eine Haftungsfreizeichnungsklausel für leichte Fahrlässigkeit somit insgesamt geprüft werden muss, kann deren Verwender nicht durch eine Auflistung möglicher haftungsbegründender Umstände in Kombination mit einer Generalklausel eine Prüfung der Zulässigkeit des Haftungsausschlusses für leichte Fahrlässigkeit in Ansehung einzelner schadensauslösender Umstände erreichen. Zum einen wäre dadurch für den Verwender einer derartigen Klausel die Prüfung der Haftungsfreizeichnung für leichte Fahrlässigkeit auf deren teilweise Zulässigkeit erreichbar, was der unter 1.3. bereits dargelegten Rechtsprechung widerspricht. Selbst die beklagte Partei verweist in ihrer Rechtsrüge - wenn auch in anderem Zusammenhang - darauf, dass der Prüfungsumfang durch das Gericht wohl nicht durch die Textgestaltung bestimmt werden kann (Berufung, S 5 unten). Zum anderen hätte der Entfall eines auf einen bestimmten haftungsbegründenden Umstand bezogenen Klauselteils als Ergebnis einer Einzelprüfung der im ersten Satz der Klausel enthaltenen Einzelklauseln unter Abstandnahme von einer Gesamtbeurteilung der Klausel zum Ergebnis, dass dennoch über Satz 2 der Klausel eine umfassende Haftungsfreizeichnung für leichte Fahrlässigkeit gegeben sein könnte. Wenn sich auch der erste Satz der Klausel auf unterschiedliche schadensauslösende Umstände bezieht, besteht dennoch zwischen den im ersten Satz der Klausel enthaltenen Einzelregelungen und der im zweiten Satz der Klausel enthaltenen Generalklausel ein Konnex insoweit, als diese insgesamt eine Haftungsfreizeichnung für leichte Fahrlässigkeit zum Gegenstand haben. Das somit gegebene Vorliegen eines einheitlichen Regelungsbereichs steht einer Aufspaltung in Einzelklauseln im Zuge der Prüfung nach § 28 KSchG entgegen.
- 2.4.** Die Judikaturzitate der beklagten Partei betreffen keine vergleichbaren Sachverhalte: In der Entscheidung 7 Ob 230/08m nahm der Oberste Gerichtshof in einer Klausel enthaltene eigenständige Klauseln im Hinblick darauf an, dass sich der eine Teil der Klausel auf einen Vertrag mit bestimmter Dauer und der andere Teil der Klausel auf einen Vertrag mit unbestimmter Dauer bezog. In der Entscheidung 3 Ob 12/09z wurde eine Klausel geprüft, die demonstrativ Gründe für eine Kündigung eines Vertrages aus wichtigem Grund aufzählte. Aus

dieser Entscheidung ergeben sich keine Anhaltspunkte für die Beurteilung der vorliegenden Klausel.

Die Ausführungen der beklagten Partei zur Entscheidung 10 Ob 70/07b sind insoweit nicht nachzuvollziehen, als die beklagte Partei eine fünf Sätze umfassende Klausel wiedergibt und in der Folge mit einer vom Obersten Gerichtshof angenommenen Eigenständigkeit „der beiden Sätze“ argumentiert. Jedenfalls ist aber aus der in der zitierten Entscheidung tatsächlich erfolgten getrennten Prüfung einerseits des ersten und zweiten Satzes und andererseits des vierten und fünften Satzes des von der beklagten Partei wiedergegebenen Klauseltextes für deren Standpunkt nichts zu gewinnen. Die Eigenständigkeit des ersten und vierten Satzes gegenüber dem zweiten und fünften Satz des von der beklagten Partei wiedergegebenen Textes wurde jeweils damit begründet, dass der erste und vierte Satz der Klausel lediglich ein bestimmtes Verhalten vorschreibt und daher von den in den Folgesätzen enthaltenen Haftungsregelungen unabhängig war.

### **3. Zur Frage der Zulässigkeit der Haftungsfreizeichnung für leichte Fahrlässigkeit:**

- 3.1.** Die beklagte Partei argumentiert, die Klausel sei zulässig, da sie mit Schreiben vom 24. September 2009 ohnehin eine Unterlassungserklärung abgegeben habe, wonach sie sich gegenüber der klagenden Partei verpflichte, sich im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern nicht auf Haftungsbeschränkungen für Personenschäden zu berufen. Selbst bei kundenfeindlichster Auslegung könnten mit vernünftiger Logik keine Szenarien von der Haftungsfreizeichnung erfasst sein, welche zu Personenschäden führen könnten.
- 3.2.** Die beklagte Partei lässt in ihrer Argumentation außer Betracht, dass die Klausel als Einheit zu beurteilen und insgesamt einer Inhaltskontrolle zu unterziehen ist. Die Wiederholungsgefahr ist aus den unter 4. noch darzustellenden Gründen aufrecht.
- 3.3.** Gemäß § 6 Abs 1 Z 9 KSchG sind für den Verbraucher besonders solche Vertragsbestimmungen iSd § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen eine Pflicht des Unternehmers zum Ersatz eines Schadens an der Person ausgeschlossen oder eingeschränkt wird oder eine Pflicht des Unternehmers zum Ersatz sonstiger Schäden für den Fall ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, dass er oder eine Person, für die er einzustehen hat, den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verschuldet hat. Der bei der vorzunehmenden kundenfeindlichsten Auslegung von der Klausel erfasste Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit in Ansehung von Personenschäden macht die Klausel im Verbrauchergeschäft somit unzulässig.
- 3.4.1.** Die Klausel enthält darüber hinaus einen Haftungsausschluss für leichte

Fahrlässigkeit. Die Auffassung, § 6 Abs 1 Z 9 KSchG lasse eine Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit ganz allgemein zu, wird abgelehnt (4 Ob 179/02f; Hofmann, ÖBA 2002, 371 [373]; Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 18/23; Apathy, ÖBA 2003, 177 [180]). Nach Auffassung von Koziol (aaO) besagt § 6 Abs 1 Z 9 KSchG bloß, dass eine Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit nicht jedenfalls unwirksam ist.

Bei der gemäß § 879 Abs 3 ABGB im Einzelfall vorzunehmenden Abwägung aller Umstände des Falles (Bollenberger in KBB<sup>2</sup> § 879 Rz 23) kann sich auch ergeben, dass die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder in Formblättern enthaltene Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit ganz oder teilweise als grob benachteiligend zu beurteilen ist (Koziol aaO Rz 18/23). In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass der Verbraucher insbesondere dann gröblich benachteiligt sei, wenn die Haftungsfreizeichnung auch für die fahrlässige Verletzung vertraglicher Hauptpflichten erfolgt, wenn das Moment der wirtschaftlichen Tragfähigkeit oder Versicherbarkeit deutlich gegen die Zulässigkeit spricht, wenn eine ausgeprägte Vormachtstellung des Vertragspartners besteht und beim Verbraucher eine verdünnte Willensfreiheit gegeben ist (Koziol aaO Rz 18/22, Rz 18/23; Hofmann aaO; Apathy aaO). Im Wesentlichen aus diesen Gründen hat der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung 4 Ob 179/02f die Klausel, das Kreditinstitut hafte nicht für leicht fahrlässig verursachte Schäden, als gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB beurteilt.

- 3.4.2.** Die gemäß § 879 Abs 3 ABGB vorzunehmende Abwägung aller Umstände des Einzelfalls führt zur Unzulässigkeit der hier zu beurteilenden Klausel. Diese enthält nicht nur eine Haftungsfreizeichnung für den leicht fahrlässig herbeigeführten Schaden an der Person, sondern auch für die Verletzung von Hauptleistungspflichten. Die beklagte Partei legt ihren Vertragsabschlüssen Vertragsbedingungen zugrunde, die sie einseitig vorgibt (S 6 unten der Urteilsausfertigung). Die Tatsache, dass der Kunde nur die Wahl hat, zu den von der beklagten Partei angebotenen Bedingungen oder eben nicht zu kontrahieren, begründet beim Kunden eine verdünnte Willensfreiheit (6 Ob 253/07k; RIS-Justiz RS0014614; Krejci in Rummel ABGB<sup>3</sup> § 879 Rz 234). Dazu kommt, dass die beklagte Partei gegenüber dem Kunden beim Vertragsabschluss zweifellos übermächtig ist, was zu einer Kumulierung der Verdünnungsmomente führt (vgl. auch Hofmann 374). Schließlich ist der beklagten Partei die Versicherung von von ihr leicht fahrlässig herbeigeführten Schäden eher zumutbar als dem Bankkunden. Somit ist aber der Auffassung des Erstgerichtes beizutreten, dass der von der beklagten Partei vorgenommene Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit grob

benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB ist.

- 3.5.** Die beklagte Partei wendet sich in ihrer **Beweisrüge** gegen die bei Darstellung der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils bereits hervorgehobenen Ausführungen des Erstgerichtes, mit denen dieses in seiner rechtlichen Beurteilung das Vorliegen einer gröblichen Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB begründete. Auch im Falle des Vorliegens der ersatzweise gewünschten Feststellungen verstieße die Klausel jedoch gegen §§ 6 Abs 1 Z 9 KSchG, 879 Abs 3 ABGB:
- 3.5.1.** Bei der inkriminierten Klausel handelt es sich auch nach den ohnehin vorliegenden Feststellungen des Erstgerichtes um eine Vertragsbestimmung aus dem Konto-/Depotvertrag für Privatkunden (S 6 letzter Absatz der Urteilsausfertigung). Selbst wenn die Klausel nicht auf Sparprodukte und Girokonten, sondern im Sinne des Feststellungswunsches nur auf Verträge über die Eröffnung eines Wertpapierdepots und eines Wertpapierdepotverrechnungskontos anzuwenden wäre, gälten die vorstehenden Ausführungen unter 3.3. und 3.4. gleichermaßen für den Abschluss derartiger Bankverträge. Die Eröffnung eines Wertpapierdepots samt einem Wertpapierdepotverrechnungskonto mag zwar im Gegensatz zur Eröffnung eines Girokontos für einen Verbraucher verzichtbar sein, jedoch steht die beklagte Partei dem Verbraucher auch hiebei als wirtschaftlich übermächtiger Vertragspartner gegenüber, dessen Überlegenheit durch die Verwendung vorformulierter Vertragsbedingungen zum Ausdruck kommt.
- 3.5.2.** Richtig ist, dass der Bankkunde im Gegensatz zu den Ausführungen des Erstgerichtes in seiner rechtlichen Beurteilung am Beginn der Geschäftsbeziehung durchaus absehen kann, dass die Klausel auf den Vertrag über die Eröffnung eines Wertpapierdepots samt Wertpapierdepotverrechnungskonto zur Anwendung kommt. Das Erstgericht hat im Sinne des Feststellungswunsches auf S 6 letzter Absatz der Urteilsausfertigung auch festgestellt, dass die Klausel in Punkt 5. des Konto-/Depotvertrags für Privatkunden in der Fassung 03-09 unter der Überschrift „Vertragsbestimmungen für das direktanlage.at-Konto/Depot für Privatkunden“ enthalten ist. Dass die Klausel auf andere Bankgeschäfte als die Eröffnung eines Wertpapierdepots samt Wertpapierdepotverrechnungskonto Anwendung finden könnte, kann ausgehend von den vorliegenden, verlässlich auf Beilage ./1 gegründeten Feststellungen nicht angenommen werden. Alleine die im Gegensatz zur Auffassung des Erstgerichtes gegebene Absehbarkeit der Anwendung der Klausel auf den Abschluss von Verträgen über die Eröffnung eines Wertpapierdepots samt Wertpapierdepotverrechnungskonto ändert aber nichts daran, dass die Klausel aus den unter 3.3. und 3.4. bereits dargestellten Gründen gegen die §§ 6 Abs 1 Z 9 KSchG, 879 Abs 3 ABGB verstößt.

**3.5.3.** Die beklagte Partei rügt das Absehen von der Vernehmung des für ihre Vernehmung als Partei namhaft gemachten Bernd Floimayr als **Mangelhaftigkeit des Verfahrens** und führt zur Relevanz aus, im Falle der Aufnahme dieses Beweises hätte sich die Unrichtigkeit der unter 3.5.2. behandelten Feststellungen und die Richtigkeit der begehrten Ersatzfeststellungen ergeben. Der gerügte Verfahrensmangel liegt aus den unter 3.5.2. dargestellten rechtlichen Erwägungen nicht vor.

#### **4. Zur Wiederholungsgefahr:**

Zur von der beklagten Partei vertretenen Auffassung, der Prüfung unterlägen nur die Klauselteile, auf die sich die Unterlassungserklärung nicht beziehe, während die Wiederholungsgefahr hinsichtlich der von der Unterlassungserklärung erfassten Klauselteile weggefallen sei, ist Folgendes auszuführen:

**4.1.** Gemäß § 28 Abs 2 KSchG besteht die Gefahr einer Verwendung und Empfehlung in unzulässiger Weise vereinbarter Bedingungen nicht mehr, wenn der Unternehmer nach Abmahnung durch eine gemäß § 29 KSchG klageberechtigte Einrichtung binnen angemessener Frist eine mit angemessener Konventionalstrafe (§ 1336 ABGB) besicherte Unterlassungserklärung abgibt. Abs 2 dieser Bestimmung wurde durch die KSchG-Novelle (BGBl I 1997/6) eingeführt. Nach den Gesetzesmaterialien sollte dadurch klargestellt werden, dass die nach § 29 KSchG klagslegitimierten Einrichtungen ein Abmahnverfahren durchführen können, ohne sich der Gefahr auszusetzen, durch eine Abmahnung in einem in der Folge erforderlichen gerichtlichen Verfahren in eine ungünstigere Position zu gelangen. Gibt der Unternehmer die verlangte Unterlassungserklärung ab, so ist die Wiederholungsgefahr weggefallen; gibt er eine solche Unterlassungserklärung hingegen nicht ab, so wird dies im Allgemeinen die Wiederholungsgefahr indizieren (Erläut RV 311 BlgNR XX. GP 32). Das - nicht obligatorische - Abmahnverfahren ermöglicht es somit, eine für beide Teile kostengünstige und die Gerichte entlastende Bereinigung der Angelegenheit herbeizuführen (Kathrein in KBB<sup>3</sup> § 28 KSchG Rz 7; 2 Ob 153/08a; 5 Ob 138/09v; 2 Ob 1/09z).

Nach ständiger Rechtsprechung beseitigt nur die vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung die Wiederholungsgefahr (2 Ob 153/08a; RIS-Justiz RS0111637). Die Unterlassungserklärung muss nicht nur die beanstandeten, sondern auch sinngleiche Klauseln erfassen und es dürfen weder Einschränkungen noch Bedingungen angeführt sein (5 Ob 227/98p; 2 Ob 153/08a; 5 Ob 138/09v; 2 Ob 1/09z).

Apathy (ÖBA 2010, 125) erörterte in seiner Anmerkung zur Entscheidung 2 Ob

153/08a, dass sich für den Verwender beanstandeter AGB, der deren Unzulässigkeit einsieht, nach der Entscheidung 2 Ob 153/08a die Frage stelle, ob er eine Unterlassungserklärung überhaupt abgeben oder sich lieber auf einen Prozess einlassen soll, um die Gefahr auszuschließen, eine zu weitgehende Unterlassungserklärung abzugeben, zu der er jedenfalls nicht verhalten werden könne. Er vertrat die Auffassung, dass die Aufforderung des klageberechtigten Verbandes, eine Unterlassungserklärung abzugeben, grundsätzlich dahin zu verstehen sein werde, dass der Verband den gesetzlichen Unterlassungsanspruch gemäß § 28 KSchG geltend mache und nicht auch eine darüber hinausgehende Unterlassungsverpflichtung des Unternehmers zu begründen trachte. Die Erklärung des Verwenders von AGB werde daher nicht als eine von § 28 KSchG losgelöste selbständige Verpflichtungserklärung zu verstehen sein, sondern als ein deklaratives Anerkenntnis, dass die beanstandeten Klauseln gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen und ihre Verwendung unterlassen werde. Gesetzlich zulässige Klauseln seien von einer vorbehaltlosen Unterlassungserklärung nach § 28 KSchG daher nicht erfasst. Der Oberste Gerichtshof hat sich nunmehr in seiner Entscheidung 2 Ob 1/09z vom 22. April 2010 dieser Auffassung Apathys angeschlossen (vgl. auch RIS-Justiz RS0126156).

- 4.2.** Im zu beurteilenden Fall nahm die beklagte Partei von ihrer Unterlassungserklärung ihrer Auffassung nach zulässige Klauselteile aus. Der mit der Abmahnung vorprozessual geltend gemachte Unterlassungsanspruch betraf aber die Klausel in ihrem gesamten Wortlaut und nicht bloß in einzelnen Worten oder Textteilen. Infolge der Einschränkung der Unterlassungserklärung liegt daher keine umfassende, zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr geeignete Unterlassungserklärung vor. Mangels Wegfalls der Wiederholungsgefahr in Ansehung der eine einheitliche materielle Regelung enthaltenden Gesamtklausel hat sich die Prüfung der Klausel nicht, wie von der beklagten Partei angestrebt, auf die von der Unterlassungserklärung nicht erfassten Klauselteile zu beschränken.
- 4.3.** Die in Punkt 6. der Berufung geltend gemachten sekundären Feststellungsmängel liegen nicht vor, da ohnehin unstrittig ist, wann die beklagte Partei Unterlassungserklärungen welchen Inhalts abgegeben hat. Das Erstgericht hat den Inhalt der von der beklagten Partei abgegebenen Unterlassungserklärungen seinen Entscheidungsgründen vorangestellt (S 3/4 der Urteilsausfertigung).

Der Berufung der beklagten Partei war daher ein Erfolg zu versagen.

## **II. Zur Berufung der klagenden Partei:**

1. Die klagende Partei wendet sich in ihrer Berufung ausschließlich gegen die Setzung einer Leistungsfrist von einem Monat für die Unterlassung der Berufung auf die Klausel oder auf sinngleiche Klauseln, soweit diese unzulässigerweise vereinbart worden sind. Diese Berufungsausführungen sind berechtigt:
2. Nach § 409 Abs 2 ZPO kann der Richter zwar bei Unterlassungsklagen eine angemessene Leistungsfrist festlegen, wenn die Unterlassungspflicht die Pflicht zur Änderung eines Zustands einschließt (Rechberger in Rechberger, ZPO<sup>3</sup> § 409 Rz 1; 4 Ob 130/03a; 4 Ob 1/89). Jedoch ist § 409 ZPO auf reine Unterlassungsansprüche nicht anzuwenden (Fucik in Fasching/Konecny III<sup>2</sup> § 409 Rz 7; 4 Ob 337/78 [= SZ 51/76]; RIS-Justiz RS0041265). Letztere wurzeln unmittelbar im materiellen Recht und zielen auf die Einhaltung der betreffenden materiellen Rechtslage durch die beklagte Partei ab. Wollte man in Übereinstimmung mit der Auffassung des Erstgerichtes eine Leistungsfrist anordnen, so hätte dies nicht eine Stundung der Anspruchserfüllung, sondern eine Abänderung der materiellen Rechtslage für den Zeitraum der Leistungsfrist durch eine rein verfahrensrechtliche Anordnung zur Folge. Die beklagte Partei wäre dann berechtigt, für die Dauer der Leistungsfrist ein Verhalten an den Tag zu legen, das der materiellen Rechtslage widerspricht. Eine solche, die gesetzliche materielle Rechtslage in ihr Gegenteil verkehrende Wirkung ist jedoch mit dem bloß in einer Exekutionsstundung bestehenden Normzweck des § 409 ZPO unvereinbar. Die urteilsmäßige Verpflichtung zu einer reinen Unterlassung - also nicht zu einer Unterlassung, die auch ein positives Tun, wie etwa eine Beseitigung, umfasst - tritt daher sofort mit der Wirksamkeit des Urteils ein (4 Ob 337/78 [= SZ 51/76]).

Das angefochtene Urteil war daher in Stattgebung der Berufung der klagenden Partei in Punkt 1., letzter Halbsatz des Spruches, antragsgemäß dahin abzuändern, dass die Wortfolge „binnen einem Monat“ entfällt.

III. Die im Falle eines Berufungserfolges vorzunehmende Neufassung der Kostenentscheidung erster Instanz führt im vorliegenden Einzelfall zu einer Übernahme der bereits vom Erstgericht auf § 41 ZPO gegründeten, inhaltlich richtigen Kostenentscheidung. Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens gründet auf §§ 50 iVm 41 ZPO. Der klagenden Partei gebührt für die Berufungsbeantwortung der Einheitssatz dreifach (§ 23 Abs 9 RATG). Da sich die Berufung der klagenden Partei nicht auf den gesamten Streitgegenstand des Verfahrens erster Instanz bezieht, sondern nur die Fassung der urteilsmäßigen Verpflichtung zu einer Unterlassung in Ansehung einer von zwei Unterlassungspflichten zum Gegenstand hat, bewertet das Berufungsgericht den Gegenstand des Berufungsverfahrens für die Fassung der Kostenentscheidung nach freiem Ermessen mit

einem Sechstel des Gesamtstreitwerts (= EUR 6.000,00). Gemäß § 18 Abs 2 Z 3 GGG ist zwar der Bemessung der Pauschalgebühr für das Rechtsmittelverfahren der ganze Wert des ursprünglichen Streitgegenstandes zugrunde zu legen, wenn der von der Anfechtung betroffene Teil nicht nur ein Geldanspruch ist und der Rechtsmittelwerber in der Rechtsmittelschrift die Bewertung unterlässt. Dies kann jedoch nicht gegenüber dem Prozessgegner gelten, der gemäß § 41 ZPO nur zum Ersatz der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten zu verpflichten ist. Der klagenden Partei gebührt daher der Ersatz der Kosten ihrer Berufung ausgehend von einer sowohl für die Ermittlung der Vertretungskosten als auch der Pauschalgebühr maßgeblichen Bemessungsgrundlage von EUR 6.000,00 (= EUR 1.307,27 [darin EUR 135,71 USt und EUR 493,00 Barauslagen]) (vgl. im Übrigen zur Bindung der Justizverwaltungsorgane an Entscheidungen der Gerichte bei der Gebührenfestsetzung: VwGH vom 21.9.2005, GZ 2003/16/0488).

Bei der Bewertung des Entscheidungsgegenstandes mit insgesamt EUR 30.000,00 übersteigend berücksichtigte das Berufungsgericht das bei der Bewertung durch die klagende Partei zum Ausdruck gekommene wirtschaftliche Interesse.

Die ordentliche Revision gemäß § 502 Abs 1 ZPO ist zulässig, da die Auslegung von Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen bestimmter Geschäftsbranchen, welche regelmäßig für eine größere Anzahl von Kunden und damit Verbrauchern bestimmt und von Bedeutung sind, eine erhebliche Rechtsfrage darstellt, sofern - wie im vorliegenden Fall - solche Klauseln bisher vom Obersten Gerichtshof noch nicht zu beurteilen waren (RIS-Justiz RS0121516).

---

**Oberlandesgericht Linz, Gerichtsabteilung 6**  
**Dr. Ewald Greslehner, Richter**  
**Linz, 6. Dezember 2010**

---

Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG