

2. Tag Revision 13.1.2010  
1. Tag Revision 13.1.2010

VKI-3109



REPUBLIK ÖSTERREICH  
Oberlandesgericht Wien

Präsidium  
Handelsges. des Wien  
abgel. am 1.6. DEZ 2009  
fach, mit... Abant  
Halbschriften

BRUNNEN, KLAUSER PRÄNDL

BRUNNEN, KLAUSER PRÄNDL

15 R 170/09v

## Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin Dr. Pisan als Vorsitzende und die Richter des Oberlandesgerichtes Dr. Schrott-Mader und Dr. Brenn in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Brauneis Klauser Prändl Rechtsanwälte GmbH in Wien, wider die beklagte Partei **AWD Gesellschaft für Wirtschaftsberatung GmbH**, 1030 Wien, Rennweg 9, vertreten durch Kraft & Winternitz Rechtsanwälte GmbH Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert EUR 26.000,--), über die Berufung der klagenden Partei gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 20.5.2009, 11 Cg 17/09a-7, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

Der Schriftsatz der klagenden Partei vom 25.8.2009 und der Schriftsatz der beklagten Partei vom 3.9.2009 werden zurückgewiesen.

Der Berufung wird **teilweise** Folge gegeben. Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass es zu lauten hat:

„I. Die beklagte Partei ist schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie den von ihr geschlossenen Verträgen und/oder in dabei verwendeten Vertragsformblättern

14

zugrunde legt, die Verwendung folgender oder sinngleicher Klauseln zu unterlassen:

**GESPRÄCHSNOTIZ ZUR BERATUNG (Beilage B)**

D) Aufklärung über Risiken:

„Außerdem wurde ich von meinem Wirtschaftsberater über folgende Punkte aufgeklärt: Gebühren/Verwaltungskosten, Kursschwankungen, Bindefrist-, Verfügbarkeit, Renditeerwartung, Ausgabeaufschlag, Euro-Umstellung, Währungsrisiko, steuerliche Behandlung von Kapitalerträgen, Belastung bei vorzeitiger Beendigung, Produktemittent (Insolvenzrisiko), Rückkaufswert.“ (Klausel 7)

„Mündliche Zusagen wurden nicht getroffen.“ (Klausel 8)

**MANDANTENHINWEISE**

„Mein Wirtschaftsberater hat mich über das mir gesetzlich zustehende Rücktrittsrecht aufgeklärt, wonach ich berechtigt bin, binnen einer Woche ab dem heutigen Vertragsabschluss von diesem Vertrag zurückzutreten.“ (Klausel 9)

„Allerdings haftet der AWD für solche Umstände, die sich auf meine persönlichen finanziellen Verhältnisse, auf mein persönliches Anlageverhalten und auf meine Anlageziele beziehen, nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, nicht jedoch auch für leichte Fahrlässigkeit. Auf eine diesbezügliche weitergehende Nachforschungspflicht verzichte ich ausdrücklich.“ (Klausel 14)

**GESPRÄCHSNOTIZ ZUR BERATUNG (Beilage A):**

G. Aufklärung über Risiken

„Ich wurde von meinem Wirtschaftsberater über folgende Punkte aufgeklärt: Gebühren/ Verwaltungskosten, Kursverluste, Bindefrist- Verfügbarkeit, Renditeerwartung, Ausgabeaufschlag, Währungsrisiko, Steuerliche Aspekte, Belastung bei vorzeitiger Beendigung, Produktemittent (Insolvenzrisiko).“ (Klausel 10)

H. Risikohinweise bei Immobilienaktien, anderen Immobilien-

produkten und Alternative Investments

(...) „Über die nachstehend aufgelisteten Risiken wurde ich von meinem Wirtschaftsberater ausführlich und ausdrücklich aufgeklärt:

Unternehmensrisiko (z.B. Managementfehler, Geschäftsentwicklung, Akquisitionen)

Immobilienrisiko (z.B. Standort, Zustand, Vermietung, Erträge, Verwertbarkeit, Streuung)

Liquiditätsrisiko (z.B. Börsencrash, keine Käufernachfrage)

Zinsrisiko (z.B. höhere Finanzierungskosten infolge steigender Zinsen)

Risiko des Teil- oder Totalverlustes des investierten Kapitals (z.B. Insolvenz)

Währungsrisiko (z.B. niedrigere Erträge und höhere Finanzierungskosten in Fremdwährungen)

Rechtliche Rahmenbedingungen (z.B. Besteuerung, sonstige gesetzliche Änderungen und Auflagen)

Politische Rahmenbedingungen (z.B. politischer Umsturz, revolutionäre Ereignisse, Krieg)

Wirtschaftliche Rahmenbedingungen (z.B. Osteuropa, Konjunktur)

Risiko der zukünftigen Marktentwicklung

Wettbewerbsrisiko (z.B. höhere Anschaffungskosten bei höherer Nachfrage)

Die Investitionen in Immobilienaktien, welche überwiegend bzw. ausschließlich in Staaten Zentral- und/oder Osteuropas veranlagen, unterliegen zusätzlichen Risiken, da insbesondere die rechtlichen/ politischen/ wirtschaftlichen Rahmenbedingungen nicht mit jenen Westeuropas vergleichbar sind. (Klausel 1)

K) Sonstige Hinweise

Ich nehme zur Kenntnis, dass die Beratung und Aufklärung bezüglich der gewählten Kapitalanlage auf der Grundlage der von

mir gegebenen Angaben, Wünsche und Bedürfnisse erfolgte." (Klausel 2)

„Bevor ich diese Gesprächsnotiz unterschreibe, habe ich die Mandantenhinweise auf der Rückseite mit den erläuternden Hinweisen gelesen. Sie enthalten Informationen zum Rücktrittsrecht.“ (Klausel 3)

„Mein Wirtschaftsberater hat mich über die von mir gewählte Kapitalanlage, unter Zugrundelegung der von mir gemachten Angaben umfassend aufgeklärt. Sämtliche von mir gestellten Fragen wurden von meinem Wirtschaftsberater zufriedenstellend beantwortet.“ (Klausel 4)

„Mit meiner Unterschrift habe ich diese Mandantenhinweise zur Kenntnis genommen, verstanden und akzeptiert.“ (Klausel 5)

#### GESPRÄCHSNOTIZ ZUR BERATUNG UND/ODER VERMITTLUNG

##### (Beilage C)

in Punkt H) „Aufklärung über Risiken (wie oben G) der abschließende zusätzlich eingefügte Punkt:

„Mir wurden die die genannten Risiken von meinem AWD Berater erklärt und ich bestätige, diese verstanden zu haben.“ (Klausel 12)

II. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, Punkt I und II des Urteilsspruchs binnen 6 Monaten ab Rechtskraft des Urteils einmal im redaktionellen Teil einer Samstags-Ausgabe der "Neuen Kronenzeitung", und zwar in der jeweiligen Regionalausgabe aller österreichischen Bundesländer, auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und Fettdruckumrandung in Normallettern zu veröffentlichen.

III. Hingegen wird das Unterlassungsbegehren und das Veröffentlichungsbegehren hinsichtlich der folgenden Klauseln abgewiesen:

*„Ich nehme zur Kenntnis, dass mit der von mir gewählten Veranlagung Chancen und Risiken verbunden sind, eine Änderung der Sach- und Rechtslage das Anlageergebnis beeinflussen kann, sämtliche Ertragsdokumentation sich auf Vergangenheitswerte beziehen und keine Zusage über künftige Erträge gemacht werden kann.“ (Klausel 11)*

*Rücktrittsrechte*

*"Mein Wirtschaftsberater hat mich darüber aufgeklärt, dass mir gemäß § 3 Konsumentenschutzgesetz und § 12 Wertpapieraufsichtsgesetz unter den dort genannten Bedingungen ein Recht auf Rücktritt vom Vertrag binnen einer Woche ab Zustandekommen des Vertrages zusteht." (Klausel 6)*

*Sonstige Hinweise:*

*(...), „Ferner ist eine Anlage in Aktien/Investmentfonds mit hohem Risiko und starken Wertschwankungen bei nur geringen/keinen Erfahrungen im Investmentbereich nicht zu empfehlen.“ (Klausel 13).*

IV. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 2.449,81 (darin enthalten EUR 326,93 USt und EUR 488,24 Barauslagen) bestimmten Kosten des Verfahrens zu ersetzen."

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 1.970,84 (darin enthalten EUR 203,94 USt und 747,20 Barauslagen) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

**Entscheidungsgründe :**

Der gemäß § 29 KSchG klageberechtigte Verein macht Unterlassungsansprüche nach § 28 Abs 1 KSchG geltend. Die Beklagte ist eine nach dem WAG 2007 konzessionierte Wertpapierfirma (§ 1 Z 1 WAG 2007) und bietet ihre Leistungen bundesweit an. Dabei tritt sie in ihrer geschäftlichen

Tätigkeit laufend mit Verbrauchern iSd § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt. Sie verwendet Formulare (sog Gesprächsnotizen bzw Mandantenhinweise), die sie den von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legte (Formular GN6-A-04/06 1-04/06, Beilage ./A sowie Formular 06/99, Beilage ./B). Derzeit verwendet die Beklagte das Formular GNG-A-00/07 (Beilage ./C).

Der Kläger stellte die im Spruch wiedergegebenen Begehren auf Unterlassung und Urteilsveröffentlichung. Dazu brachte er im Wesentlichen vor, dass die Beklagte durch die Verwendung der im Urteilsbegehren angeführten Klauseln in "Gesprächsnotizen" gegen § 6 KSchG, § 15 WAG aF, 13 WAG aF, sowie gegen §§ 864a, 879 ABGB verstoßen. Diese Klauseln würden entweder einer unzulässigen Beweislastverschiebung oder einer unzulässigen Haftungsfreizeichnung dienen.

Die beanstandete "Gesprächsnotizen" seien von der Beklagten bei allen Beratungsgesprächen auf mehr oder weniger gleiche Weise ausgefüllt und den Verbrauchern zur Unterschrift vorgelegt worden. Dabei könne der Verbraucher de facto keinen Einfluss auf den Inhalt nehmen. Es bestehe somit auf Seiten des Verbrauchers "verdünnte Willensfreiheit". Die "Gesprächsnotizen" würden nicht nur die Erfüllung des bereits geschlossenen Vertrages dokumentieren, sondern es würden vertragliche Pflichten, wie insbesondere die Verpflichtung der Beklagten zur Vermittlung des gegenständlichen Anlageproduktes geregelt. Die Unterzeichnung der "Gesprächsnotizen" sei für das Zustandekommen des Vertrages und damit für die Vermittlung der Aktien Voraussetzung. Der Vertrag über die Vermittlung des Anlageproduktes werde nur abgeschlossen, wenn die Klauseln unterzeichnet seien. Die Gesprächsnoti-

zen würden im Ergebnis wie Allgemeine Geschäftsbedingungen wirken und nicht bloß wie eine Dokumentation über ein erfolgtes Beratungsgespräch im Einzelfall. Vielmehr seien die Klauseln pauschal vorformuliert und massenhaft und systematisch verwendet worden, um eine gesetzesgemäße Beratung von Anlegern zu fingieren.

Die Klauseln würden Tatsachenbestätigungen enthalten. Damit versuche die Beklagte die sie treffende Beweispflicht, dass sie den Verbraucher ausreichend über die Risiken des Wertpapiergeschäftes aufgeklärt hat, auf den Verbraucher zu überwälzen und ihre Haftung für eine unzureichende Aufklärung auszuschließen.

Die streitgegenständlichen Klauseln würden gegen §§ 6 Abs 1 Z 11 und Z 9 KSchG, § 15 WAG aF, sowie gegen § 6 Abs 3 KSchG und §§ 879 Abs 1 und 3, 864a ABGB verstoßen. Es komme zu einer unzulässigen Beweislastverschiebung zu Lasten des Verbrauchers, der im Gegensatz zur gesetzlich geregelten Beweislast im Schadensfall zu beweisen habe, dass ihm das rechtswidrige und schuldhafte Verhalten des Belangten einen bestimmten Schaden zugefügt habe. Es werde auch ein Haftungsausschluss darin erblickt, dass die Beklagte durch eine als Tatsachenbestätigung formulierte Aussage von vornherein zu verhindern versuche, dass Beratungsfehler je zu einer Haftung führen können, bzw. versuche die Beklagte den für den Verbraucher schwer widerlegbaren Anschein zu schaffen, sie hätte alle sie treffenden Aufklärungspflichten optimal erfüllt, wodurch von vornherein jegliche Haftung ausgeschlossen wäre. Die Klauseln seien auch intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, da die Auswirkungen für den Konsumenten unklar seien. Durch die Verwendung bloßer Schlagworte für die einzelnen Risikobereiche habe er gar

keine Möglichkeit zu überprüfen, ob er über diese Risikobereiche tatsächlich aufgeklärt worden sei. Somit könne der Konsument gar nicht abschätzen, was er durch die Unterschrift bestätigen solle. Die Verwendung der inkriminierten Klauseln sei auch sittenwidrig im Sinne des § 879 Abs 1 ABGB. Dokumentiert werden solle und dürfe nach WAG 2007 nur das, was tatsächlich vereinbart, mitgeteilt und aufgeklärt wurde: Die Gesprächsnotizen der Beklagten würden aber nicht vom tatsächlichen Inhalt der Vereinbarung und Beratung ausgehen, vielmehr würden diese Dokumente eine gesetzmäßige Beratung fingieren. Aus den Gründen der verdünnten Willensfreiheit, der Unerfahrenheit des Verbrauchers, sowie aufgrund dessen, dass er eine gesetzmäßige Beratung bestätige, was nicht der Wahrheit entspreche, und er die Auswirkungen dieser Bestätigung nicht abschätzen könne, seien die Klauseln unzulässig.

Ein Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB liege auch vor, da es sich um Nebenbestimmungen handle. Selbst wenn man die Beratung als Hauptleistung qualifizieren würde, so sei die Erklärung des Kunden, dass die Beratung optimal wäre, jedenfalls keine Hauptleistung. Die Klauseln seien zudem auch gröblich benachteiligend, weil durch sie bewirkt werde, dass eine Haftung eingeschränkt oder ausgeschlossen werde.

Die beanstandeten Klauseln würden auch gegen § 864a ABGB verstoßen, weil sie für den Verbraucher nachteilig seien, da sie die Durchsetzung auch berechtigter Schadenersatzansprüche erschweren oder verhindern würden.

Überraschend seien sämtliche in den Klauseln enthaltene Risikohinweise insbesondere auch deshalb, weil sie im Text versteckt und nicht gesondert hervorgehoben und auch nicht besonders ausgeführt seien. Eine Klausel mit

einem Risikohinweis sei insbesondere auch dann überraschend, wenn im Beratungsgespräch nur von "sicher", "mündelsicher", oder "todsicher" die Rede sei, im Vertragsformblatt dann aber plötzlich vom Gegenteil - nämlich von großen Kursschwankungen und einem Totalverlustrisiko - gewarnt werde.

Wiederholungsgefahr sei gegeben, weil die Beklagte weiterhin das Formular Beilage ./C verwende und sich auf die in den streitgegenständlichen Gesprächsnotizen enthaltenen Klauseln berufe.

Die **Beklagte** bestritt das Vorbringen des Klägers und beantragte kostenpflichtige Klagsabweisung. Im Wesentlichen brachte sie vor, die streitgegenständlichen Gesprächsnotizen hätten nicht dem Zweck gedient, die vertragliche Beziehung zu regeln, sondern den Ablauf des aufgrund des bereits abgeschlossenen Beratungs- bzw. Vermittlungsvertrags stattfindenden Gespräches für den Kunden und gegenüber der Aufsichtsbehörde zu dokumentieren. Die Notizen würden daher nicht den zwischen der Beklagten und dem Kunden geschlossenen Beratungs- und Vermittlungsvertrag dokumentieren, sondern dessen Erfüllung. Da die Gesprächsnotizen nicht das Vertragsverhältnis an sich regelten, sei das Ausfüllen und die Unterfertigung der Gesprächsnotizen für das Zustandekommen des Beratungs- bzw. Vermittlungsvertrags keineswegs Voraussetzung. Die verwendeten Gesprächsnotizen seien weder Vertragsformblätter noch Allgemeine Geschäftsbedingungen, sodass die Regeln der §§ 6 KSchG, 864a ABGB und 879 ABGB nicht zum Tragen kommen würden. Die beanstandeten Klauseln würden auch nicht gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG verstoßen, weil im Streitfall aus einem vertraglichen Schuldverhältnis der Konsument als Kläger den Eintritt des Schadens und dessen

Höhe zu beweisen hätte. Er müsse also nicht nur die tatsächlich eingetretene Vermögenslage behaupten und beweisen, sondern auch den hypothetischen Vermögenswert, der ohne die schädigende und sorgfaltswidrige Handlung bestanden hätte. Die Beklagte versuche mit keiner der inkriminierten Klauseln, den potentiellen Klägern eine Beweislast aufzuerlegen, die sie sonst nicht treffen würde.

Die Gesprächsnotiz sei als eine private Urkunde im Sinne § 312 ZPO anzusehen, die nur den Beweis der Echtheit, nicht der Richtigkeit des darin Beurkundeten begründe, und somit der freien Beweiswürdigung des Richters unterliege. Deshalb sei diese Urkunde als bloßer Beweis im Sinne der ZPO und nicht als Tatsachenbehauptung im Sinne des KSchG anzusehen. Daraus sei die behauptete Beweislastumkehr nicht abzuleiten. § 1298 ABGB sei nach Rechtsprechung des OGH nicht auf Sorgfaltsverbindlichkeiten anzuwenden, was die Verpflichtung des Beraters sei, da er nicht dazu angehalten werden könne, einen Kunden unter allen Umständen dazu zu bewegen, jegliches Risiko zu vermeiden, sodass die gesamte Beweislast immer beim Kläger verbleibe.

Die Klauseln 1, 2, 4, und 7 würden auch weder einen Ausschluss noch eine Beschränkung der Haftung der Beklagten darstellen. In keiner dieser Klauseln sei das Wort "Haftung" oder "Schadenersatz" enthalten, auch eine Beschränkung der Haftung finde man nicht.

Mit dem angefochtenen **Urteil** wies das Erstgericht das Klagebegehren ab.

Rechtlich führte das Erstgericht nach Darlegung des Meinungsstandes aus Lehre und Rechtsprechung im Ergebnis aus:

„Im vorliegenden Fall, stellen die von der Beklagten verwendete "Gesprächsnotizen" keine Vertragsbedingungen dar. Sie dokumentieren lediglich die Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung und sind sodann schon logisch zwingend vertraglichen Erklärungen zeitlich vorgelagert. Auch aus der Sicht eines verständigen Durchschnittskonsumenten sollen sie sowohl von ihrem Erscheinungsbild und auch aufgrund ihres Inhalts die Erfüllung von Aufklärungspflichten dokumentieren. Würde man die schriftliche Dokumentation von Aufklärungspflichten durch Unterfertigung vorgefertigter Formulare untersagen, hieße das, das anlässlich von Aufklärungen keinerlei Vordrucke verwendet werden dürften. Derartiges müsste etwa auch für Risiko- aufklärungsgespräche anlässlich von ärztlichen Behandlungsverträgen, und Ähnlichem gelten. Nun ist aber gerade die Verwendung von Formularen bei Aufklärungen über Risiken ein Garant dafür, dass an sämtliche potentiellen Risiken gedacht wird und diese zum Inhalt des Aufklärungsgespräch gemacht werden. Würde man Vordrucke als unzulässige Beweislastverschiebungen werten und deren Inhalt als nichtig beurteilen, müssten schriftliche Nachweise über Risiko- aufklärungen entweder stets handschriftlich erfolgen, was einerseits oft in üblichen Abläufen zu einer kaum zumutbaren Belastung führen würde, andererseits würden die Aufzuklärenden kaum davor geschützt werden können, dass ihnen tatsächlich sämtliche Risiken mitgeteilt werden. Gerade die Vollständigkeit der Erfüllung der Aufklärungspflicht wird durch die Verwendung der Formulare im Vorfeld gewährleistet.

Die klagsgegenständlichen, in den "Gesprächsnotizen" enthaltenen Erklärungen unterliegen daher nach dem oben Gesagten als reine Wissenserklärungen keiner Geltungs-

oder Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen.“

Dagegen wendet sich der Kläger mit seiner wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung erhobenen **Berufung** mit dem Abänderungsantrag, der Klage stattzugeben. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagte beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die im Berufungsverfahren nach Einbringung der Rechtsmittelschrift bzw -gegenschrift noch zusätzlich erstatteten Schriftsätze der Streitparteien sind wegen des Verstoßes gegen den Grundsatz der Einmaligkeit des Rechtsmittels unzulässig. Sie waren zurückzuweisen (8 ObA 8/09y uva).

**Die Berufung ist teilweise berechtigt:**

I. Von folgenden, vom Obersten Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung vertretenen, für sämtliche Klauseln maßgebenden Grundsätzen im Verbandsprozess ist auszugehen:

Wer im geschäftlichen Verkehr in AGB, 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. Der Unterlassungsanspruch nach § 28 Abs 1 KSchG richtet sich gegen alle gesetz- und sittenwidrigen Vertragsbestimmungen in AGB oder Vertragsformblättern. Er ist nicht allein auf die Kontrolle und Durchsetzung der Verbote des § 6 KSchG (und des § 879

ABGB) beschränkt. Eine Verbandsklage steht auch gegen solche AGB-Klauseln zur Verfügung, die öffentlich-rechtlichen Vorschriften zuwiderlaufen, ohne deshalb sonst zivilrechtlich bekämpfbar zu sein; damit werden die klagberechtigten Institutionen in die Lage versetzt (unabhängig vom Tätigwerden der an sich zuständigen Verwaltungsbehörden), Verstößen (auch) gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften im Rahmen von Zivilgerichtsverfahren entgegenzutreten (RIS-Justiz RS0122044 = 7 Ob 233/06z; Kathrein in KBB<sup>2</sup> § 28 KSchG Rz 3; Apathy in Schwimann<sup>3</sup> §§ 28-30 ff KSchG Rz 10; Krejci in Rummel<sup>3</sup> §§ 28-30 KSchG Rz 12; Eccher in Fenyves/Kerschner/Vonkilch Klang<sup>3</sup> § 28 KSchG Rz 8). § 28a KSchG erweitert den Anwendungsbereich der Verbandsklagen auf gesetzwidrige Geschäftspraktiken von Unternehmern im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern. Die Unterlassungsklage ist berechtigt, wenn der Unternehmer durch seine gesetzwidrige Praxis die allgemeinen Interessen der Verbraucher beeinträchtigt (4 Ob 221/06p).

Nach § 879 Abs 3 ABGB ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt. Das dadurch geschaffene bewegliche System berücksichtigt einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die „verdünnte Willensfreiheit“. Weicht eine Klausel von dispositiven Rechtsvorschriften ab, liegt eine gröbliche Benachteiligung eines Vertragspartners im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB schon dann vor, wenn es für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung gibt. Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugedachte

Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht (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). Gröbliche Benachteiligung ist aber auch anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in auffallendem, sachlich nicht zu rechtfertigendem Missverhältnis zur vergleichbaren Position des anderen steht (RIS-Justiz RS0016914 [T4]). Die im dispositiven Recht geregelten Modalitäten der Hauptleistung, also vor allem Ort und Zeit der Vertragserfüllung, fallen nicht unter diese Ausnahme (RIS-Justiz RS0016908; RS0016931). Klauseln, die das eigentliche Leistungsversprechen einschränken, verändern oder aushöhlen, unterliegen ebenfalls der Inhaltskontrolle (6 Ob 253/07k).

Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Durch diese Bestimmung wurde die Vertragsklausel-RL 93/13/EWG umgesetzt und damit ausdrücklich das sogenannte Transparenzgebot für Verbrauchergeschäfte normiert. Es soll eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung der AGB sicherstellen, um zu verhindern, dass der für die jeweilige Vertragsart typische Verbraucher von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird oder ihm unberechtigt Pflichten abverlangt werden, ohne dass er sich zur Wehr setzt, oder dass er über Rechtsfolgen getäuscht oder ihm ein unzutreffendes oder unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt wird (RIS-Justiz

RS0115217 [T8], RIS-Justiz RS0115219 [T9])). Mit dem Verbandsprozess soll nicht nur das Verbot von gesetzwidrigen Klauseln erreicht, sondern es sollen auch jene Klauseln beseitigt werden, die dem Verbraucher ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position vermitteln (RIS-Justiz RS0115219 [T14]). Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen „Durchschnittskunden“. Einzelwirkungen des Transparenzgebots sind das Gebot der Erkennbarkeit und Verständlichkeit, das Gebot, den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen, das Bestimmtheitsgebot, das Gebot der Differenzierung, das Richtigkeitsgebot und das Gebot der Vollständigkeit (RIS-Justiz RS0115217 [T12] = RIS-Justiz RS0115219 [T12])). Die AGB müssen also so gestaltet sein, dass der Verbraucher durch ihre Lektüre klare und verlässliche Auskunft über seine Rechtsposition erhält (RIS-Justiz RS0115217 [T14]; 10 Ob 70/07b mwN). Es soll verhindert werden, dass der Verbraucher durch ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird (4 Ob 179/02f = SZ 2002/153 ua).

Im Verbandsprozess nach § 28 KSchG hat die Auslegung der Klauseln 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 (RIS-Justiz RS0016590 [T1, T15]; RS0038205 [T11]; Krejci in Rummel<sup>3</sup> II/4 §§ 28 bis 30 KSchG Rz 15 mwN; Kathrein in KBB<sup>2</sup> § 28 KSchG Rz 5; Bollenberger in KBB<sup>2</sup> § 879 ABGB Rz 26 mwN).

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 Regelungsbe-  
reich vorliegt. Das ist dann der Fall, wenn die Bestim-  
mungen isoliert von einander wahrgenommen werden können  
(RIS-Justiz RS0121887; 6 Ob 140/06s = SZ 2006/125).

Zu § 6 Abs 1 Z 11 KSchG vertritt die herrschende  
Lehre in Österreich praktisch einhellig die Auffassung,  
diese Bestimmung sei auch auf Klauseln anzuwenden, die in  
Form sog „Tatsachenbestätigungen“ in Erscheinung treten  
und vorsehen, dass aufgrund einer Erklärung des Verbrau-  
chers ein Bestehen oder Nichtbestehen einer Tatsache  
widerlegbar feststehen soll. Tritt dadurch eine Änderung  
der Beweislastverteilung zum Nachteil des Verbrauchers  
ein, verstößt die Tatsachenbestätigung gegen § 6 Abs 1 Z  
11 KSchG (Krejci in Rummel<sup>3</sup> II/4 § 6 KSchG Rz 139; Apathy  
in Schwimann<sup>3</sup> V § 6 KSchG Rz 50; Kathrein in KBB<sup>2</sup> § 6  
KSchG Rz 18 mwN, Langer in Kosesnik-  
Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer, KSchG<sup>2</sup> § 6 Rz 59; in diesem  
Sinn auch Fischer-Czermak, Das KSchG und der Liegen-  
schaftsverkehr, NZ 1991, 115 [119]; sowie Schurr in Feny-  
ves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup>, § 6 Abs 1 Z 11 KSchG Rz  
5; aA lediglich Gehringer, Verbraucherschutz als Gerech-  
tigkeitserfordernis? Bemerkungen zu OGH 20. 3. 2007, 4 Ob  
221/06p, RdW 2008/10, 53 [56]).

Der Oberste Gerichtshof ist dieser Auffassung  
bereits in einer Reihe von Entscheidungen gefolgt, die  
jeweils in Verbandsprozessen nach § 28 KSchG ergingen (4  
Ob 221/06p; 7 Ob 78/06f, 9 Ob 15/05d). Diese Entschei-  
dungen betrafen Vertragsklauseln, in denen Tatbestandsele-

mente bestätigt wurden, wie etwa die Kenntnisnahme und/oder Erörterung der AGB. Es wurde ausgesprochen, dass solche Tatsachenbestätigungen gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG verstießen, weil sie die den Unternehmer treffende Beweislast (dafür, dass die Klauseln im Einzelnen ausgehandelt wurden und der Verbraucher auf bestimmte Vertragspunkte besonders hingewiesen wurde) auf den Verbraucher überwälzten.

Nach der Rechtsprechung des OGH (zuletzt 3 Ob 12/09z) sind Vertragsbestimmungen nach § 6 Abs 1 Z 11 KSchG nichtig, nach denen „dem Verbraucher eine Beweislast auferlegt wird, die ihn von Gesetzes wegen nicht trifft“. Die gesetzliche Formulierung ist - nimmt man auf die bei Vertragsabschluss unter Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen für den Verbraucher typischerweise bestehende „verdünnte Willensfreiheit“ Bedacht - nicht eng auszulegen. Sie erfasst nicht nur Klauseln, die eine Beweislastumkehr herbeiführen, sondern auch Klauseln, die die Rechtsdurchsetzung durch den Verbraucher deshalb erschweren (oder gar verhindern) können, weil sie ihn mit einem Beweis belasten, den er sonst nicht erbringen müsste (Krejci aaO Rz 138; Apathy aaO Rz 50; Kathrein aaO Rz 18; Langer aaO Rz 59; 7 Ob 78/06f; 9 Ob 15/05d).

Ebenfalls allgemein voranzustellen ist, dass allein der Umstand, dass nun die AGB teilweise geändert wurden, die Beklagten im Wesentlichen aber weiter auf der Rechtmäßigkeit der früheren Klauseln beharren, noch nicht bewirkt, dass die Wiederholungsgefahr weggefallen wäre (vgl RIS-Justiz RS0119007 mwN insb 10 Ob 47/08x). Eine Unterwerfungserklärung im Sinne des § 28 Abs 2 KSchG wurde von der Beklagten nicht abgegeben. Die Beurteilung des Bestehens der Wiederholungsgefahr muss stets die

Gesamtheit des Verhaltens der Beklagten heranziehen, es müssen gewichtige Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Beklagten ernstlich gewillt sind, von künftigen Störungen Abstand zu nehmen (vgl. RIS-Justiz RS0012087; zur Bedeutung des Verhaltens im Rechtsstreit RIS-Justiz RS0079692). Davon kann aber hier bei den Darlegungen der Beklagten nicht ausgegangen werden.

Nach dem WAG aF und dem WAG 2007 angeordnete Aufzeichnungspflichten sind grundsätzlich so wahrzunehmen, dass die gewählte Form nicht mit anderen Normen in Konflikt gerät. Der Hinweis der Beklagten auf ihre Aufzeichnungspflichten entzieht die beanstandeten Klauseln nicht der Prüfung ihrer Übereinstimmung mit dem KschG.

Im Berufungsurteil werden die beanstandeten Klauseln in ihrem durch das beanstandete Formular jeweils vorgegebenen Zusammenhang abgehandelt. Damit bleibt der Sinnzusammenhang gewahrt, in dem die Klausel dem Verbraucher durch die Urkunde präsentiert wird. Dies ist auch für die der Inhaltskontrolle vorangehende Geltungskontrolle nach § 864a ABGB von Relevanz. Die vom Kläger vorgenommene numerische Einteilung, die sich im wesentlichen aus dem im Verfahrensablauf gewählten Zeitpunkt der Beanstandung der Klauseln ergibt, wird zusätzlich in Klammer angeführt. Die Formulare werden in der Reihenfolge ihrer zeitlichen Entstehung mit dem ältesten beginnend abgehandelt.

§ 864a ABGB ordnet an, dass Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts unter anderem in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht Vertragsbestandteil werden, „wenn sie dem anderen Teil nachteilig sind und er mit ihnen auch nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen braucht; es sei denn,

der eine Vertragsteil hat den anderen besonders darauf hingewiesen". Bei der Beurteilung der „Ungewöhnlichkeit“ im Sinn des § 864a ABGB ist ein objektiver Maßstab anzulegen. Es geht dabei darum, ob die Klausel von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, sodass er nach den Umständen vernünftigerweise mit einer solchen Klausel nicht zu rechnen braucht. Die Ungewöhnlichkeit ist objektiv zu verstehen. Die Subsumtion hat sich an der Verkehrsüblichkeit beim betreffenden Geschäftstyp zu orientieren. Ein Abstellen auf die subjektive Erkennbarkeit gerade für den anderen Teil ist daher ausgeschlossen (RIS-Justiz RS0014627). Die Klausel muss einen Überraschungs- oder gar Übertölpelungseffekt haben (8 Ob 93/08x; 6 Ob 241/07w je mwN; RIS-Justiz RS0014646). Neben dem Inhalt ist auch die Stellung der Klausel im Gesamtgefüge des Vertragstexts maßgebend (4 Ob 5/08a; 8 Ob 93/08x; 6 Ob 241/07w je mwN; RIS-Justiz RS0014659). Sie darf im Text nicht derart „versteckt“ sein, dass sie der Vertragspartner - ein durchschnittlich sorgfältiger Leser - dort nicht vermutet, wo sie sich befindet, und dort nicht findet, wo er sie vermuten könnte (4 Ob 5/08a mwN). § 864a ABGB erfasst alle dem Kunden nachteilige Klauseln, eine grobe Benachteiligung im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB wird nicht vorausgesetzt (4 Ob 5/08a mwN).

Verstöße gegen § 864a ABGB liegen nach diesen Maßstäben nicht vor. Die diesbezüglich beanstandeten Klauseln sind nicht objektiv ungewöhnlich und auch in der Urkunde nicht an unerwarteter Stelle zu finden. Wie die Formulare im jeweiligen Einzelgespräch dem Kunden präsentiert wurden und ob - wie vom Kläger behauptet - die Risikohinweise im tatsächlichen Gesprächsverlauf relativiert wurden, ist nicht im Verbandsprozess zu prüfen. Es

hat auch keinen Einfluss auf die Geltungskontrolle nach § 864a ABGB, wenn es im konkreten Einzelfall zu vom Text abweichenden mündlichen Zusicherungen kommt.

Zu den Klauseln im einzelnen:

GESPRÄCHSNOTIZ ZUR BERATUNG (Beilage B, Blatt 1)

D) Aufklärung über Risiken:

**„Außerdem wurde ich von meinem Wirtschaftsberater über folgende Punkte aufgeklärt: Gebühren/Verwaltungskosten, Kursschwankungen, Bindefrist-, Verfügbarkeit, Renditeerwartung, Ausgabeaufschlag, Euro-Umstellung, Währungsrisiko, steuerliche Behandlung von Kapitalerträgen, Belastung bei vorzeitiger Beendigung, Produktemittent (Insolvenzrisiko), Rückkaufswert.“** (Klausel 7)

Die Klausel verstößt gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG. Danach sind solche Vertragsbestimmungen iSd § 879 ABGB nicht verbindlich, nach denen dem Verbraucher eine Beweislast auferlegt wird, die ihn von Gesetzes wegen nicht trifft.

In der Entscheidung 3 Ob 12/09z hat der OGH ausgeführt, dass kein Hindernis bestehe, § 6 Abs 1 Z 11 KSchG analog anzuwenden, wenn zwar keine formelle Beweislastvereinbarung getroffen wird, der Konsument aber eine Wissenserklärung abgibt, die zumindest im Ergebnis den Wirkungen einer entsprechenden Vereinbarung nahe kommen kann. Bestätigt der Konsument so zB Verkaufs- und Lieferbedingungen ausgehandelt, geprüft und angenommen zu haben, handelt es sich um eine Mitteilung rechtlicher Tatsachen („Wissenserklärung“), wobei nicht undenkbar sei, dass sie der Richter im Individualprozess zum Nachteil des Verbrauchers verwerte, wodurch der Verbraucher in die Situation versetzt werde, den Gegenbeweis antreten zu müssen. Gemessen am Zweck des in § 6 Abs 1 Z 11 KSchG geregelten Verbots ua eine Erschwerung der Rechtsverfol-

gung für den Verbraucher zu verhindern, sei die Analogie geboten. Immer aber sei zu fordern, dass durch eine in AGB enthaltene Tatsachenbestätigung eine Erschwerung der Beweissituation denkbar ist.

Im vorliegenden Fall ändert zwar die Bestätigung die grundsätzliche Beweislastverteilung nicht, es bleibt die Beweislast auf Seiten der Wertpapierfirma, dass die geschuldete Aufklärung ordnungsgemäß erteilt wurde, während der Kunde zu beweisen hat, dass die ihm konkret erteilte Aufklärung nicht vollständig, mißverständlich oder aus anderen Gründen nicht sachgemäß war. Der Kunde, der den vorliegenden Passus unterzeichnet hat, muss allerdings darüberhinaus noch den Beweis antreten, dass die Dokumentation - trotz seiner Unterschrift - nicht dem tatsächlichen Gesprächsverlauf entspricht. Im Übrigen sagt die beanstandete Klausel über den Inhalt der Beratung nichts aus, sondern könnte ihr lediglich entnommen werden, dass die im Formular angekreuzten Themen im Beratungsgespräch angesprochen worden sind. Insofern ist die Klausel auch intransparent, als für den Verbraucher nicht überschaubar ist, was konkret er durch Unterfertigung der Klausel bestätigt und welche Folgen diese Tatsachenbestätigung für die Geltendmachung seiner Rechte in Zukunft haben kann.

Dass der Verbraucher das Formular auch selbst ausfüllen kann, ändert nichts daran, dass die vorgegebenen Schlagworte den Inhalt der Aufklärung zum jeweils angekreuzten Thema nicht wiedergeben.

**„Mündliche Zusagen wurden nicht getroffen.“** (Klausel 8)

Die Klausel schafft eine im Sinne von § 6 Abs 1 Z 11 KSchG unzulässige Tatsachenbestätigung. Sie ist überdies intransparent. Für den Verbraucher ist nicht verständ-

lich, was damit bestätigt werden soll. Im Laufe des Beratungsgespräches werden dem Kunden mündlich Leistungen der Beklagten insofern in Aussicht gestellt, als dem Kunden die für ein solches Gespräch typischen „Zusicherungen“ in dem Sinne gemacht werden, dass man durch Empfehlung des passenden Investments auch zu seinem wirtschaftlichen Vorteil tätig und seine Interessen durch die Beratung fördern werde. Es ist für den durchschnittlichen Verbraucher daher verwirrend und nicht überblickbar, welche Rechtsfolgen die Beklagte aus dieser Bestätigung ableiten könnte und ob damit zB auch ein mündlicher Abschluss des Beratungsvertrages in Frage gestellt wäre. Sollte darauf hingezielt werden, dass die Unzulässigkeit mündlicher Nebenabreden zwischen dem Berater und dem Kunden vereinbart werden sollte, so verstößt die Klausel gegen § 10 Abs 3 KSchG, wonach die Rechtsunwirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers oder seiner Vertreter zum Nachteil des Verbrauchers vertraglich nicht ausgeschlossen werden kann (vgl dazu Krejci in Rummel<sup>3</sup> II/4 § 10 KSchG Rz 30 ff, Apathy in Schwimann<sup>3</sup> V § 10 KSchG Rz 8; Kathrein in KBB<sup>2</sup> § 10 KSchG Rz 4; RS0121435).

MANDANTENHINWEISE (Beilage B Blatt 2 in zum Teil unleserlicher Kopie)

**„Ich nehme zur Kenntnis, dass mit der von mir gewählten Veranlagung Chancen und Risiken verbunden sind, eine Änderung der Sach- und Rechtslage das Anlageergebnis beeinflussen kann, sämtliche Ertragsdokumentation sich auf Vergangenheitswerte beziehen und keine Zusage über künftige Erträge gemacht werden kann.“**  
(Klausel 11)

Diese Klausel ist unbedenklich. Sie enthält eine allgemeine Belehrung in unpräziser und weitwendiger Form, wonach die Veranlagung in Zukunft sich zum Guten ebenso

wie zum Schlechten entwickeln kann. Damit wird in das Rechtsverhältnis zwischen den Streitparteien nicht eingegriffen. Es tritt auch keine Verschlechterung der Beweissituation des Verbrauchers ein. Die Ansicht, dass die Klausel nur den Zweck habe, im Streitfall als Beweismittel zu dienen, dass der Berater gesetzgemäß informiert habe, trifft insofern nicht zu, als die beanstandete Sentenz in ihrer Allgemeinheit ohnehin nicht das Niveau einer dem Gesetz entsprechenden Aufklärung erreicht.

**Mein Wirtschaftsberater hat mich über das mir gesetzlich zustehende Rücktrittsrecht aufgeklärt, wonach ich berechtigt bin, binnen einer Woche ab dem heutigen Vertragsabschluss von diesem Vertrag zurückzutreten." (Klausel 9)**

Nach ständiger Rechtsprechung hat im Rahmen des Verfahrens über eine Verbandsklage die Interpretation von Klauseln stets vom „kundenfeindlichsten Sinn“ auszugehen. Danach ist die Klausel intransparent und steht mit der gesetzlichen Anordnung des § 3 KSchG nicht in Einklang. Die besonderen Voraussetzungen dafür, dass der Fristenlauf mit Vertragsabschluss beginnt, sind nicht dargelegt. Der Hinweis auf die Schriftform, der die Rücktrittserklärung unterliegt, fehlt. Die Belehrung ist daher in wesentlichen Punkten unvollständig und geeignet, den Verbraucher in die Irre zu führen, der annehmen kann, dass eine telefonische Rücktrittserklärung gegenüber dem Berater hinreichend ist und überdies nicht erfährt, dass bei Unterbleiben der Übergabe der in § 3 KSchG vorgesehenen schriftlichen Information die angesprochene Wochenfrist bei Vertragsabschluss nicht zu laufen beginnt.

**„Allerdings haftet der AWD für solche Umstände, die sich auf meine persönlichen finanziellen Verhältnisse, auf mein persönliches Anlageverhalten und auf meine Anlageziele**

*beziehen, nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, nicht jedoch auch für leichte Fahrlässigkeit. Auf eine diesbezügliche weiter gehende Nachforschungspflicht verzichte ich ausdrücklich.*

*(Klausel 14)*

Diese Klausel ist intransparent. Sie ist schon sprachlich nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit nachvollziehbar. Sollte sich die Beklagte mit dieser Formulierung von der Haftung für eine leicht fahrlässige Verletzung ihr obliegender Pflichten aus dem Beratungsvertrag (und insbesondere der in § 13 Z 3 WAG normierten Pflichten) befreien wollen, wäre sie überdies iS § 879 Abs 3 ABGB gröblich benachteiligend. Entscheidend ist, dass dem durchschnittlichen Verbraucher mit dieser Formulierung keine konkrete und verständliche Information dessen vermittelt wird, welchen Haftungsausschluss die Beklagte anstrebt. Ebenso bleibt unklar, auf welche Art von Nachforschungen verzichtet werden soll und insbesondere ob damit die in § 13 Z 3 WAG genannten Pflichten abbedungen werden sollen. Für den Verbraucher ist nicht hinreichend überblickbar, wie ihm die Beklagte im Falle eines planwidrigen Verlaufs aus dem Schuldverhältnis haftbar ist.

GESPRÄCHSNOTIZ ZUR BERATUNG (Beilage A):

*G. Aufklärung über Risiken*

*„Ich wurde von meinem Wirtschaftsberater über folgende Punkte aufgeklärt: Gebühren/ Verwaltungskosten, Kursverluste, Bindefrist- Verfügbarkeit, Renditeerwartung, Ausgabeaufschlag, Währungsrisiko, Steuerliche Aspekte, Belastung bei vorzeitiger Beendigung, Produktemittent (Insolvenzrisiko).“ (Klausel 10)*

Es wird auf das bereits zur nahezu gleichlautenden Klausel 7 Gesagte verwiesen.

*H. Risikohinweise bei Immobilienaktien, anderen*

Immobilienprodukten und Alternative Investments

"Bei Immobilienaktien handelt es sich um Veranlagungen in Einzeltitel und keine Investmentfonds. Aktien unterliegen mitunter starken Schwankungen und diese können bis zum Totalverlust des eingesetzten Kapitals führen. Ich nehme ausdrücklich zur Kenntnis, dass mit der Veranlagung in Immobilienaktien, anderen Immobilienprodukten und Alternativen Investments Chancen, aber auch Risiken verbunden sind. Über die nachstehend aufgelisteten Risiken wurde ich von meinem Wirtschaftsberater ausführlich und ausdrücklich aufgeklärt:

Unternehmensrisiko (z.B. Managementfehler, Geschäftsentwicklung, Akquisitionen)

Immobilienrisiko (z.B. Standort, Zustand, Vermietung, Erträge, Verwertbarkeit, Streuung)

Liquiditätsrisiko (z.B. Börsencrash, keine Käufernachfrage)

Zinsrisiko (z.B. höhere Finanzierungskosten infolge steigender Zinsen)

Risiko des Teil- oder Totalverlustes des investierten Kapitals (z.B. Insolvenz)

Währungsrisiko (z.B. niedrigere Erträge und höhere Finanzierungskosten in Fremdwährungen)

Rechtliche Rahmenbedingungen (z.B. Besteuerung, sonstige gesetzliche Änderungen und Auflagen)

Politische Rahmenbedingungen (z.B. politischer Umsturz, revolutionäre Ereignisse, Krieg)

Wirtschaftliche Rahmenbedingungen (z.B. Osteuropa, Konjunktur)

Risiko der zukünftigen Marktentwicklung

Wettbewerbsrisiko (z.B. höhere Anschaffungskosten bei höherer Nachfrage)

Die Investitionen in Immobilienaktien, welche überwiegend bzw. ausschließlich in Staaten Zentral- und/oder Osteuropas ver-

**anlagen, unterliegen zusätzlichen Risiken, da insbesondere die rechtlichen/ politischen/ wirtschaftlichen Rahmenbedingungen nicht mit jenen Westeuropas vergleichbar sind. (Klausel 1)**

Satz 1 bis 3 der Klausel sind unbedenklich, für sie gilt das bereits zu Klausel 11 Abgehandelte.

Für die nachfolgende Aufzählung der Risiken und anschließende Formulierung „Über diese Risiken wurde ich von meinem Wirtschaftsberater ausführlich und ausdrücklich aufgeklärt“ gilt, dass diese Klausel infolge Intransparenz und Verstoßes gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG unwirksam ist. Es handelt sich um eine Aufzählung einer Vielzahl von Punkten, die im Zuge des Beratungsgesprächs je nach Einzelfall der Besprechung bedürfen mögen, allerdings ist die Klausel nicht geeignet, den konkreten Inhalt des im Einzelfall geführten Beratungsgesprächs zu dokumentieren. Es wird somit eine Tatsachenbestätigung geschaffen, die den Verbraucher in eine schlechtere Beweislage bringt. Diesbezüglich gilt hier das bereits zu Klausel 7 Gesagte. Überdies ist für den Verbraucher nachteilig, dass er zwar eine Art von Belehrung bestätigt, aber dennoch mit dieser Urkunde nicht in die Lage versetzt wird, durch die ihm abgeforderten Bestätigung nötigenfalls auch selbst ein Beweismittel für seinen Standpunkt zur Verfügung zu haben, wenn der tatsächliche Inhalt der Belehrung unzutreffend gewesen sein sollte. Insofern ist die Klausel zum Zweck der Tatsachendokumentation über einen rechtlich relevanten Vorgang wertlos. Die unter „zB“ als Beispiele angeführten Schlagworte schaffen in diesem Zusammenhang nicht mehr Genauigkeit, sondern tragen für den Fall zur Verwirrung bei, dass dies gerade nicht die entscheidenden Umstände waren, auf die es bei dem angestrebten bzw. vermittelten Investment

ankam.

### **I. Allgemeine Risikohinweise**

*„Ich nehme zur Kenntnis, dass mit der von mir gewählten Veranlagung Chancen und Risiken verbunden sind, eine Änderung der Sach- und Rechtslage das Anlageergebnis beeinflussen kann, sämtliche Ertragsdokumentation sich auf Vergangenheitswerte beziehen und keine Zusage über künftige Erträge gemacht werden kann.“*  
(*"Klausel 11"*)

Hier ist auf das zu verweisen, was bereits zu Klausel 7 gesagt wurde.

### **K. Sonstige Hinweise**

*Ich nehme zur Kenntnis, dass die Beratung und Aufklärung bezüglich der gewählten Kapitalanlage auf der Grundlage der von mir gegebenen Angaben, Wünsche und Bedürfnisse erfolgte.“* (Klausel 2)

Die Formulierung gibt eine Selbstverständlichkeit wieder und ist für die Gestaltung der Rechtsbeziehung ohne weiteren Belang. Sie verwirrt allerdings den Verbraucher durch ihre Wortwahl, die suggeriert, dass die ihm erteilte Beratung und Aufklärung nicht anders hat erfolgen können. Insofern wird der Verbraucher darüber verwirrt, was er auf Grund der von ihm unterzeichneten „Kenntnisnahme“ nun einwenden kann, sofern sich nachträglich heraus stellt, dass die ihm erteilte Beratung und Aufklärung auf Grundlage der von ihm erteilten Angaben nicht sachgerecht war. Die Klausel hat daher als intransparent zu entfallen.

*„Bevor ich diese Gesprächsnotiz unterschreibe, habe ich die Mandantenhinweise auf der Rückseite mit den erläuternden Hinweisen gelesen. Sie enthalten Informationen zum Rücktrittsrecht.“*(Klausel 3)

Es liegt eine gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG verstoßende

Tatsachenbestätigung über die Kenntnisnahme des auf der Rückseite der Urkunde gedruckten Textes vor. Sie überwälzt die den Unternehmer treffende Beweislast, dass die angesprochene Aufklärung im Einzelnen erteilt und der Verbraucher auf bestimmte Vertragspunkte besonders hingewiesen wurde auf den Verbraucher (vgl 7 Ob 78/06f).

**„Mein Wirtschaftsberater hat mich über die von mir gewählte Kapitalanlage, unter Zugrundelegung der von mir gemachten Angaben umfassend aufgeklärt. Sämtliche von mir gestellten Fragen wurden von meinem Wirtschaftsberater zufriedenstellend beantwortet.“**(Klausel 4)

Diese Klausel ist wegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG unzulässig. Von dem zu Belehrenden kann in der Situation des Beratungsgesprächs nicht überblickt werden, ob die ihm erteilte Aufklärung umfassend war. Schließlich ist er der Adressat der Aufklärung, die ein Informationsgefälle beheben soll und damit idR nicht in der Lage, unmittelbare nach der Belehrung über die Vollständigkeit der Belehrung ein abschließendes verbindliches Urteil abzugeben. Ebenso entzieht es sich in der Regel der Beurteilung des Kunden, ob die von ihm gestellten Fragen zufriedenstellend (im Sinne von ordnungsgemäß) beantwortet wurden. Die Klausel ist auch intransparent, weil sie geeignet ist, dem Verbraucher eine unrichtige Vorstellung von seiner rechtlichen Position zu verschaffen und ihm den Eindruck zu vermitteln, dass er in weiterer Folge aus einer mangelhaften Beratung keine Ansprüche mehr geltend machen kann, zumal er die umfassende und zufriedenstellende Beratung bestätigt hat.

**„Mit meiner Unterschrift habe ich diese Mandantenhinweise zur Kenntnis genommen, verstanden und akzeptiert.“**(Klausel 5)

Auch diese Klausel ist wegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG

unzulässig.

Der Senat 9 des Obersten Gerichtshofs hatte in seiner Entscheidung 9 Ob 15/05d die Übereinstimmung von Tatsachenbestätigungen mit dem Konsumentenschutzgesetz zu beurteilen. Die Klausel, wonach der Verbraucher die Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausdrücklich zur Kenntnis nimmt, sich damit einverstanden erklärt und durch seine Unterschrift bestätigt, die Vertragsbestimmungen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen gelesen und verstanden zu haben, enthalte eine Tatsachenbehauptung, die die Rechtsdurchsetzung des Verbrauchers erschweren könne. Habe der Kunde in den AGB nämlich bestätigt, dass er diese zur Kenntnis genommen und ihnen zugestimmt habe, werde ihm im Zuge der Rechtsverfolgung oder -verteidigung eine Beweislast auferlegt, die ihn von Gesetzes wegen nicht treffe. Er müsse nämlich seinerseits dartun, dass er ungeachtet dieser Bestätigung etwa in Wahrheit keine Möglichkeit gehabt habe, die AGB zur Kenntnis zu nehmen. Auch die Bestätigung der Verbraucher habe Vertragsbestimmungen und Allgemeine Geschäftsbedingungen gelesen und verstanden, erschwere seine Rechtsdurchsetzung, sollte er einen allfälligen Irrtum geltend machen. Auch die vergleichbare Klausel: „Vorstehender Vertrag wurde vor der Unterfertigung gelesen und erörtert; bezüglich aller Vertragspunkte wurde Übereinstimmung erzielt.“ wurde zu 7 Ob78/06f bereits als unzulässig beurteilt. Dem Konsumenten wird erschwert, seinen Irrtum geltend zu machen, wenn er zunächst die Erklärung zu unterfertigen hat, dass er die „Mandantenhinweise“ verstanden und akzeptiert habe. Sie ist daher geeignet, den Konsumenten ein schlechteres Licht von seiner Vertragsposition zu vermitteln, als sie tatsächlich sein mag, und ihn von der Rechtsdurchsetzung abzuhalten. Die Klausel ist daher auch intransparent.

Mandantenhinweise (Beilage A Blatt 4):

**Rücktrittsrechte**

**"Mein Wirtschaftsberater hat mich darüber aufgeklärt, dass mir gemäß § 3 Konsumentenschutzgesetz und § 12 Wertpapieraufsichtsgesetz unter den dort genannten Bedingungen ein Recht auf Rücktritt vom Vertrag binnen einer Woche ab Zustandekommen des Vertrages zusteht." ("Klausel 6")**

Im Hinblick darauf, dass der Text der zitierten Normen über die angesprochenen Rücktrittsrechte unmittelbar im Anschluss an die zitierte Klausel abgedruckt ist, ist die Information vollständig und die Klausel somit unbedenklich.

GESPRÄCHSNOTIZ ZUR BERATUNG UND/ODER VERMITTLUNG  
(Beilage C)

**in Punkt H „Aufklärung über Risiken (wie oben G) der abschließende zusätzlich eingefügte Punkt:**

**„Mir wurden die genannten Risiken von meinem AWD Berater erklärt und ich bestätige, diese verstanden zu haben.“ ("Klausel 12")**

Hier wird der bereits als intransparent beurteilten Dokumentation einer Aufklärung über Risiken in der Veranlassung von Vermögen die beanstandete weitere Klausel angefügt. Das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG verlangt, dass Inhalt und Tragweite vorgefasster Vertragsklauseln für den Verbraucher durchschaubar sind (9 Ob 15/05d = JBl 2007, 42). Eine Klausel darf die Rechtslage nicht verschleiern oder undeutlich darstellen, weil dadurch der rechtsunkundige Verbraucher über die tatsächliche Rechtslage getäuscht werden kann (Langer in Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer, KSchG<sup>2</sup> § 6 Rz 116). Die Klausel ist mit dieser Forderung nicht in Einklang zu bringen. Sie zielt darauf, dem Kunden die Wahrung seiner Rechte für jenen Fall zu erschweren, dass sich

für den Kunden in der Folge herausstellt, dass die Belehrung unrichtig, unvollständig oder tendenziös war oder sich zum anderen die ursprüngliche Ansicht des Kunden, das ihm im Beratungsgespräch Mitgeteilte verstanden zu haben, sich als unzutreffend erweist. Aus einer Bestätigung, eine Belehrung „verstanden“ zu haben, kann nichts Abschließendes zur Lösung der Frage, ob die Aufklärung richtig und vollständig war, abgeleitet werden. Die Klausel kann somit die Geltendmachung eines rechtlich relevanten Irrtums erschweren, weil der Kunde meint, dass die Bestätigung des Verstandenhabens der Risiken die Irrtumsanfechtung ausschließt. Im übrigen ist auf das zu Klausel 9 Gesagte zu verweisen, es liegt eine unzulässige Tatsachenbestätigung vor.

**L) Sonstige Hinweise: (inkriminiert ist der zusätzlich eingefügte zweite Satz)**

*Ich nehme zur Kenntnis, dass mit der von mir gewählten Veranlagung Chancen und Risiken verbunden sind, sämtliche Ertragsdokumentationen sich auf Vergangenheitswerte beziehen, eine Änderung der Sach- und Rechtslage das Anlageergebnis beeinflussen kann und keine Zusage über künftige Erträge gemacht werden kann. (wie Klausel 11) „Ferner ist eine Anlage in Aktien/Investmentfonds mit hohem Risiko und starken Wertschwankungen bei nur geringen/keinen Erfahrungen im Investmentbereich nicht zu empfehlen.“ (Klausel 13).*

Dazu ist lediglich anzumerken, dass es sich hier um einen allgemein formulierten Ratschlag handelt, der ohne Einfluss auf das zwischen den Streitparteien bestehende Vertragsverhältnis bleibt. Insofern ist die Klausel unbedenklich.

Zur Bestreitung der Wiederholungsgefahr:

Eine Unterlassungserklärung wurde nicht abgegeben. Nach ständiger Rechtsprechung beseitigt nur die vollstän-

dige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung die Wiederholungsgefahr (5 Ob 227/98p = SZ 72/42; RIS-Justiz RS0111637; 10 Ob 47/08x mwN), wobei hiezu zu die zu § 14 UWG ergangene Rechtsprechung herangezogen werden kann (RIS-Justiz RS0111637). Eine bloße Änderung der Geschäftsbedingungen, die zudem keine Gewähr dafür bietet, dass sich das Unternehmen nicht für bereits bestehende Verträge auf eine frühere Fassung beruft, reicht nicht aus (vgl 4 Ob 98/04x = EvBl 2005/11). Somit ist die Wiederholungsgefahr nicht weggefallen.

Anspruchsvoraussetzung für das Veröffentlichungsbegehren ist das „berechtigte Interesse“ an der Urteilsveröffentlichung (§ 25 Abs 3 UWG iVm § 30 Abs 1 KSchG). Dieses liegt bei der Verbandsklage nach dem KSchG darin, dass der Rechtsverkehr bzw die Verbraucher als Gesamtheit das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- bzw sittenwidrig sind. Durch die Aufklärung wird die Aufmerksamkeit der Verbraucher für die Unzulässigkeit von Vertragsbestandteilen geschärft und es wird ihnen damit erleichtert, ihre Rechte gegenüber dem Unternehmer wahrzunehmen (4 Ob 28/01y). Bei ihrem Hinweis, die AGB bereits geändert zu haben, lässt die Beklagte unberücksichtigt, dass aufgrund des Fehlens einer Unterlassungserklärung gemäß § 28 Abs 2 KSchG sowie des vertretenen Rechtsstandpunkts, die inkriminierten Klauseln verwenden zu dürfen, da sie nicht gesetzwidrig seien, die Gefahr künftigen rechtswidrigen Verhaltens (Wiederholungsgefahr) gegeben ist (RIS-Justiz RS0111640). Es reicht dazu auch die Gefahr bloß ähnlicher Rechtsverletzungen aus, weshalb insoweit auch ein vorbeugender Unterlassungsanspruch besteht (2 Ob 142/06f). Die

bloße faktische Änderung der inkriminierten Klauseln ist nicht geeignet, das Bedürfnis der Öffentlichkeit nach Aufklärung über die seinerzeitige Verwendung dieser gesetzwidrigen Vertragsbestandteile, deren künftige Verwendung auch nicht ausgeschlossen werden kann, zu beseitigen. Hinsichtlich der unzulässigen Klauseln war dem Veröffentlichungsbegehren daher stattzugeben.

Der Berufung war daher teilweise Folge zu geben und die angefochtene Entscheidung abzuändern.

Die Kostenentscheidungen gründen auf § 43 Abs 1 ZPO und im Berufungsverfahren auch auf § 50 ZPO. Der Kläger ist jeweils mit rund 80% durchgedrungen, ihm sind von der Beklagten daher 80% der mit EUR 607.-- und EUR 934.-- verzeichneten Pauschalgebühren sowie 60% der Anwaltskosten zu ersetzen. Der Einheitssatz im Berufungsverfahren beträgt nur 150%.

Ein Bewertungsausspruch war aufgrund § 502 Abs 5 Z 3 ZPO entbehrlich (Kodek in Rechberger<sup>3</sup>, § 500 Rz 8; Gitschthaler in Fasching I<sup>2</sup> § 55 JN Rz 41 letzter Satz).

Die ordentliche Revision ist gemäß § 502 Abs 1 ZPO zulässig. Die umstrittenen Klauseln betreffen einen größeren Personenkreis, sodass Fragen ihrer Auslegung für die Wahrung von Rechtssicherheit und Rechtseinheit von erheblicher Bedeutung sind (vgl 10 Ob 47/08x).

Oberlandesgericht Wien  
1016 Wien, Schmerlingplatz 11  
Abt. 15, am 24. November 2009

**Dr. Eva Maria Pisan**

Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
der Leiter der Geschäftsabteilung:



