



Handelsgericht Wien

KOSESNIK-WEHRLE & LANGER
RECHTSANWÄLTE KEG
27. März 2008
EINGELANGT
FRIST: *Vol. 2.5.08 ob Berufung*

1030 Wien, Marxergasse 1a
Tel.: 01/51 528 - 0
Fax: 01/51 528 - 576

Bitte nachstehende Geschäftszahl
in allen Eingaben anführen:

10 Cg 42/06s - 46

Im Namen der Republik

Das Handelsgericht Wien erkennt durch den Richter Dr. Friedrich Kulka in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer, Rechtsanwälte KEG, 1030 Wien, Ölzeltgasse 4, wider die beklagte Partei **Raiffeisen-Landesbank Tirol AG**, 6020 Innsbruck, Adamgasse 1-7, vertreten durch Doralt Seist Csoklich Rechtsanwälte-Partnerschaft, 1090 Wien, Währinger Straße 2-4, **wegen Unterlassung nach dem KSchG und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 26.000,--)** nach öffentlicher und mündlicher Verhandlung zu Recht:

1.) Die beklagte Partei ist schuldig, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern im Zusammenhang mit der Verwendung der Vertragsklausel „Depotüberträge WP Ausgänge pro WKN 110,00 Euro zuzüglich USt“ ein Entgelt für die Übertragung von Wertpapieren auf Wertpapierdepots der Verbraucher zu vereinbaren und/oder tatsächlich zu verrechnen.

2) Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des

Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen Zeitung“, Regionalausgabe für das Bundesland Tirol („Tiroler Krone“), auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, das heißt in der Schriftgröße redaktioneller Beiträge, zu veröffentlichen.

3) Die beklagte Partei ist weiters schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 7.883,43 (darin enthalten EUR 1.033,74 USt und EUR 1.693,74 Barauslagen) bestimmten Kosten des Verfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

Die Beklagte verwendet im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern unter anderem die Klausel „*Depotüberträge WP Ausgänge pro WKN 110,00 Euro zuzüglich 20 % USt*“.

Gestützt auf die sich aus § 29 KSchG ergebende Legitimation beantragt der Kläger, die Beklagte zur Unterlassung der Verwendung der genannten oder sinngleicher Klauseln in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen bzw. in Vertragsformblättern zu verhalten; er stellte das aus dem Spruch ersichtliche Hauptbegehren und mehrerer Eventualbegehren (siehe Klage und ON 45). weiters stellte er ein Veröffentlichungsbegehren hinsichtlich des klagsstattgebenden Teils des Urteiles.

Der Kläger bringt vor, die Beklagte trete in ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern im Sinne des § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließe mit

diesen Verträge. Aufgrund ihrer Tätigkeit sei die Beklagte Unternehmerin im Sinne des § 1 KSchG. Im Rahmen des Bankgeschäfts schließe die Beklagte auch laufend Verträge mit Verbrauchern über Wertpapierdepots. Im Rahmen der Verwaltung dieser Depots agiere die Beklagte als Verwahrerin iSd § 1 DepotG. Die Beklagte verwende im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde lege, bzw. in Vertragsformblättern, die genannte Klausel, die gegen gesetzliche Verbote und gegen die guten Sitten verstoßen würde. Die gegenständliche Regelung sei gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Die Beklagte verlange ein Entgelt dafür, dass Wertpapiere aus bei ihr geführten Wertpapierdepots von Konsumenten übertragen werden. Die Übertragung entspreche lediglich der gesetzlichen Pflicht der Beklagten als Verwahrerin, die verwahrten Wertpapiere herauszugeben. Dafür könne die Beklagte aber kein Entgelt verlangen. Die Hauptleistung der Beklagten sei durch die zu bezahlenden Depotgebühren abgegolten, darüber hinaus eine Abgeltung der nur zur Abwicklung der Hauptleistung dienenden Nebenleistungspflicht zu verlangen, sei nicht sachlich rechtfertigbar. Auch der Höhe nach seien die Gebühren nicht sachlich zu rechtfertigen und würden auch unter diesem Aspekt gegen § 879 Abs 3 ABGB verstoßen. Die Verrechnung jeglicher Entgelte für die Übertragung sei schon dem Grunde nach unzulässig. Diese Ansicht vertrete auch der deutsche BGH in seiner Entscheidung XI ZR 49/04. Die Rechtslage des § 307 Abs 1 Satz 1 und Abs 2 Nr 1 deutsches BGB sei mit der des § 879 Abs 3 ABGB vergleichbar. Das Verursacherprinzip habe keine rechtliche Bedeutung für die Preisgestaltung im nichtregulierten Wettbewerb. Die Preisgestaltung der Beklagten mache den Anschein, sie wolle den Bankenwechsel von Kunden verhindern. Der Kläger habe einen Unterlassungsanspruch nach § 28a Abs 1 KSchG, da die Beklagte die gegenständliche Klausel im Massengeschäft anwende. Dadurch seien die allgemeinen Interessen der Verbraucher beeinträchtigt. Allgemein sei zur Auslegung von Vertragsklauseln im Verbandsprozess

anzumerken, dass nach ständiger Rechtssprechung keine teleologische Reduktion einer Klausel auf einen gesetzmäßigen Kern vorzunehmen sei. Auf einen teilweise zulässigen Sinngehalt der beanstandeten Klausel sei daher bei der Entscheidung über den Unterlassungsanspruch keine Rücksicht zu nehmen. Die Beklagte verwende die inkriminierte Klausel im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern laufend, sodass Wiederholungsgefahr bestehe. Eine solche bestehe schon deshalb, da der Kläger vor Klagseinbringung die Beklagte mit eingeschriebenem Brief vom 21.12.2005 aufgefordert habe, eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung im Sinne des § 28 Abs 2 KSchG abzugeben und die Beklagte dieser Aufforderung innerhalb der gesetzten Frist nicht ausreichend nachgekommen sei. Die abgegebene Unterlassungserklärung komme nicht der geforderten Verpflichtung nach, ein Entgelt für die Übertragung von Wertpapieren auf Wertpapierdepots grundsätzlich zu unterlassen. Zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr bedürfe es jedoch der vollständigen Untewerfung unter den Anspruch der klageberechtigten Einrichtung. Eine bedingte oder eingeschränkte Unterlassungserklärung beseitige die Wiederholungsgefahr nicht. Die von der Beklagten gewählte Formulierung einer ersatzweise zur Anwendung gelangenden Bestimmung würde nicht nur gegen § 879 Abs 3 ABGB, sondern wegen Intransparenz auch gegen §§ 6 Abs 3 und 6 Abs 1 Z 5 KSchG verstoßen. Es bestehe ein berechtigtes Interesse der angesprochenen und betroffenen Verbraucherkreise an der Aufklärung über das gesetzwidrige Verhalten der Beklagten, weshalb die Urteilsveröffentlichung in einer Samstagsausgabe der „Kronen-Zeitung“, Regionalausgabe für das Bundesland Tirol beantragt werde.

Die Beklagte bestreitet das Klagevorbringen zur Gänze. Sie habe vor Klagserhebung die beanstandete Klausel zur Gänze aus allen Schalteraushängen und Konditionsübersichten eliminiert und berufe sich auch nicht mehr auf diese. Daher sei die Behauptung des Klägers, die Beklagte verwende aktuell eine Klausel, die eine Gebühr von € 110,- vorsieht, unzutreffend. Die Beklagte berufe sich in bestehenden Vertragsverhältnissen

nicht auf die gegenständliche Klausel und beeinträchtigt nicht durch eine solche Klausel allgemeine Interessen der Verbraucher. Die Gebühr sei von der Beklagten auf € 35,- reduziert worden. Bei der Übertragung eines Wertpapierdepots entstünden pro Wertpapiertitel inklusive Fremdspesen mindestens Kosten in dieser Höhe, sodass der Betrag von € 35,- schon aufgrund § 354 UGB und § 1014 ABGB in Rechnung gestellt werden dürfe.

Das Urteil des BGH XI ZR 49/04 sei selbst in Deutschland umstritten und sei im vorliegenden Fall nicht relevant. Zum einen werde die Judikatur des BGH betreffend die Maßgeblichkeit des Verursacherprinzips vom OGH nicht geteilt; zum anderen hätte der BGH nicht über einen Sachverhalt wie den vorliegenden zu entscheiden gehabt. Die §§ 307 Abs 1 deutsches BGB und 897 Abs 3 ABGB seien nicht identisch, insbesondere umfasse § 879 Abs 3 ABGB nur Nebenleistungen. Depotübertragungsgebühren seien aber eine Hauptleistung. Der Prüfungsmaßstab sei in Österreich vor allem in seiner Ausprägung durch die Judikatur flexibler als in Deutschland. Eine Gebühr in Höhe von € 35,- sei sachlich gerechtfertigt. Zudem sei auch die Gebühr von € 110,- nicht gröblich benachteiligend gewesen. Es sei keine verdünnte Willensfreiheit der Kunden vorgelegen. Bereits bei Eingehen des Depotvertrags seien den Kunden sämtliche Entgelte und Konditionen am Schalter im Schalterausgang zur freien Einsicht aufzulegen. Zudem habe ein Kunde jederzeit die Wahl, seinen Depotbestand zu verkaufen und das bestandslose Depot gebührenfrei aufzulösen. Ein Rechtssatz, wonach für die Erfüllung von aus dem dispositiven Recht folgenden Haupt- oder Nebenverpflichtungen kein Entgelt oder Aufwandsersatz bedungen werden dürfe, existiere im österreichischen Gesetz nicht und werde auch von der Rechtssprechung nicht praktiziert. Bei Klageeinbringung habe kein Rechtsschutzinteresse bestanden und habe die Beklagte auch keinen Anlass zur Klageführung gegeben. Wiederholungsgefahr bestünde nicht, da die Beklagte gegenüber dem Kläger eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben habe. Auch im Verbandsprozess sei sehr wohl auf einen teilweise zulässigen Sinngehalt der

beanstandeten Klausel Rücksicht zu nehmen. Der Zweck einer Urteilsveröffentlichung bestehe darin, das Publikum über einen Gesetzesverstoß aufzuklären, der auch in Zukunft noch nachteilige Wirkungen besorgen lässt. Dies treffe aber im vorliegenden Fall nicht zu. Die Beklagte habe sich strafbewehrt gegenüber dem Kläger dazu verpflichtet, die gegenständliche Klausel nicht zu verwenden und habe sich auch nicht mehr auf diese berufen.

Im Übrigen wird zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf das den Parteien ohnehin bekannte weitere Sachvorbringen verwiesen.

Beweis wurde erhoben durch Einsicht in die Urkunden Beilagen ./A und ./1 bis ./28 sowie durch Vernehmung der Zeugen [REDACTED] (ON 10/AS 71) und [REDACTED] (ON 10/AS 74) und Einholung eines Gutachtens des Sachverständigen Dkfm. Leopold Wundsam (ON 18) samt Ergänzungen (ON 31 und ON 39).

Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens steht nachfolgender Sachverhalt fest:

Die Beklagte betreibt das Bankgeschäft. Im Rahmen des Bankgeschäfts schließt die Beklagte Verträge mit Verbrauchern über Wertpapierdepots und die Verwahrung von Wertpapieren. Die Beklagte verwendet im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt, bzw. in Vertragsformblättern die Klausel „Depotüberträge WP Ausgänge pro WKN 35,00 Euro zuzüglich USt“ und hat zuvor die Klausel „Depotüberträge WP Ausgänge pro WKN 110,00 Euro zuzüglich USt“ verwendet.

Mit eingeschriebenem Brief vom 21.12.2005 forderte der Kläger die Beklagte auf, eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung abzugeben. Die Beklagte hat am 23.1.2006 eine Unterlassungserklärung mit der Einschränkung abgegeben, dass sie dem Grunde nach weiterhin Entgelte im Zusammenhang mit den eigenen

Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Übertragung von Wertpapieren bis höchstens € 35,- zzgl USt verlangen darf.

Diese Einschränkung der Klausel nahm die Beklagte auch tatsächlich vor. In den AGBs gültig ab 3.4.2006 ist für Depotüberträge an Fremdinstitute nunmehr ein Betrag von € 35,-- zzgl 20 % USt und fremde Spesen vorgesehen.

Darüber hinaus können noch folgende weitere Feststellungen getroffen werden:

Wenn ein Kunde der Beklagten den Auftrag erteilt, Wertpapiere aus seinem Depot auf ein Depot einer anderen Bank zu übertragen, sind im Wesentlichen folgende Schritte notwendig: Nach Eingang des Auftrags muss ein aktueller Depotauszug erstellt und geprüft werden, ob offene Börsenaufträge vorliegen. Es muss die betroffene Lagerstelle der Beklagten oder die Drittverwahrungsstelle festgestellt werden. Die Lagerstellen der Beklagten haben ihrerseits wieder Lagerstellen. Es ist weiters eine Lagerstellenanfrage an die empfangende Fremdbank notwendig. In der Folge müssen die Lagerstellen mit der Übertragung beauftragt werden. Nach Erhalt der Belege „freie Lieferung“ oder „Effektengang“ ist zu überprüfen, ob eine KEST oder EU-Quellensteuer-Abgrenzung erforderlich ist und diese gegebenenfalls durchzuführen. Zum Schluss erfolgt die Ausbuchung des Depots im System GOES und die entsprechende Evidenzhaltung durch Ablage der entsprechenden Belege im Ordner „Kundenüberträge“. Für diese Schritte fällt ein Aufwand von rund € 44,-- an.

Beweiswürdigung:

Die Feststellungen gründen sich auf die vorgelegten unbedenklichen Urkunden, die sowohl in sich, als auch zueinander widerspruchsfrei waren. Dass die Beklagte die vom Kläger beanstandete Klausel im Rechtsverkehr verwendete blieb ebenso unbestritten, wie der Umstand, dass die Beklagte vom Kläger mit Schreiben vom 21.12.2005 zur Unterzeichnung einer

Unterlassungserklärung aufgefordert wurde und dass sie eine solche am 23.1.2006 abgegeben hat. Auch der Inhalt der Unterlassungserklärung steht außer Streit. Dies alles ergab sich auch aus der Einsicht in die Urkunden ./6 und ./8, an deren Richtigkeit das Gericht nicht zweifelt und die im Übrigen auch nicht betritten wurde. Dass die Beklagte in der Folge tatsächlich die Gebühren verändert hat, und ab 3.4.2006 nur noch eine Gebühr von € 35,-- zzgl. USt und Fremdspesen verlangt, ergibt sich aus der eindeutigen und unbestrittenen Beilage ./21.

Die Feststellungen über den durch die Übertragung von Wertpapieren auf andere Depots entstehenden Aufwand gründen sich auf die glaubwürdige Aussage des Zeugen [REDACTED] und seine graphische Darstellung in Beilage ./13, welche die Abläufe glaubhaft veranschaulicht sowie auf das schlüssige und widerspruchsfreie Gutachten des Sachverständigen Dkfm. Leopold Wundsam (ON 18) samt Ergänzungsgutachten (ON 31 und ON 39). Ebenso ist die in den Beilagen ./22 und ./23 dargestellte Abwicklung für das Gericht nachvollziehbar und zeigt den Transaktionsablauf in der Weise, aus der die Feststellung eines Kostenaufwands abzuleiten ist.

Daraus ergibt sich in rechtlicher Hinsicht:

Die Beklagte betreibt das Bankgeschäft, wobei sie laufend mit Verbrauchern im Sinne des § 1 KSchG Verträge schließt. Aufgrund ihrer Tätigkeit ist die Beklagte Unternehmerin im Sinne des § 1 KSchG und finden daher die gesetzlichen Regelungen des KSchG Anwendung.

Die Beklagte ist Verwahrerin im Sinne des § 1 Abs 2 DepotG, da sie aufgrund der Bestimmungen des Bankwesengesetzes zur Verwahrung von Wertpapieren berechtigt ist.

Wer im geschäftlichen Verkehr in hiebei verwendeten Formblättern Vertragsbedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches

Verbot oder die guten Sitten verstoßen, kann gemäß § 28 Abs 1 KSchG auf Unterlassung geklagt werden. Die Klägerin ist nach § 29 Abs 1 KSchG berechtigt, diesen Anspruch mit Verbandsklage geltend zu machen.

Die Gefahr einer Verwendung und Empfehlung derartiger Bedingungen besteht gemäß § 28 Abs 2 KSchG nicht mehr, wenn der Unternehmer nach Abmahnung durch eine nach § 29 KSchG klageberechtigte Einrichtung binnen angemessener Frist eine mit angemessener Konventionalstrafe besicherte Unterlassungserklärung abgibt. Die Beklagte wurde von der Klägerin zur Abgabe einer entsprechenden Unterlassungserklärung aufgefordert und hat eine solche auch abgegeben. Durch den Vorbehalt, weiterhin dem Grunde nach Entgelte im Zusammenhang mit den eigenen Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Übertragung von Wertpapieren zu verlangen, und zwar bis zur Höhe von derzeit maximal € 35,-- zzgl. MwSt in der jeweiligen gesetzlichen Höhe und fremde Spesen ist die Beklagte der Aufforderung allerdings nicht ausreichend nachgekommen, um die Gefahr einer Verwendung gemäß § 28 Abs 2 KSchG auszuschließen. Nach § 28 Abs 2 KSchG besteht die Gefahr einer Verwendung und Empfehlung von in Abs 1 beschriebenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht mehr, wenn der Unternehmer nach Abmahnung binnen angemessener Frist eine mit angemessener Konventionalstrafe besicherte Unterlassungserklärung abgibt. Nur durch vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung kann die Wiederholungsgefahr beseitigt werden. Nach der zu § 14 UWG ergangenen Rechtsprechung beseitigt eine der Unterlassungserklärung beigefügte Bedingung oder Einschränkung die Wiederholungsgefahr nicht, liegt doch darin keine vorbehaltlose Anerkennung des gegnerischen Anspruchs, sondern ein Beharren auf dem eigenen Standpunkt, was gerade keine ausreichende Sicherheit gegen die Wiederholung von Gesetzesverstößen bietet (OGH 7.9.2000, 8 Ob 17/00h).

Gemäß § 879 Abs 3 ABGB ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt. Dies ist nach herrschender Auffassung der Fall, wenn sich für eine etwaige Abweichung vom dispositiven Recht keine sachliche Rechtfertigung findet. Eine Vertragsbestimmung benachteiligt den Vertragspartner dann gröblich, wenn seine ihm vom nachgiebigen Recht zugedachte Rechtsposition in auffallendem Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsstellung des anderen Teils steht. Dabei ist eine umfassende, die Umstände des Einzelfalles berücksichtigende Interessenabwägung, bezogen auf den Vertragsabschluss, vorzunehmen. Hierauf ist letztlich zu beurteilen, ob die Abweichung von den am Durchschnittsfall orientierten Normen des dispositiven Rechts sachlich berechtigt ist (6 Ob 507/95), wobei die Auslegung von Klauseln im Verbandsprozess im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen hat (RIS-Justiz RS0016590 ua).

Im gegenständlichen Fall besteht eine Pflicht der Beklagten, die Wertpapiere herauszugeben. Die Beklagte hat als Verwahrer gemäß § 961 ABGB die Pflicht, dem Hinterleger die zu verwahrende Sache herauszugeben. Bei nicht verbrieften Wertpapieren ist eine körperliche Herausgabe unmmöglich. Eine Herausgabe kann nur durch Umbuchung auf ein anderes Wertpapierdepot erfolgen. Aber auch bei Wertpapieren, deren effektive Auslieferung möglich wäre, wird der gesetzliche Herausgabeanspruch nach den im heutigen Massengeschäft geltenden Börsenusancen in der Regel ohne körperliche Bewegung von Wertpapierurkunden im Effekten giroverkehr erfüllt (BGH 30.11.2004, AZ: XI ZR 49/04). Die Übertragung der Wertpapiere ist somit gemäß § 961 ABGB gesetzliche Pflicht des Verwahrers und ist keine zusätzlich vom Hinterleger zu vergütende Leistung.

Eine Regelung in den AGBs der Beklagten, die dieser für die Erfüllung einer sie aus dem Gesetz treffenden Pflicht einen Anspruch auf Entgelt einräumt, muss daher der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB standhalten.

Der deutsche BGH vertritt die Meinung, dass die Verrechnung jeglicher Entgelte für die Übertragung von Wertpapieren auf andere Depots schon dem Grunde nach unzulässig sei. Der BGH führt dazu aus, es sei Grundgedanke des dispositiven Rechts, dass jeder Rechtsunterworfenene seine gesetzlichen Verpflichtungen zu erfüllen hat, ohne dafür ein gesondertes Entgelt verlangen zu können. Ein Anspruch auf Ersatz anfallender Kosten bestehe nur, wenn dies im Gesetz vorgesehen ist. Andernfalls könnten die Kosten nicht auf Dritte abgewälzt werden, indem die Erfüllung gesetzlicher Pflichten in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zur individuellen Dienstleistung gegenüber dem Vertragspartner erklärt wird. Entgelte könnten nur für Leistungen verlangt werden, die auf rechtsgeschäftlicher Grundlage für den einzelnen Kunden erbracht wurden. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH sei jede Entgeltregelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sich nicht auf rechtsgeschäftliche Leistungen stützt, sondern für die Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht verrechnet wird, wegen Verstoßes gegen § 307 Abs 2 Nr 1 BGB rechtswidrig (BGH 30.11.2004, AZ: XI ZR 49/04). Diese Ausführungen hält das Gericht für zutreffend und auch auf die österreichische Rechtslage übertragbar, denn dem deutschen § 307 BGB kommt eine ganz gleichartige Funktion zu, wie dem § 879 Abs 3 ABGB im österreichischen Rechtssystem. Gemäß § 307 Abs 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Diese Formulierung unterscheidet sich nicht wesentlich von § 879 Abs 3 ABGB. § 307 Abs 2 Nr 1 BGB enthält zusätzlich eine Zweifelsregel, wonach eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen sei, wenn die Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen

Regelung, von der abgewichen wird, nicht vereinbar ist. Auch der OGH orientiert sich bei der Auslegung von § 879 Abs 3 ABGB am dispositiven Recht als Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs (OGH 23.6.1981, JBl 1982, 652). Für Regelungen in AGBs oder Vertragsformblätter ist es hiefür bedeutsam, ob es sich um eine sachlich berechnete Abweichung von der für den Durchschnittsfall getroffenen Regel des dispositiven Rechts handelt oder nicht (Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹¹, 119). Insbesondere an Regelungen über das Entgelt in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern ist ein strenger Maßstab anzulegen.

Im gegenständlichen Fall führt der Umstand, dass eine Bank als übermächtiger Vertragspartner einem Verbraucher gegenübersteht, zu einer zusätzlichen Verschlechterung der Verhandlungsposition des Kunden. Die Willensfreiheit des Kunden wird hier in besonderem Maße verdünnt sein, sodass an die Inhaltskontrolle jedenfalls ein strenger Maßstab anzulegen ist.

Eine sachliche Rechtfertigung, dem Kunden ein Entgelt für die Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht aufzuerlegen, lässt sich im gegenständlichen Fall nicht finden. Zwar erteilt der Kunde den Auftrag, die Wertpapiere zu übertragen. Wenn der gesetzliche Herausgabeanspruch des Kunden allerdings nicht durch tatsächliche Auslieferung, sondern durch die Umbuchung auf ein Depot bei einem anderen Kreditinstituts erfüllt wird, entspricht dies zwar den Interessen des Kunden, erfüllt aber überwiegend Interessen des Kreditinstituts. Das heutige Massengeschäft ist nämlich nur durch die Einführung eines Giroeffektenverkehrs überhaupt bewältigbar. Es wäre im heutigen Wirtschaftsleben undenkbar und mit unbewältigbarem Aufwand für die Kreditinstitute verbunden, wenn jedes Wertpapier körperlich übertragen werden müsste.

Unter den genannten Umständen ist es nicht zu rechtfertigen, den Kunden durch eine Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern ein Entgelt für die Übertragung von Wertpapieren auf ein anderes Depot aufzubürden. Insbesondere lassen sich auch keine Argumente finden, warum hier bei doch augenscheinlich ganz vergleichbarer Rechtslage anders entschieden werden soll als vom deutschen BGH.

Soweit sich die Beklagte darauf beruft, nach § 1014 ABGB einen notwendigen Aufwandsersatz begehren zu können, ist dieser Ansicht Folgendes entgegenzuhalten: Wurde zwischen den Parteien ein Depotvertrag geschlossen, so bedarf es weder einer Weisung noch eines rechtsgeschäftlichen Auftrags durch den Hinterleger, um den Rückgabeanspruch des Hinterlegers bzw. die Verpflichtung des Verwahrers zur Ausfolgung entstehen zu lassen. Gerade dieser Anspruch ist nämlich bereits im Gesetz vorgesehen und muss nicht durch rechtsgeschäftlichen Akt begründet werden. Die Bestimmung des § 1014 ABGB findet daher keine Anwendung, da die Übertragung der Depotwerte nicht auf der Grundlage eines Auftrags des Kunden, sondern in Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht erfolgt.

Die gegenständliche Klausel ist aus den genannten Gründen gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Da das Gericht die Verrechnung eines Entgelts für die Übertragung schon dem Grunde nach für unzulässig hält, musste nicht mehr darauf eingegangen werden, in welcher Höhe ein Entgelt allenfalls gerechtfertigt sein könnte, weshalb dem Kläger das vorliegende Hauptbegehren zuzusprechen war. .

Festzuhalten ist letztlich, dass im Unterlassungsprozess nach § 28 KSchG keine Rücksicht auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingungen genommen werden kann, womit die Aufgliederung einer (einzelnen) eigenständigen Klausel, die teils Verbotenes, teils Erlaubtes enthält,

gemeint ist. Für eine geltungserhaltene Reduktion bleibt sohin kein Raum (RIS-Justiz RS0038205).

Die zum Bestehen eines Unterlassungsanspruches erforderliche Wiederholungsgefahr ist regelmäßig zu bejahen, wenn der Unternehmer trotz Abmahnung keine Unterlassungserklärung abgibt. Die Beklagte hat jedoch mit Schreiben vom 23.1.2006 eine Unterlassungserklärung abgegeben. Allerdings enthält diese eine wesentliche Einschränkung, in dem sie die Verrechnung von Gebühren in Höhe von € 35,-- weiterhin zulässt. Eine gültige Erklärung, die streitgegenständliche Klausel nicht mehr zu verwenden, liegt somit nicht vor. Eine bedingte oder beschränkte Unterlassungserklärung beseitigt die Wiederholungsgefahr nicht, wie der OGH in seiner Entscheidung vom 7.9.2000 (8Ob17/00) unmissverständlich ausführt. Die Wiederholungsgefahr könnte nur verneint werden, wenn es geradezu ausgeschlossen wäre, dass der Unternehmer die beanstandeten gesetz- oder sittenwidrigen Bedingungen oder sinngleiche Bedingungen in seine Geschäftsbedingungen aufnimmt. Die bloße Behauptung, sich nicht mehr auf die streitgegenständliche Klausel zu berufen, ist dazu nicht ausreichend.

Die Beklagte kam der Aufforderung des Klägers, eine entsprechende Unterlassungserklärung zu unterfertigen, somit nicht ausreichend nach. Allein das Vorbringen der Beklagten, gegenständliche Klauseln würden bei Neuverträgen aufgrund der geänderten AGBs nicht mehr zur Anwendung kommen, ist weder eine Unterlassungserklärung, noch reicht es für die Annahme, die Verwendung der beanstandeten Klauseln könne geradezu ausgeschlossen werden.

Neben dem Unterlassungsanspruch beehrte der Kläger die Veröffentlichung des stattgebenden Urteilsspruches. Gemäß § 30 KSchG ist § 25 UWG sinngemäß anzuwenden, wonach das Gericht der obsiegenden Partei, wenn diese daran ein berechtigtes Interesse hat, die Befugnis zusprechen kann, das Urteil binnen

angemessener Frist zu veröffentlichen. Als berechtigtes Interesse des Klägers kann es angesehen werden, dass die Verbraucher als Gesamtheit das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gesetzwidrig sind, sowie Betroffene und auch potenzielle Vertragspartner über den Verstoß aufzuklären (*Langer in Kosesnik-Wehrle ua*, KSchG 2004 §§ 28-30 Rz 10). Die Art und der Umfang der Veröffentlichung haben in angemessenem Verhältnis zur Wirkung des (Wettbewerbs)Verstoßes zu stehen (13.12.1960, ÖBl 1961, 73).

Mit der begehrten Urteilsveröffentlichung wird die Erreichung der einzelnen Konsumenten in Tirol angestrebt. Nach Ansicht des Gerichts ist das Interesse von potentiellen und aktuellen Kunden der Beklagten, zu erfahren, dass ihr verboten wurde, sich auf die gegenständliche Klausel in abzuschließenden bzw. laufenden Verträgen zu berufen, in hohem Maße gegeben. Die Beklagte betreibt ohne Einschränkung das Bankgeschäft, weshalb ein großer Personenkreis als betroffen anzusehen ist. Eine Urteilsveröffentlichung in begehrter Form in der Regionalausgabe Tirol der „Kronen Zeitung“ ist daher dem vorliegenden Verstoß angemessen.

Die Kostenentscheidung gründet auf § 41 Abs 1 ZPO.



Handelsgericht Wien
1030 Wien, Marxergasse 1a
Abt. 10, am 20.3.2007

Dr. Friedrich Kulka
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung:

