



REPUBLIK ÖSTERREICH
Landesgericht für ZRS Wien

Das Landesgericht für ZRS Wien fasst als Rekursgericht durch die Präsidentin Dr. Perschinka als Vorsitzende sowie Mag. Eder und Mag. Löschl in der Exekutionssache der betreibenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosenik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, wider die verpflichtete Partei **Wiener Privatbank SE**, 1010 Wien, Parkring 12, vertreten durch Doralt Seist Csoklich, Rechtsanwalts-Partnerschaft in Wien, wegen Unterlassungsexekution über den Rekurs der betreibenden Partei gegen den Beschluss des Bezirksgerichtes Innere Stadt Wien vom 13.10.2011, 72 E 3783/11d-4, den

B e s c h l u s s :

Dem Rekurs wird Folge gegeben und der angefochtene Beschluss wird dahin abgeändert, dass dieser zu lauten hat:

"Aufgrund des vollstreckbaren Urteils des Handelsgerichtes Wien vom 29.5.2007, 10 Cg 194/06v-9, wird der betreibenden Partei wider die verpflichtete Partei zur Erwirkung der Verpflichtung, "im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln:

1. Wird der Vermögensverwaltungsvertrag vor Ablauf der Vertragslaufzeit (vgl Punkt 1.1. erster Satz) ordentlich oder außerordentlich gekündigt, so hat der Auftrag-

geber der K&W als Abgeltung für die ausstehende weitere monatliche Gebühr für Vermittlungsleistung (vgl Punkt 4.1.) einen sich aus folgender Rechnung ergebenden Prozentsatz des Veranlagungsbetrages sofort zu bezahlen: auf die Dauer laut 4.1. fehlende Monate x anzuwendender Faktor (vgl Punkt 4.1.) abzüglich [(auf die Dauer laut 4.1. fehlende Monate x anzuwendender Faktor (vgl Punkt 4.4.)) x (0,0018 x auf die Dauer laut 4.1. fehlende Monate)].

2. Übertragung des Vermögensverwaltungsvertrages auf ein österreichisches Kreditinstitut.

K&W ist berechtigt, das aus dem Abschluss des Vermögensverwaltungsvertrages resultierende Vertragsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten einem österreichischen Kreditinstitut zu übertragen. Eine solche Übertragung setzt voraus, dass diesem Kreditinstitut zugleich auch alle anderen aufrechten Vermögensverwaltungsverhältnisse übertragen werden, die K&W mit anderen Auftraggebern zu den vorliegenden Bedingungen abgeschlossen hat.

Oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; weiters es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln zu berufen, soweit diese unzulässigerweise vereinbart worden sind" die Exekution gemäß § 355 EO bewilligt.

Die verpflichtete Partei hat nach Eintritt der Vollstreckbarkeit dieses Exekutionstitels diesem durch die Verrechnung von aushaftenden Provisionsforderungen nach Kündigung des Vermögensverwaltungsvertrages durch die Kunden [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] und [REDACTED] [REDACTED] und [REDACTED] [REDACTED] im Zeitraum Mai bis Juli 2011 zuwidergehandelt.

Für die angeführten Verstöße wird über die verpflichtete Partei eine Geldstrafe von € 35.000,-- ver-

hängt.

Die Kosten der betreibenden Partei für ihren Exekutionsantrag werden mit € 705,04 (darin enthalten € 94,24 USt und € 140,-- Barauslagen) als Exekutionskosten bestimmt."

Die Kosten der betreibenden Partei für ihren Rekurs werden mit € 1.050,30 (darin enthalten € 175,05 USt) als weitere Exekutionskosten bestimmt.

Die Rekursbeantwortung der verpflichteten Partei und die Urkundenvorlage vom 9.11.2011 werden zurückgewiesen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt € 30.000,--.

Der ordentliche Revisionsrekurs ist nicht zulässig.

B e g r ü n d u n g :

Die Verpflichtete ist aufgrund des im Spruch genannten Exekutionstitels schuldig, die Verwendung der im Spruch genannten Klauseln oder sinngleicher Klauseln zu unterlassen oder sich auf die vorstehend genannten Klauseln zu berufen, soweit diese unzulässigerweise vereinbart worden sind.

In ihrem Exekutionsantrag brachte die Betreibende vor, dass die Verpflichtete nach Eintritt der Vollstreckbarkeit gegenüber den Kunden [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] und [REDACTED] [REDACTED] und [REDACTED] [REDACTED] sich im Ergebnis auf die unzulässige Klausel 1 des Exekutionstitels berufen habe, indem sie ihre begehrte oder verrechnete Provisionsforderung einerseits auf § 1014 ABGB und andererseits auf ergänzende Vertragsauslegung gestützt habe. Den vorgelegten Urkunden ist zu entnehmen, dass die Verpflichtete die Provision auf derselben Berechnungsmethode verrechnete, die in Punkt 8.2. der AGB angeführt ist (Klausel 1 des Exekutionstitels), und die Berechtigung

zur Geltendmachung aus den Punkten 1.1 und 4.1 Abs 1 der AGB ableitete.

Mit dem angefochtenen Beschluss wies das Erstgericht den Exekutionsantrag mit der Begründung ab, dass sich die Verpflichtete nicht auf die im Spruch genannte Klausel 1 des Urteils berufen habe. Ob die Verpflichtete berechtigt sei, nach § 1014 ABGB oder im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ihre Ansprüche geltend zu machen, sei in einem Zivilprozess zu klären.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der Rekurs der Betreibenden.

Die Verpflichtete erstattete eine Rekursbeantwortung und legte mit Schriftsatz vom 9.11.2011 ein Rechtsgutachten über die Konsequenzen unwirksamer intransparenter Klauseln in den AGB vor.

Der Rekurs ist berechtigt, die Rekursbeantwortung und die Urkundenvorlage sind unzulässig.

Nach herrschender Ansicht darf die Exekution nach § 355 EO nur bewilligt werden, wenn das behauptete konkrete Verhalten des Verpflichteten titelwidrig ist. Ein Verstoß gegen eine Unterlassungsverpflichtung wird am Inhalt des Exekutionstitels gemessen. Es kommt also - zumindest im Grundsatz - nicht darauf an, was der Verpflichtete nach dem Gesetz, sondern was er nach dem Exekutionstitel zu unterlassen hat. Die Entscheidung über den Exekutionsantrag hat sich also streng an den Titel zu halten, doch ist zur Sinnermittlung eines Verbots, das sich auf eine bestimmte Rechtsnorm gründet, die Ausübungspraxis zu dieser Norm durchaus heranzuziehen, insofern ist vom Titel ausgehend ein Rückbezug auf das dahinterstehende materielle Recht möglich (Klicka in Angst EO² § 355 Rz 9 mwN).

Da es praktisch unmöglich ist, im Titel alle nur denkbaren Eingriffshandlungen zu beschreiben, die den gleichen verpönten Erfolg herbeiführen können, darf daher die Bestimmtheit des Unterlassungsbegehrens auch nicht allzu streng beurteilt werden (Klicka aaO § 355 Rz 8b).

Nach dem Exekutionstitel ist es der Verpflichteten untersagt, bei Kündigung des Vermögensverwaltungsvertrages eine Gebühr auf Basis eines näher beschriebenen Berechnungsvorganges zu verlangen. Gegen diese Verpflichtung verstieß die Verpflichtete, als sie gegenüber den im Spruch genannten Kunden nach Kündigung des Vermögensverwaltungsvertrages eine Provisionsforderung auf Basis dieses Berechnungsvorganges in Rechnung stellte. In diesem Zusammenhang ist es unbeachtlich, ob der Verpflichteten allenfalls nach dem Gesetz oder nach den Punkten 1.1 oder 4.1 Abs 1 der AGB ein derartiger Anspruch zusteht. Der Exekutionstitel untersagt die Geltendmachung einer Provisionsforderung, die entgegen der Klausel 1 (Punkt 8.2. der AGB) berechnet wurde. Auf die Bezeichnung des Rechtsgrundes kommt es nicht an, maßgebend ist die inhaltsgleiche Anwendung des im Exekutionstitel näher angeführten Berechnungsvorganges. Soweit sich die Verpflichtete auf ergänzende Vertragsauslegung der AGB stützt, handelt es sich zumindest auch um die Verwendung einer sinngleichen Klausel, die ebenfalls nach dem Exekutionstitel verboten ist. Ob im Einzelfall eine zulässigerweise vereinbarte Provisionsforderung der Verpflichteten mit den einzelnen Kunden vereinbart wurde, ist im Rahmen eines (Impugnations-)Prozesses zu klären.

Die Exekution ist daher antragsgemäß zu bewilligen.

Gemäß § 359 Abs 1 EO darf die einzelne Geldstrafe je Antrag € 100.000,-- nicht übersteigen.

Nach ständiger Rechtsprechung sind Strafen zur Durchsetzung von Unterlassungspflichten nicht nur Beugemittel, sondern haben neben dem willensbeugenden auch repressiven Charakter, das Gericht ist bei Anwendung von Zwangsmitteln nur an die Grenzen der §§ 355 Abs 1 und 359 Abs 1 EO gebunden. Innerhalb dieser Grenzen unterliegt die Auswahl und Bemessung der einzelnen Strafen dem zweckgebundenen Ermessen des Vollzugsgerichts. Es entspricht dem Zweck der Beugemittel, dass sie mit dem Grad und der Hartnäckigkeit des Zuwiderhandelns eine Steigerung erfahren müssen. Es kann allerdings bei Vorliegen besonderer Umstände auch schon bei der Erstverhängung einer Strafe die gesetzliche Höchststrafe gerechtfertigt sein (3 Ob 107/07t mwN).

Der Strafraumen des § 359 Abs 1 EO wurde mit der EO-Novelle 2000 von ATS 80.000,-- auf € 100.000,-- erhöht. Die gesetzgeberische Absicht geht nicht nur aus der deutlichen Erhöhung der Höchststrafe, sondern auch aus den in der Entscheidung SZ 2004/131 zitierten Gesetzesmaterialien (RV 93 BlgNr 21.GP, 57) hervor. Der Novellengesetzgeber erachtete offenkundig die in der Praxis verhängten Geldstrafen, insbesondere die Erststrafen, als viel zu gering, um den Beugezweck in angemessen kurzer Frist erfüllen zu können.

Ein für die Strafhöhe maßgebliches Bemessungskriterium des § 355 Abs 1 EO ist die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Verpflichteten. In der Entscheidung SZ 2004/131 wurde eine Erststrafe von € 15.000,-- gemessen am Strafraumen des § 359 Abs 1 EO im Falle eines wirtschaftlich potenten Verpflichteten als "noch keine hohe Geldstrafe" bezeichnet. In den Entscheidungen SZ 64/72 und 3 Ob 2433/96g wurden jeweils ATS 40.000,--, dies ent-

sprach 50 % der damals zulässigen Höchststrafe, jeweils als Erststrafe verhängt. Dass der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten ein besonders hoher Stellenwert bei der Festsetzung der Strafhöhe zukommt, insbesondere wenn es um Extremfälle geht, nämlich einerseits um wirtschaftlich besonders schwache oder besonders starke verpflichtete Parteien, ergibt sich schon aus dem Beugezweck, sie mit Geldstrafen von Titelverstößen abzuhalten. Bei einem Unternehmen mit einem Jahresumsatz von wenig mehr als € 100.000,-- wird beispielsweise der Beugezweck schon mit einer geringfügigen Geldstrafe erreicht werden können, bei einem Unternehmen mit Umsätzen in Milliardenhöhe und einem entsprechenden Unternehmenswert könnte allenfalls auch ohne Hinzutreten weiterer Umstände die Erststrafe mit der Hälfte der gesetzlichen Höchststrafe festgesetzt werden, weil nur eine entsprechend hohe Geldstrafe bei einem großen Unternehmen als Druckmittel wahrgenommen und spürbar wird (3 Ob 107/07t).

Die Verpflichtete ist als Privatbank als wirtschaftlich starkes Unternehmen anzusehen. Soweit sie in ihrer Stellungnahme ausführte, dass sie nur eine "kleine" Privatbank sei, ist ihr entgegenzuhalten, dass sie dieses Vorbringen nicht präzisierete und auch nicht bescheinigte. Insbesondere erstattete sie kein Vorbringen zu Bilanzkernzahlen, Gewinn oder Unternehmenswert. Da die Verpflichtete innerhalb weniger Wochen gegenüber mehreren Kunden gegen den Exekutionstitel verstieß, ist von einer gewissen Hartnäckigkeit auszugehen, und es bedarf einer empfindlichen Geldstrafe, um sie in Zukunft von weiteren Verstößen abzuhalten. Weiters ist zu berücksichtigen, dass die Verpflichtete aus den Verstößen einen nicht unbedeutenden wirtschaftlichen Nutzen zog, indem sie zu Un-

recht Provisionen in Höhe von insgesamt ca € 8.400,-- forderte oder verrechnete. Unter Berücksichtigung des (mildernden) Umstandes, dass es die ersten Verstöße seit drei Jahren ab Vollstreckbarkeit des Exekutionstitels waren, erscheint eine Geldstrafe in Höhe von € 35.000,-- angemessen.

Dem berechtigten Rekurs ist daher Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 74 EO.

Das Rekursverfahren ist in Exekutionsverfahren - von hier nicht vorliegenden Ausnahmefällen - einseitig, weshalb die Rekursbeantwortung unzulässig und zurückzuweisen ist. Die Urkundenvorlage verstößt überdies gegen den Grundsatz der Einmaligkeit der Rechtsmittelschrift.

Der Ausspruch über die Unzulässigkeit des Revisionsrekurses gründet sich auf die §§ 78 EO, 528 Abs 1 ZPO, weil der Entscheidung keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt.

Landesgericht für ZRS Wien
1016 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 47, am 27. Dezember 2011

Dr. P e r s c h i n k a

elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG