



Republik Österreich  
Landesgericht Salzburg

3 Cg 54/10p

### Im Namen der Republik

Das Landesgericht Salzburg erkennt durch den Richter Dr. Robert Singer in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KEG in 1030 Wien, gegen die beklagte Partei **direktanlage.at AG**, Elisabethstraße 22, 5020 Salzburg, vertreten durch Hosp, Hegen Rechtsanwaltspartnerschaft in 5020 Salzburg, wegen **Unterlassung** (Streitwert: € 30.500,--) und **Urteilsveröffentlichung** (Streitwert: € 5.500,--) zu Recht:

1.) Die beklagte Partei ist schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt, und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klausel:

*„Haftungsbeschränkungen: Die Haftung der Bank ist zudem bei leichter Fahrlässigkeit in folgenden Fällen ausgeschlossen: Verzögerungen, Nicht- oder Fehldurchführung von Aufträgen, insbesondere infolge Zweifels an der Identität des Auftraggebers sowie nicht eindeutig formulierten, unvollständigen oder fehlerhaft*

*erteilten Aufträgen; Störungen der und unberechtigte Eingriffe in die zur Auftragsentgegennahme und Weiterleitung verwendeten Kommunikationsmittel/-wege (bei Störungen ist der Kunde verpflichtet, sämtliche andere mögliche Kommunikationsmittel/-wege auszuschöpfen); Systemstörungen und unberechtigte Eingriffe bei der Bank oder bei den zur Durchführung des Auftrages von der Bank benutzten Unternehmen; erfolgte Sperren und Zugriffsbeschränkungen; verspätet, fehlerhaft oder nicht zur Verfügung gestellte Informationen, Kurse, Stück/Kennzahlen; Stammdaten oder Research-Daten; verspätete, fehlerhaft oder nicht erteilte Informationen über Auftragsdurchführungen und –stornierungen; fehlerhaft, verspätet oder nicht durchgeführte Zwangsverwertungen. Auch für andere Schäden, welcher Art und Ursache auch immer, insbesondere für entgangenen Gewinn, ist die Haftung der Bank für leichte Fahrlässigkeit ausgeschlossen.“*

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln binnen einem Monat zu unterlassen; sie ist ferner schuldig, es binnen einem Monat zu unterlassen, sich auf vorstehend genannte Klausel oder sinngleiche Klauseln zu berufen, soweit diese unzulässigerweise vereinbart worden sind.

2.) Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruchs im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen-Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe, auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung, in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.

3.) Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit € 7.179,68 bestimmten Prozesskosten (davon € 1.089,78 USt. und € 641,-- Barauslagen) binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Entscheidungsgründe:**

Die klagende Partei ist unstrittig ein zur Unterlassungsklage nach § 28 KSchG berechtigter Verein (ON 1 und ON 2).

Außer Streit steht, dass die klagende Partei mit Schreiben vom 2.9.2009 (Beilage ./A) die beklagte Partei aufforderte, für die nachfolgende Klausel sowie sinngleicher Klauseln eine Unterlassungserklärung abzugeben:

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

*und Ursache auch immer, insbesondere für entgangenen Gewinn, ist die Haftung der Bank für leichte Fahrlässigkeit ausgeschlossen.“*

Die beklagte Partei gab hierauf mit Schreiben vom 23.9.2009 (Beilage ./B) eine Unterlassungserklärung im Umfang der oben wiedergegebenen Klausel, mit Ausnahme der unterstrichenen und durch Fettdruck hervorgehobenen Satzteile, ab.

Mit Schreiben vom 24.9.2009 (Beilage ./C) gab die beklagte Partei eine weitere Unterlassungserklärung folgenden Inhaltes ab:

*„Das genannte Unternehmen verpflichtet sich gegenüber dem genannten Verband im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern sich auf keine Haftungsbeschränkungen für Personenschäden zu berufen.“* (ON 1, ON 2 und ON 4).

Die beklagte Partei hat – zumindest – ca. 50.000 Kunden (übereinstimmendes Parteienvorbringen Seite 9 in ON 2 und Seite 8 in ON 3).

Die klagende Partei begehrt – gestützt auf § 28 Abs 1 KSchG – wie im Spruch ersichtlich und bringt im Wesentlichen vor, dass bei „konsumentenfeindlichster“ Auslegung der außer Streit gestellten Klausel die Haftung für Personenschäden und für leichte Fahrlässigkeit zur Gänze ausgeschlossen werde. Die Klausel verstoße somit gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG; überdies sei sie für Verbraucher gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB und intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG. Die Klausel werde im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern laufend verwendet. Bei Beginn der Geschäftsverbindung könnten diese nicht absehen, auf welche der zukünftig abzuschließenden Bankgeschäfte die Klausel angewendet werde; ihre Tragweite sei für Verbraucher nicht abschätzbar. Es fehle eine betragsmäßige Begrenzung und Beschränkung auf bestimmte Schäden. Eine teleologische Reduktion der Klausel sei im

Verbandsprozess nicht vorzunehmen. Bei „kundenfeindlichster“ Auslegung werde auch der Schadenersatz für die Verletzung einer Hauptleistungspflicht erfasst. Die beklagte Partei habe sich nur hinsichtlich eines Teiles der in der Klausel enthaltenen „Schadensarten“ zur Unterlassung verpflichtet. Es bestehe daher Wiederholungsgefahr. Weiters bestehe ein berechtigtes Interesse an der Urteilsveröffentlichung, um die angesprochenen und betroffenen Verbraucherkreise über das gesetzwidrige Verhalten der beklagten Partei und die wahre Sach- und Rechtslage aufzuklären sowie um ein Umsichgreifen des gerügten Verhaltens zu verhindern.

Die beklagte Partei bestritt das Klagebegehren, beantragte kostenpflichtige Klagsabweisung und wendete im Wesentlichen ein, dass sie für fast alle – mit Ausnahme der in den Außerstreitstellungen unterstrichenen und durch Fettdruck hervorgehobenen Teile der Klausel – Haftungsausschlüsse eine Unterlassungserklärung abgegeben habe; weiters habe sie die Klausel umgehend geändert. Es bestehe daher keine Wiederholungsgefahr. Hinsichtlich des verbleibenden Teiles der Klausel sei ein Haftungsausschluss für leicht fahrlässig verursachte Schäden zulässig. Sie nehme in ihrer Hauptgeschäftstätigkeit „rein“ Aufträge der Kunden für Wertpapiertransaktionen entgegen, die sie ohne Beratung oder Empfehlung weiterleite. Die Geschäftsabwicklung erfolge zumeist automationsunterstützt und ohne Kundenkontakt für ein deutlich vermindertes Entgelt. Der Verbraucher habe die Wahl, die Wertpapiergeschäfte über andere österreichische Banken abzuwickeln. Die verbleibenden Haftungsausschlüsse würden keine individuelle, zahlenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistungen darstellen. Es handle sich daher um Nebenleistungspflichten aus einem abgeschlossenen Konto-/Depotvertrag. Des weiteren seien sie sachlich gerechtfertigt. Bei den Haftungsausschlüssen handle es sich nicht um AGB-Bestimmungen, sondern um

Vertragsbestimmungen.

Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens wird folgender

### **Sachverhalt**

als erwiesen angenommen:

Die zu FN 53877g im Firmenbuch beim Landesgericht Salzburg protokollierte beklagte Partei betreibt das Bankgeschäft, insbesondere Wertpapiergeschäfte, und bietet ihre Leistungen im gesamten Bundesgebiet der Republik Österreich gegen Bezahlung an. Im Rahmen dieser Geschäftstätigkeit tritt sie laufend mit Verbrauchern in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit ihnen Verträge. (unstrittig, offenes Firmenbuch, Beilagen ./D, ./1 und ./2). Die beklagte Partei hat über 65.000 Kunden und ein Portfoliovolumen von ca. drei Milliarden Euro. Im Bereich des Angebotes von kostengünstigen Wertpapierdienstleistungen („Discount Brokerage“) ist sie Marktführer. Sie betreibt Filialen in Bregenz, Graz, Innsbruck, Klagenfurt, Linz, Salzburg und Wien und bietet in diesen Anlageberatung an. Neben Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Wertpapieranlage bietet die beklagte Partei auch Sparprodukte und ein kostenloses Girokonto an (Beilage ./D).

Die außer Streit gestellte Klausel ist im „Konto-/Depotvertrag für Privatkunden“ in der Fassung 03-09 unter der Überschrift „Vertragsbestimmungen für das direktanlage.at-Konto/Depot für Privatkunden“ in Punkt 5. schriftlich fixiert. Diese Vertragsurkunde wurde von der beklagten Partei – ebenso wie der Vertrag in der Fassung 10-09 – einseitig vorformuliert. Es handelt sich dabei um einen nicht individuell ausverhandelten Vertragstext der beklagten Partei für

ihre Privatkunden, die einen Konto-/Depotvertrag abschließen wollen (Beilage ./1).

Mit den außer Streit gestellten Unterlassungserklärungen der beklagten Partei vom 23.9. und 24.9.2009 verpflichtete sich diese in der Erklärung vom 23.9.2009 „pro Klausel und pro Zuwiderhandlung“ und in der Erklärung vom 24.9.2009 „pro Zuwiderhandlung“ eine Vertragsstrafe von € 720,-- an die klagende Partei zu bezahlen (Beilagen ./B und ./C).

Zu einem nicht feststellbaren Zeitpunkt nach der Aufforderung zur Abgabe einer Unterlassungserklärung durch die klagende Partei änderte die beklagte Partei die Klausel. Der „Konto-/Depotvertrag für Privatkunden“ in der Fassung 10-09 sieht unter der Überschrift „Vertragsbestimmungen für das direktanlage.at-Konto/Depot für Privatkunden“ in Punkt 5. nun folgende Regelung vor:

*„... Haftungsbeschränkungen: Die Haftung der Bank ist zudem in folgenden Fällen für durch die Bank leicht fahrlässig verursachte Schäden ausgeschlossen: Verzögerungen oder Nichtdurchführung von Aufträgen infolge falscher Zweifel an der Identität des Auftraggebers, der Echtheit oder Rechtsgültigkeit eines Auftrags; Störungen der zur Auftragsentgegennahme verwendeten Kommunikationswege (bei Störungen ist der Kunde verpflichtet, sämtliche andere mögliche Kommunikationswege auszuschöpfen); Störungen oder Mängel des Computersystems oder der Homepage der Bank; Störungen oder Mängel des Computersystems oder der Kommunikationswege der von der Bank benutzter Dritter zur Durchführung des Auftrages oder zur Information des Kunden mittels SMS oder E-Mail über Auftragsdurchführungen oder -streichungen; unberechtigte Zugriffsbeschränkungen zum Konto oder Depot des Kunden; unberechtigte Sperren des Kontos oder des Depots der Kunden; verspätet, fehlerhaft oder nicht übermittelte Transaktionsnummern; verspätete, fehlerhaft oder nicht erteilte Informationen über Auftragsdurchführungen oder – streichungen*

*im Internet oder mittels SMS oder E-Mail im Rahmen des vom Kunden zusätzlich unentgeltlich wählbaren SMS-/E-Mail-Services; im Internet zu Finanzinstrumenten, Rohstoffen, Indizes und Finanzmärkten verspätet, fehlerhaft oder nicht zur Verfügung gestellte Berichte, Kennzahlen, Daten zur Handelbarkeit, Kurse; unzulässige außergerichtliche Pfandverwertungen. Sämtliche Haftungsausschlüsse der Bank gelten nicht für Personenschäden. Die Haftung der Bank für leichte Fahrlässigkeit wird weiters gegenüber Nicht-Verbrauchern auch für alle anderen Schäden, welcher Art und Ursache auch immer, ausgeschlossen.“ (Beilage ./2).*

Dieser Sachverhalt ist im Ergebnis der durchgeführten **Beweisaufnahme** begründet. Die einzelnen Feststellungen stützen sich auf die in Klammer angeführten Beweismittel, wobei es sich um unbedenkliche Urkunden handelt.

Die Feststellungen zur klagenden und der beklagten Partei sind unstrittig und ergeben sich überdies schlüssig aus den angeführten Urkunden. Dass die beklagte Partei Bankgeschäfte für Wertpapieranleger betreibt, ergibt sich aufgrund des Ausdruckes der Vorstellung der beklagten Partei auf ihrer Homepage im Internet (Beilage ./D) und den Konto-/Depotverträgen (Beilagen ./1 und ./2), in welcher sie sich als „Bank für Wertpapieranleger“ und die Wertpapieranlage als ihren hauptsächlichen Zweck bezeichnet. Das bundesweite Anbot ihrer Leistungen ergibt sich aus der bundesweiten Abrufbarkeit der Homepage, der Anzahl und Verteilung ihrer Filialen und schlüssig aus dem Inhalt der Konto-/Depotverträge, wonach ein Wohnsitz in der Republik Österreich zur Inanspruchnahme der angebotenen Leistungen der beklagten Partei nicht erforderlich ist.

Die Feststellung, wonach es sich bei den schriftlichen Verträgen in den Fassungen 03-09 und 10-09 um einseitig vorformulierte und nicht individuelle Vertragstexte der beklagten



Partei handelt, ergibt sich eindeutig aus dem – standardisierten – Erscheinungsbild dieser Vertragsurkunden (Beilagen ./1 und ./2).

Die Feststellungen zur Kundenanzahl, dem Portfoliovolumen und den Filialen der beklagten Partei ergeben sich aus den von der beklagten Partei im Internet veröffentlichten Informationen über ihr Unternehmen (Beilage ./D); das selbe gilt für die Feststellung zur Marktführerschaft der beklagten Partei im Segment der kostengünstigen Wertpapierdienstleister („Discount Brokerage“).

Der festgestellte Sachverhalt führt zu folgender

### **Rechtlichen Beurteilung:**

#### In der Sache:

Die klagende Partei ist gemäß § 29 Abs 1 KSchG ein zur Unterlassungsklage nach § 28 KSchG berechtigter Verein. Nach dieser Bestimmung kann (unter anderem) auf Unterlassung geklagt werden, wer im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er von ihm geschlossenen Verträgen zugrunde legt, oder in hierbei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen. Dieses Verbot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden ist (Abs 1). Die Gefahr einer Verwendung und Empfehlung derartiger Bedingungen besteht nicht mehr, wenn der Unternehmer nach Abmahnung durch eine gemäß § 29 KSchG klageberechtigte Einrichtung binnen angemessener Frist eine mit angemessener Konventionalstrafe (§ 1336 ABGB) besicherte Unterlassungserklärung abgibt (Abs 2).

Eine Differenzierung der Begriffe Allgemeine

Geschäftsbedingungen und Vertragsformblätter (im folgenden für beide kurz: AGB) ist überflüssig, weil der Gesetzgeber sowohl in § 864a ABGB als auch in § 879 Abs 3 ABGB sowie in § 6 Abs 3 KSchG die beiden Ausdrücke stets gemeinsam verwendet. Der Zweck des massenweisen Einsatzes, nicht die äußere Form, entscheidet darüber, ob AGB vorliegen. Auch der Form nach individuell gehaltene Schreiben können AGB beinhalten. Zu nennen sind hier Fälle einseitig vorformulierter, individueller Vertragstexte. Der unterlegene Partner kann hier in die gleiche Ungleichgewichtslage geraten wie jemand, der mit AGB konfrontiert wird (*Krejci in Rummel*<sup>3</sup>, § 879 Rz 233 ff mwN).

Aufgrund des festgestellten Sachverhaltes sind die schriftlichen Vertragsurkunden der beklagten Partei (Beilagen ./1 und ./2) – Beilage. /1 enthält die hier zu beurteilende Klausel – als einseitig vorformulierte, massenweise verwendete Vertragstexte der beklagten Partei zu qualifizieren. Sie sind daher AGB gleichgestellt.

Nach ständiger Rechtsprechung hat im Verbands- bzw Unterlassungsprozess nach § 28 KSchG die Auslegung der Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen (RIS-Justiz RS0016590). Es kann keine Rücksicht auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingungen genommen werden; für eine geltungserhaltende Reduktion ist kein Raum. Ziel des Konsumentenschutzgesetzes ist es, auf einen angemessenen Inhalt der in der Praxis verwendeten AGB hinzuwirken. Der Richter hat nicht die Aufgabe, sich durch geltungserhaltende Reduktion zum Sachwalter des Verwenders der AGB zu machen (RIS-Justiz RS0038205). Damit ist die Aufgliederung einer (einzelnen) eigenständigen Klausel, die teils Verbotenes, teils Erlaubtes enthält, gemeint (RIS-Justiz RS0038205 [T7]). In Lehre und Rechtsprechung wird in diesem Zusammenhang auch auf den Fall verwiesen, dass verschiedene Regelungen „ineinandergreifen“ (6 Ob 140/06s mwN).

Im vorliegenden Fall behauptet die beklagte Partei, dass

die zu beurteilende Klausel mehrere eigenständige Teile enthält. Maßgeblich für die Qualifikation einer Klausel als eigenständig ist nicht die Gliederung des Klauselwerks; es können vielmehr auch zwei unabhängige Regelungen in einem Punkt oder sogar in einem Satz der AGB enthalten sein. Es kommt vielmehr darauf an, ob ein materiell eigenständiger Regelungsbereich vorliegt. Dies ist dann der Fall, wenn die Bestimmungen isoliert voneinander wahrgenommen werden können (RIS-Justiz RS0121187; 6 Ob 140/06s mwN).

Die zu beurteilende Klausel besteht aus zwei Sätzen. Im ersten Satz wird eine demonstrative Aufzählung einer Vielzahl von Fällen vorgenommen, in welchen die Haftung der beklagten Partei für leichte Fahrlässigkeit ausgeschlossen wird. Im zweiten Satz erfolgt in einer generalklauselartigen Formulierung ein Ausschluss der Haftung der beklagten Partei für leichte Fahrlässigkeit für sämtliche „andere Schäden, welcher Art und Ursache auch immer“. Der zweite Satz nimmt somit Bezug auf den ersten Satz. Für die Eigenständigkeit ist neben der alleinigen Verständlichkeit eines Satzes entscheidend, dass die Sätze einen eigenen (anderen) Regelungsinhalt enthalten (10 Ob 70/07b).

Zumindest Letzteres ist hier jedoch nicht der Fall. Beide Sätze regeln einen Haftungsausschluss für durch leichte Fahrlässigkeit der beklagten Partei oder ihr zurechenbarer Dritter entstandene Schäden. Die im zweiten Satz enthaltene Generalklausel wird durch die im ersten Satz angeführten demonstrativen Haftungsausschlüsse konkretisiert; die beiden Regelungen greifen ineinander. Dabei spielt die Reihenfolge der Sätze – konkret die Nennung von demonstrativen Haftungsausschlüssen vor der Generalklausel – keine Rolle. Beiden Sätzen sowie den genannten Haftungsausschlüssen im ersten Satz untereinander liegt der selbe Regelungsinhalt – der Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit – zugrunde und besteht kein materiell eigenständiger Regelungsbereich.

Eine isolierte Betrachtung der beiden Sätze ist nicht möglich, weshalb eine geltungserhaltende Reduktion im Hinblick auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingungen nicht in Betracht kommt.

Gemäß § 6 Abs 1 Z 9 KSchG sind (unter anderem) für den Verbraucher besonders solche Vertragsbestimmungen im Sinn des § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen eine Pflicht des Unternehmers zum Ersatz eines Schadens an der Person ausgeschlossen oder eingeschränkt wird. Nach dem Wortlaut des zweiten Satzes der zu beurteilenden Klausel ist bei konsumentenfeindlichster Auslegung auch die Haftung der beklagten Partei für Personenschäden bei leicht fahrlässigem Verhalten der beklagten Partei und ihr zurechenbarer Personen ausgeschlossen. Die Klausel verstößt daher in ihrer Gesamtheit gegen die Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 9 KschG.

Die Klausel schließt aber nicht nur die Haftung für Personenschäden, sondern für sämtliche aufgrund leichter Fahrlässigkeit der beklagten Partei oder ihr zurechenbarer Personen entstandene Schäden aus. Aus § 6 Abs 1 Z 9 KschG lässt sich eine generelle Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit nicht ableiten (RIS-Justiz RS0050109 [T4]).

Die Beurteilung, ob eine Vertragsbestimmung gröblich benachteiligend ist, wird in einem beweglichen System vorgenommen (*Krejci in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 879 Rz 230). Dabei ist einerseits auf das Ausmaß, den Grund und die sachliche Rechtfertigung der zu Lasten des Vertragspartners vorgenommenen Abweichung vom dispositiven Recht und andererseits auf das Ausmaß der verdünnten Willensfreiheit jenes Vertragspartners abzustellen, der die für ihn nachteiligen Vertragsbestandteile nicht verhindern konnte. Eine grobe Benachteiligung wird umso eher anzunehmen sein, je weniger Einfluss der durch eine Abweichung vom dispositiven Recht benachteiligte Vertragspartner auf die vertragliche Gestaltung hatte. Eine gröbliche Benachteiligung ist auch dann zu bejahen,

wenn die sachliche Rechtfertigung für die zu Lasten eines Vertragspartners vorgenommenen Abweichungen vom positiven Recht fehlt oder diese Abweichungen zu einem auffallenden Missverhältnis der beiderseitigen Rechtspositionen führen. Eine sittenwidrige gröbliche Benachteiligung kann beispielsweise dann vorliegen, wenn die Verletzung vertraglicher Hauptpflichten betroffen ist, die wirtschaftliche Tragfähigkeit oder Versicherbarkeit gegen die Zulässigkeit spricht oder eine ausgeprägte Vormachtstellung mit der Verdünnung der Willensfreiheit zusammentrifft. Die Rechtswidrigkeit einer Verletzung vertraglicher Pflichten ist dann größer, wenn es um die Hauptpflichten des Vertrages geht. Die Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit ist unangemessen benachteiligend, wenn sie wesentliche, sich aus der Natur des Vertrags ergebende Rechte und Pflichten ohne sachlichen Grund so einschränkt, dass die vertragliche Hauptpflicht des Unternehmers entwertet und die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet wird (4 Ob 179/02f mwN).

Gegenständlich betrifft die beanstandete Freizeichnung „Schäden, welcher Art und Ursache auch immer“, somit auch die für die Kunden entscheidende Hauptleistung. Die beklagte Partei bietet neben Wertpapierdienstleistungen auch Sparprodukte und Girokonten an, die jeder Verbraucher notwendigerweise in Anspruch nehmen muss; des weiteren bietet sie in ihren Filialen auch Anlagenberatung an. Bei der beklagten Partei handelt es sich daher um eine übermächtige vertragschließende Bank, die überdies in ihrem Bereich Marktführerin ist und AGB verwendet. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass auch andere Banken die selben Leistungen – wie die beklagte Partei selbst vorbringt, gegen ein höheres Entgelt – anbieten, weil die beklagte Partei in ihrem Bereich Marktführerin ist und die anderen – teureren – Banken für den angesprochenen Verkehrskreis keine Alternative sind. Der einzelne Verbraucher kann am Beginn der

Geschäftsverbindung auch nicht absehen, auf welche der in der Zukunft allenfalls abzuschließenden Bankgeschäfte diese Klausel zur Anwendung kommen wird. Es ist ihm nicht möglich die Tragweite seines Verzichts abzuschätzen. Es besteht eine Kumulierung der Verdünnungsmomente, die eine noch strengere Inhaltskontrolle erfordert. Sie ergibt eine gröbliche Benachteiligung der Verbraucher, die aus dem völligen Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit, der wirtschaftlichen Übermacht der beklagten Partei, der verdünnten Willensfreiheit des Bankkunden sowie dem Umstand folgt, dass die Freizeichnung auch im Fall der Verletzung vertraglicher Hauptpflichten zum Tragen kommt.

Eine sachliche Rechtfertigung für den völligen und gröblich benachteiligenden Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit ist nicht ersichtlich. Die beklagte Partei hat hierzu nur Ausführungen zu einzelnen in der Klausel geregelter Haftungsausschlüsse getätigt. Diese Haftungsausschlüsse können nicht dadurch gerechtfertigt werden, dass im Massengeschäft der Banken gelegentlich Fehler vorkommen. Dieses Risiko wird nach allgemeinen Grundsätzen der Vertragspartei zugeordnet, die es eher beherrschen und wirtschaftlich leichter tragen kann (4 Ob 179/02f). Dies ist im gegebenen Zusammenhang die Bank, der es möglich ist, das sich aus gelegentlichen Fehlern verwirklichende Risiko auf alle Kunden (wirtschaftlich) zu überwälzen oder eine entsprechende Versicherung abzuschließen; ob diese Möglichkeit von ihr genutzt wird, liegt im unternehmerischen Entscheidungsfreiraum der beklagten Partei. Es ist ihr auch zumutbar, geeignete Vorkehrungen zu treffen, um das Risiko von Fehlern zu minimieren. Dass von der beklagten Partei beauftragte Dritte die für ihre Geschäftstätigkeit erforderliche technische Infrastruktur zur Verfügung stellen und diese eine Haftung für leichtes und teilweise auch für grobes Verschulden ausschließen würden, kann keine sachliche Rechtfertigung darstellen, weil sich auch

das daraus ergebende Risiko auf ihre Kunden (wirtschaftlich) überwälzen oder eine entsprechende Versicherung abschließen lässt.

Zur Wiederholungsgefahr:

Nur durch vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung kann die Wiederholungsgefahr beseitigt werden. Der Unternehmer muss, will er die Wiederholungsgefahr beseitigen, nach Abmahnung eine unbedingte, uneingeschränkte und strafbewehrte Unterlassungserklärung abgeben. Beigefügte Bedingungen oder Einschränkungen beseitigen die Wiederholungsgefahr nicht. Wenn die Beklagte im Verfahren darauf beharrt, dass ein Teil der Klauseln gesetzmäßig Verwendung finde, ist mangels Anbots eines umfassenden vollstreckbaren Unterlassungsvergleiches weiter die Wiederholungsgefahr gegeben (RIS-Justiz RS0111637; RS0111640[T4]).

Die Wiederholungsgefahr wird künftig erst dann zu verneinen sein, wenn sowohl die Verwendung der allgemeinen Geschäftsbedingungen bei weiteren Vertragsschlüssen als auch ihre Geltendmachung in bereits bestehenden Vertragsbeziehungen auszuschließen ist. Die Unterwerfung muss nicht nur die beanstandeten, sondern auch „sinngleiche“ Klauseln erfassen. 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 keinesfalls aus, um die Wiederholungsgefahr zu beseitigen (RIS-Justiz RS0111637; RS0111640[T4]). Die von der beklagten Partei abgegebenen Unterlassungserklärungen sind nicht uneingeschränkt erfolgt und beharrt die beklagte Partei auf die teilweise Zulässigkeit der Klausel. Die von § 28 Abs 2 KSchG geforderte Wiederholungsgefahr liegt daher vor.

Dem Unterlassungsbegehren der klagenden Partei war daher statt zu geben.

Zur Urteilsveröffentlichung:

Der hier nach § 30 Abs 1 KSchG sinngemäß geltende § 25 Abs 3 UWG räumt der im Unterlassungsstreit obsiegenden Partei einen (nur auf Antrag wahrzunehmenden) Anspruch, das Urteil innerhalb bestimmter Frist auf Kosten des Gegners zu veröffentlichen, nur dann ein, wenn sie daran ein berechtigtes Interesse hat. 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 (RIS-Justiz RS0079764 [T22] = 10 Ob 47/08x mwN). Die bloße faktische – und hier auch nur teilweise erfolgte – Änderung der inkriminierten Klauseln nach Klagseinbringung 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 (RIS-Justiz RS0079764 [T23]). Dem Begehren auf Urteilsveröffentlichung war daher statt zu geben.

Zu den Leistungsfristen der Spruchpunkte 1.) und 2.):

Nach ständiger Rechtsprechung ist immer dann, wenn die beklagte Partei nicht zu einer „reinen“, sondern zu einer solchen Unterlassung verpflichtet ist, die auch ein positives Tun (wie zB die Beseitigung oder Änderung des Firmenwortlauts samt Antragstellung beim Registergericht) enthält, gemäß § 409 Abs 2 ZPO vom Gericht eine angemessene Leistungsfrist zu bestimmen (RIS-Justiz RS0041260 [T1]; 4 Ob 29/08p mwN). Das Gericht kann eine angemessene Leistungsfrist nach § 409 Abs 2 ZPO auch bei Unterlassungsklagen festlegen, wenn die Unterlassungspflicht die Pflicht zur Änderung eines Zustands



einschließt (RIS-Justiz RS0041260 [T2]; RS0041265 [T2]; *Rechberger* in *Rechberger*<sup>3</sup> § 409 ZPO Rz 1 mwN). Dies trifft auch für die Verbandsklage nach dem KSchG zu, weil die beklagte Partei das Unterlassungsgebot nur dadurch befolgen kann, dass sie ihre AGB ändert. Da ihr aber nicht untersagt werden kann, im Verkehr mit Verbrauchern AGB zu verwenden, sondern ihr nur die Verwendung bestimmter Klauseln verboten ist, kann sie auch nicht darauf verwiesen werden, ihre AGB durch Stampiglienaufdruck gegenüber Verbrauchern für unanwendbar zu erklären. Dass die klagende Partei ebenfalls keine „reine“ Unterlassung begehrt, weil die beklagte Partei das Unterlassungsgebot nur dadurch befolgen kann, dass sie ihre AGB ändert, ist nach dem nur gegen eine Klausel bzw zwei einzelne Sätze der AGB gerichteten Klagebegehren offensichtlich. Demgemäß haben die dargestellten Grundsätze auch im vorliegenden Fall Anwendung zu finden. Ein diesbezüglicher Antrag oder Vorbringen zu den tatsächlichen Voraussetzungen für die Frist nach § 409 Abs 2 ZPO ist dazu nicht erforderlich, weil der Richter – wie bereits ausgeführt – von Amts wegen zur Setzung einer solchen Frist verpflichtet ist (*Fucik* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> III § 409 ZPO Rz 5; 10 Ob 70/07b mwN). Gegenständlich ist eine Frist von einem Monat zur Umsetzung des Unterlassungsgebotes durch Änderung der AGB der beklagten Partei ausreichend, weil die zu beurteilende Klausel aus nur zwei Sätzen besteht und überdies von der beklagten Partei zum Teil bereits geändert wurde. Hinsichtlich des Veröffentlichungsbegehrens wurde von der klagenden Partei eine Frist von sechs Monaten beantragt, der zu entsprechen war.

Zur nicht erfolgten Einvernahme des Bernd Floimayr als Partei:

Die Einvernahme des Bernd Floimayr als Partei zur Frage, welche Kommunikationsstörungen in technischer Hinsicht

möglich sind bzw wie Bankkunden mit der beklagten Partei in Kontakt treten und diese Geschäfte abwickeln, konnte unterbleiben, weil es sich hierbei aufgrund der materiellen Einheit der zu beurteilenden Klausel – vgl hierzu die oben erfolgten Ausführungen – um keine entscheidungswesentliche Frage handelt. Eine Parteieneinvernahme zum Beweis dafür, dass es sich bei den Haftungsfreizeichnungen um keine AGB handle und eine verdünnte Willensfreiheit der Kunden der beklagten Partei nicht vorliege, war nicht erforderlich, weil es sich hierbei um Rechtsfragen handelt; das äußere Erscheinungsbild der Vertragsurkunden – welches sich ohnehin aus den vorgelegten Urkunden ergibt – ist zur Beurteilung dieser Rechtsfrage unerheblich. Auch eine Parteieneinvernahme zum Beweis dafür, dass die beklagte Partei die Klausel individuell (gemeint: unabhängig) von konkurrierenden Banken entworfen habe und diese auch nicht von anderen Banken verwendet werde – wovon das Gericht ohnehin ausging – ist mangels Entscheidungswesentlichkeit nicht erforderlich.

Zur Kostenentscheidung:

Die Kostentscheidung beruht auf § 41 ZPO. Danach hat die im Rechtsstreit vollständig unterliegende Partei ihrem Gegner alle durch die Prozessführung verursachten, zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Kosten zu ersetzen. Die beklagte Partei hat zum Kostenverzeichnis der klagenden Partei keine Äußerung iSd § 54 Abs 1a ZPO erstattet. Das Kostenverzeichnis der klagenden Partei war daher der Kostenentscheidung zugrunde zu legen.

Landesgericht Salzburg,

Abt. 3, am 13.7.2010

**Dr. Robert Singer**

**Richter**

Elektronische Ausfertigung  
gem. § 79 GOG

