

15 R 140/09v

I Ob 46/10m



Präsidium
des Handelsgerichts Wien
eingel. am 1. d. AUG. 2010
..... Aktien
..... Halbschriften

EINGELANGT

25. AUG. 2010

BRAUNES KLAUSER PRÄNDL

Oberlandesgericht Wien

Eingel. am 1. d. AUG. 2010
.....
..... fect, mit Betrag
..... Halbschriften

IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Hofrat Univ.-Prof. Dr. Bydlinski als Vorsitzenden sowie die Hofräte Dr. Fichtenau, Dr. Grohmann, Dr. E. Solé und Dr. Jensik als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, Wien 6, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Brauneis Klauser Prändl Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei AWD Gesellschaft für Wirtschaftsberatung GmbH, Wien 3, Rennweg 9, vertreten durch Kraft & Winternitz Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert insgesamt 26.000 EUR), über die Revisionen beider Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 24. November 2009, GZ 15 R 170/09v-11, in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 23. Dezember 2009, mit dem das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 20. Mai 2009, GZ 11 Cg 17/09a-7, teilweise abgeändert wurde, zu Recht erkannt:

Der Revision der klagenden Partei wird nicht Folge gegeben.

Der Revision der beklagten Partei wird teilweise Folge gegeben. Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass es insgesamt lautet:

„I. Die beklagte Partei ist schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie den von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt, und/oder in dabei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung folgender oder sinngleicher Klausel zu unterlassen und es zu unterlassen, sich - soweit diese schon geschlossenen Verträgen mit Verbrauchern unzulässigerweise zugrunde gelegt wurde - auf

diese zu berufen:

‘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.’

II. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, Punkt I. des Urteilsspruchs binnen 6 Monaten ab Rechtskraft des Urteils einmal im redaktionellen Teil einer Samstags-Ausgabe der ‘Neuen Kronen-Zeitung’, 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. Das Unterlassungsbegehren und das Veröffentlichungsbegehren der klagenden Partei wird hinsichtlich der folgenden Klauseln abgewiesen:

1. 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 (zB Managementfehler, Geschäftsentwicklung, Akquisitionen)

Immobilienrisiko (zB Standort, Zustand,

Vermietung, Erträge, Verwertbarkeit, Streuung)

Liquiditätsrisiko (zB Börsencrash, keine Käufernachfrage)

Zinsrisiko (zB höhere Finanzierungskosten infolge steigender Zinsen)

Risiko des Teil- oder Totalverlustes des investierten Kapitals (zB Insolvenz)

Währungsrisiko (zB niedrigere Erträge und höhere Finanzierungskosten in Fremdwährungen)

Rechtliche Rahmenbedingungen (zB Besteuerung, sonstige gesetzliche Änderungen und Auflagen)

Politische Rahmenbedingungen (zB politischer Umsturz, revolutionäre Ereignisse, Krieg)

Wirtschaftliche Rahmenbedingungen (zB Osteuropa, Konjunktur)

Risiko der zukünftigen Marktentwicklung

Wettbewerbsrisiko (zB höhere Anschaffungskosten bei höherer Nachfrage).

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

2. Ich nehme zur Kenntnis, dass die Beratung und Aufklärung bezüglich der gewählten Kapitalanlage auf der Grundlage der von mir gegebenen Angaben, Wünsche und Bedürfnissen erfolgte.

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

4. 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.

5. Mit meiner Unterschrift habe ich diese Mandantenhinweise zur Kenntnis genommen, verstanden und akzeptiert.

6. Mein Wirtschaftsberater hat mich darüber aufgeklärt, dass mir gemäß § 3 KSchG und § 12 WAG unter den dort genannten Bedingungen ein Recht auf Rücktritt vom Vertrag binnen einer Woche ab Zustandekommen des Vertrages zusteht.

7. 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.

8. Mündliche Zusagen wurden nicht getroffen.

9. 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.

10. 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).

11. 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.

12. Mir wurden die genannten Risiken von meinem AWD-Berater erklärt und ich bestätige, diese verstanden zu haben.

13. Ferner ist eine Anlage in Aktien/Investmentfonds mit hohem Risiko und starken Wertschwankungen bei nur geringen/keinen Erfahrungen im Investmentbereich nicht zu empfehlen.

IV. Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei binnen 14 Tagen die mit 10.096,72 EUR (darin enthalten 1.375,22 EUR USt und 1.845,40 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Verfahrens aller Instanzen zu ersetzen.“

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Der gemäß § 29 KSchG klageberechtigte Verein macht Unterlassungsansprüche (ausschließlich) nach § 28 Abs 1 KSchG geltend. Die Beklagte ist ein nach dem Wertpapieraufsichtsgesetz (WAG) 2007 konzessioniertes Wertpapierunternehmen (§ 1 Z 1 WAG 2007), das bei der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) gemeldet ist und seine Leistungen bundesweit anbietet. Dabei tritt die Beklagte

laufend mit Verbrauchern iSd § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt. Die von der Beklagten verwendeten Formulare haben folgende Bezeichnung: Gesprächsnotiz zur Beratung (Aufzeichnung iSd § 17 WAG) Blg ./A, Gesprächsnotiz zur Beratung (Aufzeichnung iSd § 17 WAG/§ 75 VAG) Blg ./B und Gesprächsnotiz zur Beratung und/oder Vermittlung (Dokumentation iSd WAG 2007) Blg ./C. Sie sehen die Möglichkeit vor, konkrete kundenbezogene Daten festzulegen (Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden, finanzielle Verhältnisse, Veranlagungsziel, Risikobereitschaft), und zwar durch handschriftliche Zusätze oder durch Ankreuzen vorformulierter Varianten. Auf allen Formularen können die unter dem Punkt „Aufklärung über Risiken bzw Risiken“ aufgezählten Varianten in einem „Kästchen“ angekreuzt werden. Vorgesehen ist jeweils, dass diese Gesprächsnotizen sowohl vom Kunden als auch vom Berater unterschrieben werden. Derzeit verwendet die Beklagte nur mehr das Formular Blg ./C.

Der **Kläger** stellte die im Spruch wiedergegebenen Begehren auf Unterlassung und Urteilsveröffentlichung. Die beanstandeten „Gesprächsnotizen“ seien von der Beklagten bei allen Beratungsgesprächen auf mehr oder weniger gleiche Weise ausgefüllt und den Verbrauchern zur Unterschrift vorgelegt worden. Der Verbraucher könne de facto keinen Einfluss auf den Inhalt nehmen. Es bestehe somit auf seiner Seite „verdünnte Willensfreiheit“. Die „Gesprächsnotizen“ würden nicht nur die Erfüllung des bereits geschlossenen Vertrags dokumentieren, sondern es würden vertragliche Pflichten geregelt. Die Unterzeichnung der „Gesprächsnotizen“ sei für das Zustandekommen des Vertrags und damit für die

Vermittlung der Aktien Voraussetzung. Der Vertrag über die Vermittlung des Anlageprodukts werde nur abgeschlossen, wenn der Kunde die Klauseln unterzeichne. Die „Gesprächsnotizen“ würden im Ergebnis wie Allgemeine Geschäftsbedingungen wirken und nicht bloß wie eine Dokumentation über ein erfolgtes Beratungsgespräch im Einzelfall. Die Klauseln seien vielmehr pauschal vorformuliert und massenhaft und systematisch verwendet worden, um eine gesetzmäßige Beratung von Anlegern zu fingieren. Die Klauseln würden gegen § 6 Abs 1 Z 9 und 11 KSchG, § 6 Abs 3 KSchG § 15 WAG aF, § 879 Abs 1 und 3 sowie § 864a ABGB verstoßen. Sie bewirkten eine unzulässige 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. Sie wirkten als Haftungsausschluss, weil die Beklagte durch eine als Tatsachenbestätigung formulierte Aussage von vornherein zu verhindern versuche, dass Beratungsfehler je zu einer Haftung führen könnten. Die Beklagte versuche, den für den Verbraucher schwer widerlegbaren Anschein zu schaffen, sie hätte alle sie treffenden Aufklärungspflichten optimal erfüllt. Die Auswirkungen der Klauseln seien unklar, weshalb sie intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG seien. Nach dem WAG 2007 solle und dürfe nur das dokumentiert werden, was tatsächlich vereinbart, mitgeteilt und aufgeklärt wurde: Die „Gesprächsnotizen“ der Beklagten würden eine gesetzmäßige Beratung nur fingieren, weshalb die Klauseln nach § 879 Abs 1 ABGB unzulässig seien. Darüber hinaus seien sie gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, weil sie eine Haftung der Beklagten einschränken oder ausschließen

würden. Es handle sich um versteckte und nachteilige Klauseln iSd § 864a ABGB.

Die **Beklagte** entgegnete, die „Gesprächsnotizen“ dienten nicht der Regelung der vertraglichen Beziehung, sondern nur der (vorgeschriebenen) Dokumentation des aufgrund des bereits abgeschlossenen Beratungs- bzw. Vermittlungsvertrags stattfindenden Gesprächs für den Kunden und die Aufsichtsbehörde. Die Notizen würden daher nicht den geschlossenen Beratungs- und Vermittlungsvertrag dokumentieren, sondern dessen Erfüllung. Damit seien sie weder als Vertragsformblätter noch als Allgemeine Geschäftsbedingungen zu werten, weshalb die Regeln der §§ 6 KSchG, 864a und 879 ABGB nicht anwendbar seien.

Das **Erstgericht** folgte dem Standpunkt der Beklagten und wies das gesamte Klagebegehren ab. Maßgebend für die Beurteilung von vorformulierten Texten als Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) oder Vertragsformblätter sei, ob aus der Sicht des Vertragspartners ein Rechtsfolgewille zu erkennen sei oder die Texte lediglich Tatsachen bestätigten (Wissenserklärung). Die von der Beklagten verwendeten „Gesprächsnotizen“ würden lediglich die Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung dokumentieren. Würde man die schriftliche Dokumentation von Aufklärungspflichten durch Unterfertigung vorgefertigter Formulare untersagen, dürften anlässlich von Aufklärungen keinerlei Vordrucke mehr verwendet werden. Das müsse dann auch für Risikoaufklärungsgespräche anlässlich von ärztlichen Behandlungsverträgen gelten. Die Verwendung von Formularen bei Aufklärungen über Risiken garantiere gerade, dass an sämtliche potenzielle Risiken gedacht werde und diese Inhalt des Aufklärungsgesprächs seien. Ansonsten müssten schriftliche Nachweise über Risikoaufklärungen

entweder stets handschriftlich erfolgen, was einerseits bei üblichen Abläufen zu einer kaum zumutbaren Belastung führen würde, und andererseits die Aufzuklärenden kaum davor schützen könnte, dass ihnen tatsächlich nicht sämtliche Risiken mitgeteilt würden. Die Verwendung der Formulare im Vorfeld gewährleiste gerade die Vollständigkeit der Erfüllung der Aufklärungspflicht.

Das vom Kläger angerufene **Berufungsgericht** gab dem Klagebegehren hinsichtlich der Klauseln 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 12 und 14 zur Gänze, hinsichtlich der Klausel 1 (wie aus den Entscheidungsgründen auf Seite 26 eindeutig erkennbar) ausgenommen die Sätze 1 bis 3 statt und wies das Begehren hinsichtlich der Klauseln 1 (teilweise), 6, 11 und 13 ab. Die Judikatur und die herrschende Lehre wende § 6 Abs 1 Z 11 KSchG auf Klauseln in Form sogenannter „Tatsachenbestätigungen“ an, die zum Nachteil des Verbrauchers die Beweislastverteilung änderten. Erfasst seien auch Klauseln, die die Rechtsdurchsetzung durch den Verbraucher deshalb erschweren (oder gar verhindern) könnten, weil sie ihn mit einem Beweis belasten würden, den er sonst nicht erbringen müsste. Dies sei aber in den Klauseln 7, 8, 10, 1 (mit Ausnahme der Sätze 1 bis 3), 3, 11, 4 und 12 der Fall. Die jeweilige Bestätigung über die Aufklärung ändere zwar nicht die grundsätzliche Beweislastverteilung. Die Beweislast bleibe auf Seiten des Wertpapierunternehmens, dass die geschuldete Aufklärung ordnungsgemäß erteilt worden sei, während der Kunde zu beweisen habe, dass die ihm konkret erteilte Aufklärung nicht vollständig, missverständlich oder aus anderen Gründen nicht sachgemäß gewesen sei. Der Kunde müsse aber nach Unterzeichnung der Formulare den Beweis antreten, dass die Dokumentation - trotz seiner Unterschrift - nicht dem

tatsächlichen Gesprächsverlauf entspreche. Die Bestätigung, Mandantenhinweise gelesen bzw zur Kenntnis genommen zu haben (Klauseln 3 und 5), würden ebenfalls gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG verstoßen. Dem Konsumenten werde erschwert, einen Irrtum geltend zu machen, nachdem er eine Erklärung unterfertigt habe, mit der er die „Mandantenhinweise“ zur Kenntnis genommen bzw verstanden und akzeptiert hätte. Die in Klausel 9 enthaltene Belehrung über das Rücktrittsrecht sei intransparent und aufgrund des fehlenden Hinweises auf die erforderliche Schriftform sowie die Rechtsfolge bei unterbliebener schriftlicher Information über das Rücktrittsrecht unvollständig. Die in Klausel 14 enthaltene Haftungsbestimmung sei intransparent und gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, sollte sie die Haftung für eine leicht fahrlässige Verletzung der Pflichten aus dem Beratungsvertrag (§ 13 Z 3 WAG aF) ausschließen. Unklar sei nicht nur die Form des Haftungsausschlusses, sondern auch, auf welche Art von Nachforschungen verzichtet werden solle. Klausel 8 (mündliche Zusagen wurden nicht getroffen) verwirre den durchschnittlichen Verbraucher, dem im Laufe des Beratungsgesprächs im typischen Fall eine Förderung seiner Interessen und ein Tätigwerden zu seinem wirtschaftlichen Vorteil zugesichert werde. Der Verbraucher könne daher nicht überblicken, welche Rechtsfolgen die Beklagte aus dieser Bestätigung ableiten könnte und ob damit auch ein mündlicher Abschluss des Beratungsvertrags in Frage gestellt wäre. Sollte darauf abgezielt werden, dass die Unzulässigkeit mündlicher Nebenabreden zwischen dem Berater und dem Kunden vereinbart werde, verstoße die Klausel gegen § 10 Abs 3 KSchG. Intransparent seien auch die Klauseln 1 (ausgenommen deren Sätze 1 bis 3), 4, 5 und 12.

Die - von der Beklagten bestrittene - Wiederholungsgefahr könnte nur durch vollständige Unterwerfung beseitigt werden, eine bloße Änderung der Geschäftsbedingungen reiche nicht aus.

Das Berufungsgericht ließ die Revision zu, weil die umstrittenen Klauseln einen größeren Personenkreis betreffen würden.

Die **Revisionen des Klägers und der Beklagten** sind zulässig. Das Rechtsmittel der Beklagten ist auch größtenteils berechtigt.

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. Was unter den in den §§ 28 KSchG, 864a und 879 Abs 3 ABGB verwendeten Begriffen „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ und „Vertragsformblätter“ zu verstehen ist, hat der österreichische Gesetzgeber nicht definiert. Die herrschende Lehre orientiert sich an § 1 des deutschen AGBG (*Krejci in Rummel*³ §§ 28 bis 30 KSchG Rz 7). Danach sind Allgemeine Geschäftsbedingungen „alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen“, die eine Vertragspartei der anderen bei Abschluss eines Vertrags stellt (*Krejci in Krejci*, Handbuch zum KSchG, 100; 7 Ob 207/04y mwN).

Der Unterlassungsanspruch des § 28 Abs 1 KSchG bezieht sich auf gesetz- oder sittenwidrige Vertragsbedingungen und erfasst grundsätzlich die Kontrolle von Willenserklärungen (3 Ob 12/09z mit Hinweis auf *Rummel* in ÖBA 2007/1450). So verweist auch *Leitner* eingangs seiner Glosse zu 6 Ob 140/06s = JBI 2007, 247

darauf, dass eine vom Kunden auf einem separaten Informationsblatt unterschriebene Klausel (im konkreten Fall: „Ware vollständig erhalten“) keine Willenserklärung, sondern eine Wissenserklärung, also eine bloße Nachricht über Tatsachen sei. Klauseln, die den Vertragsinhalt nicht gestalten, könnten aber nicht nur begrifflich, sondern auch logisch nicht der Inhaltskontrolle unterliegen. In der zitierten Entscheidung 6 Ob 140/06s hatte der Oberste Gerichtshof die Voraussetzung eines Unterlassungsanspruchs nach § 28 Abs 1 KSchG verneint, weil die erwähnte Bestätigung („Ware vollständig erhalten“) keine den Vertrag gestaltende Willenserklärung sei, sondern lediglich ein Beweismittel schaffe, das der richterlichen Beweiswürdigung im Individualverfahren unterliege. Die Klausel bedeute daher auch keine Beweislastverschiebung zu Lasten des Verbrauchers iSd § 6 Abs 1 Z 11 KSchG. In diese Richtung argumentiert auch *Gehring* (Verbraucherschutz als Gerechtigkeitserfordernis? Bemerkungen zu OGH 20. 3. 2007, 4 Ob 221/06p, RdW 2008/10, 53 [56]), der (wie auch *Leitner* aaO) die geringe Bedeutung derartiger Beweismittel im Individualprozess betont.

Die überwiegende Lehre wendet § 6 Abs 1 Z 11 KSchG auch auf Klauseln an, die in Form sogenannter „Tatsachenbestätigungen“ vorsehen, dass aufgrund einer Erklärung des Verbrauchers ein Bestehen oder Nichtbestehen einer Tatsache widerlegbar feststehen soll. Tritt dadurch eine Änderung der Beweislastverteilung zum Nachteil des Verbrauchers ein, verstoße die Tatsachenbestätigung gegen diese Bestimmung (*Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 6 KSchG Rz 139; *Schurr* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³, § 6 Abs 1 Z 11 KSchG Rz 5; *Kathrein* in *KBB*² § 6 KSchG Rz 18; *Langer* in *Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer*, KSchG²

§ 6 Rz 59).

Der Oberste Gerichtshof ist dieser Auffassung bereits in einer Reihe von Entscheidungen gefolgt, die jeweils in Verbandsprozessen nach § 28 KSchG ergingen. Diese Entscheidungen betrafen die Bestätigung der Kenntnisnahme und/oder Erörterung und/oder Akzeptanz der AGB (9 Ob 15/05d: Klauseln 25 und 26; 4 Ob 221/06p: Klausel 27; 3 Ob 12/09z: Klausel 3 und 4 Ob 59/09v: Klausel 6) sowie die Bestätigung der Beschaffenheit des Vertragsgegenstands (7 Ob 78/06f: Klauseln 1 und 22). Alle diese Entscheidungen betonten, dass Tatsachenbestätigungen im Ergebnis eine Verschiebung der Beweislast oder (zumindest) eine Erschwerung der Beweissituation (3 Ob 12/09z) zu Lasten des Verbrauchers bewirken könnten. Gemeinsam ist ihnen allerdings, dass die den §§ 6 Abs 1 Z 11 und 28 Abs 1 KSchG unterstellten Tatsachenbestätigungen in (umfangreiche) Texte aufgenommen waren, die zahlreiche den Vertrag gestaltende Bedingungen, also „echte“ rechtsgeschäftliche Willenserklärungen, enthielten. Diese Texte entsprachen daher aus der Sicht eines Konsumenten durchaus dem klassischen Bild von AGB. Sie sahen auch keine Möglichkeit vor, ein individuelles Vertragsverhältnis durch Streichung, handschriftliche Zusätze (zB Einkommensverhältnisse des Kunden) oder Ankreuzen verschiedener Punkte zu berücksichtigen.

Hier erwecken die Urkunden trotz des Formularcharakters schon aufgrund ihrer Bezeichnung als „Gesprächsnotiz über Beratung etc“, der Bestätigung von Tatsachen („ich nehme zur Kenntnis, dass ...“) iVm der Möglichkeit, individuelle Daten des Kunden wie zB über seine Einkommensverhältnisse und seine Risikobereitschaft festzuhalten, bei einem Konsumenten den Eindruck einer

Urkunde, die bestimmte Punkte des Beratungsgesprächs - von den Parteien durch ihre Unterschrift bestätigt - dokumentiert und nicht (wie AGB oder Vertragsformblätter) das Vertragsverhältnis durch Festlegung von generellen Rechten und Pflichten der Vertragsparteien umfassend regelt. Natürlich besteht ein zeitlicher Zusammenhang zwischen Abschluss der Vereinbarung und Ausfüllen der „Gesprächsnotizen“. Letztere halten schließlich individuelle Kundendaten, wie finanzielle Verhältnisse, Anlagewunsch und Risikobereitschaft fest. Das sind eindeutig Daten, auf denen das Gespräch über eine Anlageberatung und/oder Anlagevermittlung aufbauen muss und die daher in der Regel eingangs oder während der Besprechung erwähnt bzw festgehalten werden. Ein zeitlicher Zusammenhang zwischen Vertragsabschluss und Festhalten einer Tatsachenbestätigung auf einem separaten Informationsblatt hinderte aber den Obersten Gerichtshof in der bereits zitierten Entscheidung 6 Ob 140/06s nicht daran, die Bestätigung des vollständigen Erhalts der Ware als Wissenserklärung nicht § 28 Abs 1 KSchG zu unterwerfen.

Auch das deutsche Recht, das im Gegensatz zum österreichischen Tatsachenbestätigungen ausdrücklich dem AGB-Begriff des § 305 des deutschen AGBG unterstellt, lässt in § 309 Nr 12 leg cit gesondert unterschriebene Empfangsbekanntnisse zu, weil dafür ein anerkanntes Bedürfnis besteht und formularmäßige Quittungen nicht nur wegen ihrer Qualifikation als Allgemeine Geschäftsbedingungen unwirksam sein sollen. Zulässig sind damit nicht nur die Quittierung von Geldzahlungen, sondern auch andere Liefer- und Leistungsbestätigungen oder die Bestätigung, eine Vertragsabschrift erhalten zu haben, obwohl vor allem bei der Abnahme eines Werks die Herstellung des

vertragsgemäßen Zustands anerkannt wird (vgl etwa *Damann in Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht⁵ § 309 Nr 12 Rz 61). Im Zusammenhang mit dem Interesse an derartigen Bestätigungen über die Erfüllung vertraglicher Pflichten ist auch das Argument der Beklagten, sie sei nach den Bestimmungen des WAG zur Dokumentation verpflichtet, zu untersuchen.

§ 17 Abs 1 WAG aF (BGBl 1996/753) verpflichtete das Unternehmen zur Aufzeichnung des Auftrags, der Anweisung eines Kunden, der Ausführung des Auftrags und sonstiger Daten, unter welche die Angaben des Kunden gemäß § 13 Z 3 *leg cit* über seine Erfahrungen, das Veranlagungsziel und die finanziellen Verhältnisse fielen. Nach § 22 Abs 1 WAG 2007 (BGBl I 2007/60), dem Verträge unterliegen, die nach dem 31. 10. 2007 geschlossen wurden (10 Ob 11/07a), sind über alle Dienstleistungen und Geschäfte Aufzeichnungen zu führen, aufgrund derer die FMA die Einhaltung der Anforderungen des WAG 2007 überprüfen und sich vor allem vergewissern kann, ob der Rechtsträger sämtliche Verpflichtungen gegenüber seinen Kunden eingehalten hat. Der Rechtsträger hat dabei Art 7 und 8 der VO (EG) Nr 1287/2006 zu beachten. Nach diesem Auffangtatbestand für Dokumentationspflichten hat der Rechtsträger die für die Überprüfung der Einhaltung des WAG 2007 relevanten Umstände aufzuzeichnen, was noch zu einer stärkeren „Verschriftlichung“ im Zusammenhang mit der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen führt (*Kapfer/Resch in Gruber/N. Raschauer*, Wertpapieraufsichtsgesetz I § 22 WAG Rz 2 und 4; *Winternitz/Aigner*, Wertpapieraufsichtsgesetz 2007, 37). Die Dokumentationspflichten der §§ 17 WAG aF, 22 Abs 1 WAG 2007 dienen nach Lehre und Judikatur der Kontrolle der

Einhaltung der Wohlverhaltensregeln durch die zuständigen Behörden, nicht aber dem Schutz des Kunden vor unrichtiger/unvollständiger Information und bilden daher bei Verletzung keine Grundlage für quasi-vertragliche oder deliktische Schadenersatzansprüche (6 Ob 110/07f = RIS-Justiz RS0123044; *Knobl* in *Fröhlichsthal/Hausmaninger/Knobl/Oppitz/Zeipelt*, WAG § 17 WAG Rz 1; *Kapfer/Resch* aaO Rz 4; *Winternitz/Aigner* aaO). Diese Auffassung wird auch in der deutschen Lehre zu § 34 Abs 1 (d) Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) vertreten (*Koller* in *Assmann/Schneider*, Wertpapierhandelsgesetz⁵ § 34 Rz 1; weitere Nachweise bei *Möllers* in *Kölner Kommentar zum WpHG [aF]* § 34 Rz 60 FN 157).

§ 47 WAG 2007 regelt - anders als die Generalklausel des § 22 Abs 1 leg cit - vergleichbar § 34 Abs 2 (d) WpHG ausdrücklich die Dokumentation der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien und betrifft primär die zivilrechtliche Ebene im Verhältnis zum Kunden (*Winternitz/Aigner* aaO 38). Nach Abs 1 leg cit hat der Rechtsträger eine Aufzeichnung zu erstellen, die das Dokument oder die Dokumente mit den Vereinbarungen zwischen dem Rechtsträger und dem Kunden enthält, welche die Rechte und Pflichten der Parteien sowie die sonstigen Bedingungen, zu denen der Rechtsträger Dienstleistungen für den Kunden erbringt, festlegt. Abs 2 leg cit betrifft das Rechtsverhältnis zu Privatkunden bei Erbringung einer Wertpapierdienstleistung, die keine Anlageberatung darstellt. In diesem Fall hat der Rechtsträger eine Rahmenvereinbarung abzuschließen und auf einem dauerhaften Datenträger festzuhalten, in der wesentliche Rechte und Pflichten der Vertragsparteien festzulegen sind. Diese Dokumentationspflichten beziehen sich auf vertragliche

Vereinbarungen, die wechselseitige Rechte und Pflichten bestimmen (*Graf in Gruber/N. Raschauer* aaO § 47 WAG Rz 5; *Koller* aaO Rz 8). § 47 Abs 3 WAG 2007 lässt einen in der schriftlichen Vereinbarung enthaltenen Verweis auf andere Dokumente oder Rechtstexte zu.

Die im WAG (alt und neu) geregelten Aufzeichnungspflichten zwingen nun nicht dazu, den gesamten Inhalt des konkreten Beratungsgesprächs aufzuzeichnen (*Winternitz/Aigner* aaO 37; vgl *Möllers* aaO Rz 53). Das Unternehmen ist aber keinesfalls gehindert, in einer (gesonderten) Dokumentation die Bestätigung von Tatsachen wie Kundenangaben und Risikohinweise festzuhalten (vgl *Winternitz/Aigner* aaO 39 FN 366). Die Verwendung von Formularen führt nicht per se zur Überprüfung der Zulässigkeit einer derartigen Dokumentation im Verbandsprozess nach § 28 Abs 1 KSchG: Nicht nur, dass die Forderung, jedes konkrete Beratungs- und/oder Aufklärungsgespräch handschriftlich festzuhalten, in der Praxis nur mit unverhältnismäßigem Aufwand zu erfüllen wäre, ist außerdem die Verwendung standardisierter Formulare oder Fragebögen sowohl für die - vorgeschriebene (*Kapfer/Resch* aaO Rz 14) - Aufzeichnung der Kundenangaben (*Möllers* aaO Rz 48) als auch für die verpflichtende Warnung des Unternehmens vor Produkten oder Dienstleistungen, die nach den Angaben des Kunden für diesen unangemessen sind, zulässig (§ 45 Abs 2 WAG 2007).

Als Ergebnis ist festzuhalten: Die in den „Gesprächsnotizen“ des beklagten Wertpapierdienstleisters enthaltenen Tatsachenbestätigungen (insbesondere im Zusammenhang mit der Beratung und Belehrung über Risiken oder dem Kunden nach dem Gesetz zustehende Rechte) unterliegen nicht § 28 Abs 1 KSchG. Sie sind vielmehr

Beweismittel, die im Individualprozess zu würdigen sind.

Das ist aber kein Freibrief für das Unternehmen, in derartige Aufzeichnungen vordruckte und standardmäßig verwendete Formulierungen aufzunehmen, die im Gegensatz zu reinen Tatsachenbestätigungen eine Gestaltung der vertraglichen Beziehungen bewirken und damit als Willenserklärungen zu definieren sind. Das trifft auf die Klausel 14 eindeutig zu, die die Haftung der Beklagten für leichte Fahrlässigkeit unter bestimmten Umständen ausschließt. Grundsätzlich haftet ein Wertpapierdienstleister auch bei leicht fahrlässiger Verletzung der Verhaltenspflichten (RIS-Justiz RS0119753). Die Beschränkung der Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit muss zwar nicht in allen Fällen als gröbliche Benachteiligung des Kunden iSd § 879 Abs 3 ABGB unzulässig sein (vgl 7 Ob 64/04v). Die Klausel ist aber jedenfalls intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, weil sie dem Verbraucher ein unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt. Es wird nicht eindeutig klargestellt, wann die Voraussetzungen der Haftungsbeschränkung eintreten. Der allgemeine Verweis auf Umstände, die sich auf die persönlichen finanziellen Verhältnisse, auf das persönliche Anlageverhalten und auf die Anlageziele beziehen, ist zu unkonkret und nicht ausreichend. § 43 Abs 3 WAG 2007 stellt klar, dass sich der Berater grundsätzlich auf die Angaben des Kunden betreffend die finanziellen Verhältnisse, die Anlageziele und das Anlageverhalten verlassen darf. Dies gilt nur dann nicht, wenn der Berater weiß oder Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass diese Kundenangaben falsch sind. Die Klausel erklärt dem Kunden nicht eindeutig, dass die Haftungsbeschränkung bei Unrichtigkeit der Kundenangaben über seine persönlichen Verhältnisse etc gelten soll.

Aus diesen Erwägungen ist daher nur die Klausel 14 als unzulässige, den Vertrag gestaltende Willenserklärung zu werten; nur sie unterliegt § 28 Abs 1 KSchG.

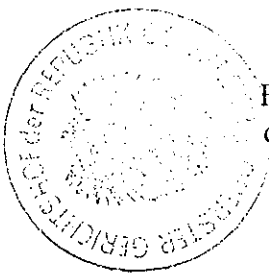
Entgegen der Auffassung der Beklagten wurde die Wiederholungsgefahr nicht dadurch beseitigt, dass die Beklagte nur mehr das Formular Blg ./C verwendet, in dem die Klausel 14 nicht enthalten ist. Nur eine vollständige Unterwerfung samt Abgabe einer Unterlassungserklärung iSd § 28 Abs 2 KSchG lässt die Wiederholungsgefahr entfallen. Eine Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die noch dazu nicht ausschließt, dass sich das Unternehmen für bereits bestehende Verträge auf eine frühere Fassung beruft, reicht dafür nicht aus (8 Ob 110/08x; 2 Ob 153/08a ua).

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 43 Abs 2 erster Fall ZPO, 50 Abs 1 ZPO. Der Kläger ist nur gegen eine von insgesamt 14 Klauseln durchgedrungen, was den Zuspruch der gesamten Verfahrenskosten an die Beklagte rechtfertigt.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 6. Juli 2010

Dr. B y d l i n s k i

Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung:



A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Neuhäuser', is written over the typed name of the court official.