



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

1 R 124/19s

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichts Dr. Jesionek als Vorsitzende sowie den Richter und die Richterin des Oberlandesgerichts Dr. Thunhart und Mag. Waldstätten in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch die Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei **DEGIRO B.V.**, Rembrandt Tower - 9ter Stock, Amstelplein 1, 1096 HA Amsterdam, Niederlande, vertreten durch die Maybach Görg Lenneis Geréd Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert EUR 30.500,-) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 5.500,-) über die Berufungen der klagenden Partei (Berufungsinteresse EUR 5.538,46) sowie der beklagten Partei (Berufungsinteresse EUR 30.461,54) gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 13.6.2019, 58 Cg 15/18s-16, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung der **beklagten Partei** wird **nicht Folge** gegeben und jener der **klagenden Partei teilweise**, indem das Ersturteil im Umfang der Klagsstattgebung betreffend die Klauseln 1, 2, 4 - 6, 9 - 14, 16 - 21, 24, 25, 27 - 37, 38 1. Teil, 39 - 51 und der Klagsabweisung betreffend die Klauseln 15 1. Teil, 22 und 26 jeweils im

Unterlassungs- und Veröffentlichungsbegehren bestätigt wird.

Im Übrigen, also dem Unterlassungs- und Veröffentlichungsbegehren zu den Klauseln 3, 7, 8, 15 2. Teil, 23 und 38 2. Teil sowie in der Kostenentscheidung wird das Urteil dahingehend abgeändert, dass es (unter Einschluss des bestätigenden Teils zu den Klauseln 15, 22, 26 und 38) zu lauten hat:

„Die beklagte Partei ist schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich haben, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln:

[...]

Der Kunde akzeptiert, dass DEGIRO nicht verpflichtet ist, seine Dienstleistungen zu erbringen, wenn DEGIRO der Meinung ist, dass damit gegen die gesetzlichen Vorschriften verstoßen wird. Der Kunde akzeptiert, dass alle Dienstleistungen den gesetzlichen Vorschriften unterliegen und dass diese Vorrang vor den zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen haben. (Art 2.6 Kundenvertrag, Klausel 3);

DEGIRO gibt keine Garantie für eine ununterbrochene und fehlerfreie Funktionsweise des Webtraders und ist dazu berechtigt, den Zugang zum Webtrader bzw dessen Funktionsweise vorübergehend einzuschränken, zum Beispiel bei technischen Störungen oder Wartungsarbeiten. (Art 5.5 Kundenvertrag, Klausel 7);

Der Kunde ist verpflichtet, bei der Verwendung des Webtraders stets umsichtig vorzugehen und dafür Sorge zu tragen, dass auf den Webtrader ausschließlich von einem

sicheren und virusfreien Computer aus zugegriffen wird.
(Art 5.6 Kundenvertrag, Klausel 8);

Der Kunde bestätigt, dass [er sich einverstanden erklärt mit] der Möglichkeit, dass Orders auch an anderen Orten als den regulierten Märkten und multilateralen Handelsplätzen ausgeführt werden. (Art 8.6 Kundenvertrag, Klausel 15 2. Teil);

DEGIRO gibt keine Garantie dafür, dass die dem Kunden zur Verfügung stehenden Preise zu jedem Zeitpunkt aktuell und korrekt sind. Wenn Informationen auf der Webseite inkorrekt oder unplausibel erscheinen, soll der Kunde nicht auf Grundlage dieser Informationen agieren, sondern DEGIRO hierzu kontaktieren, um Fehler und möglicherweise daraus resultierende Verluste zu vermeiden. (Art 12.6 Kundenvertrag, Klausel 23);

DEGIRO ist dazu berechtigt, die im Rahmen des Kundenvertrags eingegangene Geschäftsbeziehung ohne Verzug und ohne sonstige Formalitäten fristlos zu beenden und die persönliche Seite des Kunden zu blockieren, wenn:

- der Kunde auf eine andere Weise seinen Verpflichtungen gegenüber DEGIRO nicht nachkommt

- oder wenn das Vertrauens- oder Geschäftsverhältnis zwischen DEGIRO und dem Kunden nach Meinung von DEGIRO erheblich verletzt wurde (Art 16.6. Kundenvertrag, Klausel 38);

[...]

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln binnen sechs Monaten zu unterlassen; sie ist ferner schuldig, es binnen sechs Monaten zu unterlassen sich auf vorstehend genannte Klauseln zu berufen, soweit diese unzulässigerweise vereinbart wurden.

Das Mehrbegehren, die beklagte Partei sei schuldig,

im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich haben, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln:

DEGIRO wird die Aufträge des Kunden gemäß den Orderausführungsgrundsätzen ausführen. Die Orderausführungsgrundsätze sind im Dokument „Orders und Orderausführungsgrundsätze“ beschrieben. Die jüngste Version dieses Dokuments, das einen Bestandteil des Informationsblatts „Informationen zu den Wertpapierdienstleistungen von DEGIRO“ bildet, ist auf der Website von DEGIRO veröffentlicht. Der Kunde bestätigt, dass der Kunde das Dokument „Orders und Orderausführungsgrundsätze“ gelesen und verstanden hat und dass er sich mit den dort genannten Bestimmungen einverstanden erklärt [...]. DEGIRO ist nicht dazu verpflichtet, Orders des Kunden auszuführen, die von den Orderausführungsgrundsätzen abweichen (Art 8.6 Kundenvertrag, Klausel 15 1. Teil);

Der Kunde akzeptiert, dass DEGIRO in keiner Weise gehalten ist, den Kunden auf der Grundlage dieser Informationen zu warnen oder zu beraten. (Art 12.4 Kundenvertrag, Klausel 22);

Die Bemühungen von DEGIRO sind darauf gerichtet, ihre Dienstleistungen auf sorgfältige Weise zu erbringen und dabei die Interessen ihrer Kunden zu berücksichtigen und zu schützen. (Art 13.1 Kundenvertrag, Klausel 26);

wird abgewiesen.

[Veröffentlichungsbegehren]

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden

Partei die mit EUR 6.247,44 (darin EUR 787,24 an USt und EUR 1.528,- an Barauslagen) bestimmten Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen."

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 3.378,98 bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens (darin EUR 496,55 an USt und EUR 399,70 an Barauslagen) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt EUR 30.000,-.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

Entscheidungsgründe :

Der Kläger ist ein iSd § 29 KSchG klageberechtigter Verband.

Die Beklagte ist eine Investmentgesellschaft mit einer MiFID-Lizenz in den Niederlanden und bietet ihre Dienstleistungen in 19 Staaten an, darunter auch in Österreich, Deutschland und der Schweiz. Dafür betreibt sie ua die Website degiro.at und stellt einen Onlinedienst (Webtrader) zur Verfügung, über den ihre Kunden Finanzprodukte, wie Wertpapiere und Fonds-Anteile, erwerben können. Sowohl die Website als auch der Webtrader sind in deutscher Sprache gehalten.

Die Kunden müssen, um den Onlinedienst der Beklagten für Wertpapier- sowie sonstige Dienstleistungen nutzen zu können, dem „Hauptvertrag“ samt AGB = „Kundenvertrag“ (Beilage ./A), den „Sonderbedingungen Debit Geld“ (Beilage ./B) und den „Sonderbedingungen Debit Wertpapiere“ (Beilage ./C) zustimmen.

Jeder Nutzer, der Dienstleistungen der Beklagten in Anspruch nehmen will, muss einen Online-Eignungstest absolvieren, in dem er Fragen zu seiner Ausbildung, seinen Kenntnissen hinsichtlich Finanzdienstleistungen und mit den Dienstleistungen einhergehende Risiken und Pflichten, der Herkunft dieser Kenntnisse sowie seinen Erfahrungen und Aktivitäten im Bereich des selbständigen Tradings zu beantworten hat.

Der Kunde kann im Online-Portal direkt, per Telefon (Orderdesk) oder E-Mail (orders@degrio.at) Transaktionen von Finanzinstrumenten vornehmen bzw vornehmen lassen. Für vom Kunden selbst vorgenommene Transaktionen im Online-Portal fallen keine Gebühren an, für Aufträge per Telefon oder E-Mail verrechnet die Beklagte eine Gebühr von EUR 10,-.

Der **Kläger** begehrt, gestützt auf § 28 KSchG iVm §§ 879 Abs 3 und 864a ABGB, §§ 6, 14 KSchG, §§ 9, 22 VKrG, §§ 58, 63 WAG 2018 und § 25 IO, der Beklagten sinngemäß zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in allgemeinen Geschäftsbedingungen 51 näher bezeichnete Klauseln zu verwenden oder sich darauf zu berufen (einheitlich bewertet mit EUR 30.500,-, wobei Klausel 38 zwei Unterpunkte umfasst), sowie die Urteilsveröffentlichung in der Samstags-Ausgabe der Kronen-Zeitung (bewertet mit EUR 5.500,-).

Die **Beklagte** berief sich auf die Rechtmäßigkeit ihrer Klauseln, zumal insbesondere nicht österreichisches Wertpapieraufsichtsrecht, sondern jenes ihres Sitzstaates (Niederlande) heranzuziehen sei.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das **Erstgericht** der Klage zu 43 Klauseln sowie dem Veröffentlichungsbegehren in diesem Umfang statt und wies 8 Klauseln ab (konkret

die Klauseln 3, 7, 8, 15, 22, 23, 26 sowie 38 teilweise), wobei es den Spruch präzisierte auf „*Verbraucher, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich haben*“, und eine Leistungsfrist von sechs Monaten setzte.

Gegen den klagsabweisenden Teil der Entscheidung richtet sich die **Berufung des Klägers** wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das Urteil im Sinne einer gänzlichen Stattgebung des Unterlassungs- und Veröffentlichungsbegehrens abzuändern.

Die **Berufung der Beklagten** richtet sich formell gegen den gesamten klagsstattgebenden Teil, ist zu den Klauseln 9 und 10 aber nicht ausgeführt. Geltend gemacht wird eine unrichtige rechtliche Beurteilung, hinsichtlich der Klauseln 18 und 19 zusätzlich eine Aktenwidrigkeit, eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens sowie unrichtige Tatsachenfeststellungen. Beantragt wird die Abänderung im Sinne einer gänzlichen Klagsabweisung, hilfsweise die Aufhebung zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung.

Die Streitteile beantragen jeweils, der Berufung der Gegenseite nicht Folge zu geben.

Die **Berufung des Klägers** ist **teilweise berechtigt**, jene der **Beklagten** ist **nicht berechtigt**.

I. Zu den Grundsätzen für die Beurteilung von allgemeinen Geschäftsbedingungen im Verbandsverfahren wird gem § 500a ZPO auf die Ausführungen des Erstgerichts verwiesen sowie etwa 7 Ob 242/18s (mwN).

Soweit die Beklagte in ihrer Berufung als Maßstab nicht einen „Durchschnittsösterreicher“, sondern Kunden mit einem deutlich höheren Grad an Information, Aufmerksamkeit und Verständnis herangezogen wissen will, übersieht sie, dass hier nicht die Irreführungseignung zu beurteilen ist, sondern es um die abstrakte Auslegung von

Klauseln geht. Im Rahmen der Verbandsklage hat diese aber im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen (RIS-Justiz RS0016590). Auch wie eine Klausel in der Praxis gehandhabt wird, ist dabei unerheblich (vgl RS0121943).

Die zutreffende Präzisierung des Spruches durch das Erstgericht auf Verbraucher mit einem gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich wird von den Parteien nicht in Zweifel gezogen (vgl 4 Ob 181/18y).

Auch auf die Leistungsfrist sowie das Veröffentlichungsbegehren muss mangels Strittigkeit nicht weiter eingegangen werden; die Wiederholungsgefahr wird, soweit sie bestritten wurde, bei den einzelnen Klauseln abgehandelt.

II. Zur Berufung der Beklagten:

Rechtswahl (gleichzeitig Klausel 40)

„Das Vertragsverhältnis zwischen dem Kunden und DEGIRO und SPV [Special Purpose Vehicles, in concreto Stichtings = Stiftungen] sowie etwaige Fragen bezüglich der Existenz und des Zustandekommens des Vertragsverhältnisses unterliegen ausschließlich dem Recht der Niederlande.“

Klagsvorbringen:

Da die Klausel keinen Hinweis darauf enthalte, dass die zwingenden gesetzlichen Bestimmungen des Verbraucherrechtsstaates dennoch anwendbar blieben, sei diese iSd E C-191/15, VKI - Amazon = 2 Ob 155/16g unzulässig.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte bestritt in ihrer Klagebeantwortung „vorsorglich die Unzulässigkeit“ und brachte in ihrem vorbereitenden Schriftsatz sodann vor, dass sie die Rechtswahlklausel „in dieser Form“ nicht mehr benutze und

kein Grund ersichtlich sei, weswegen sie diese in Zukunft neuerlich verwenden solle, weswegen die Wiederholungsgefahr weggefallen sei.

Erstgericht:

Das Erstgericht erachtete diese Klausel und damit die Rechtswahl für unzulässig, weswegen auch alle anderen Klauseln nach österreichischem materiellem Recht als Marktortrecht zu beurteilen seien.

Die Wiederholungsgefahr sei nicht weggefallen, weil die Beklagte nicht einmal behauptet habe, dass sie eine strafbewehrte Unterlassungserklärung iSv § 28 Abs 2 KSchG abgegeben habe.

Berufungsvorbringen:

Da sie den klägerischen Rechtsstandpunkt zu dieser Klausel vorbehaltlos anerkannt habe, sei die Wiederholungsgefahr sehr wohl weggefallen; die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung sei nicht jedenfalls erforderlich, um diese auszuschließen. Gerade bei einer derart grundlegenden Klausel sei es geradezu abwegig, diese gleichsam wieder „durch die Hintertüre“ einzuführen.

Berufungsbeantwortung:

Der Kläger verweist auf die ständige Rechtsprechung zu § 28 Abs 2 KSchG und den Umstand, dass die bloße Änderung der AGB eine neuerliche Wiedereinführung und/oder ein Sich-Berufen keineswegs ausschließe.

Berufungsentscheidung:

Die Wiederholungsgefahr ist regelmäßig zu bejahen, wenn der Unternehmer trotz Abmahnung keine Unterlassungserklärung abgibt. Diese 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 (RS0119007). 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 (RS0124304; vgl auch RS0125395, RS0128187). Der Unternehmer muss, will er die Wiederholungsgefahr beseitigen, nach Abmahnung eine unbedingte, uneingeschränkte und strafbewehrte Unterlassungserklärung abgeben (RS0124304 [T2]). Andere Formen der formellen oder materiellen Unterwerfung, zB das Angebot eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs, müssen zumindest einen ähnlichen Gewissheitsgrad aufweisen (RS0124304 [T3]).

Da die Beklagte keine strafbewehrte Unterlassungserklärung iSd § 28 Abs 2 UWG oder einen vollstreckbaren Unterlassungsvergleich angeboten hat (vgl KB ON 7 S 2), aber weiterhin in Österreich geschäftlich tätig ist, wird durch die bloße Behauptung, die AGB in diesem Punkt geändert zu haben, ohne eine neuerliche Verwendung oder ein Sich-Berufen auf vormals vereinbarte Fassungen verlässlich auszuschließen, die Vermutung der Wiederholungsgefahr nicht beseitigt.

Die Rechtswahlklausel ist damit im Sinne des Klägers und des Erstgerichts unzulässig, sodass österreichisches materielles Recht als Marktortrecht zur Anwendung kommt (vgl 4 Ob 181/18y, RS0127138).

Klauseln 1, 43, 49, 51

Klausel 1

„DEGIRO ist dazu berechtigt, inhaltliche Änderungen am Kundenvertrag vorzunehmen. DEGIRO wird den Kunden über

solche Änderungen in Kenntnis setzen, wonach diese Änderungen für den Kunden anwendbar sein werden, es sei denn, dass der Kunde innerhalb von 14 Handelstagen nach Bekanntgabe der Änderungen DEGIRO schriftlich darüber in Kenntnis setzt, dass der Kunde die Änderungen nicht akzeptiert. Sowohl DEGIRO als auch der Kunde haben in dem Fall das Recht, den Kundenvertrag mit sofortiger Wirkung zu beenden."

Klausel 43 (Sonderbedingungen Debit Geld)

„Wie dies im „Vertrag über Wertpapierdienstleistungen“ niedergelegt ist, kann DEGIRO inhaltliche Änderungen an den Kundenverträgen vornehmen. DEGIRO wird den Kunden über wesentliche Änderungen in Kenntnis setzen. Die jüngste Version der „Sonderbedingungen Debit Geld“ ist auf der Website von DEGIRO zu finden und kann von dort heruntergeladen werden.“

Klausel 49 (Sonderbedingungen Debit Wertpapiere)

„Wie dies im „Vertrag über Wertpapierdienstleistungen“ niedergelegt ist, kann DEGIRO inhaltliche Änderungen an den Kundenverträgen vornehmen. DEGIRO wird den Kunden über wesentliche Änderungen in Kenntnis setzen. Die jüngste Version der „Sonderbedingungen Debit Wertpapiere“ ist auf der Website von DEGIRO zu finden und kann von dort heruntergeladen werden.“

Klausel 51 (Sonderbedingungen für Derivate)

„Wie dies im „Vertrag über Wertpapierdienstleistungen“ niedergelegt ist, kann DEGIRO inhaltliche Änderungen an den Kundenverträgen vornehmen. DEGIRO wird den Kunden über wesentliche Änderungen in Kenntnis setzen. Die jüngste Version der

„Sonderbedingungen für Derivate“ ist auf der Website von DEGIRO zu finden und kann von dort heruntergeladen werden.“

Klagsvorbringen:

Da diese Klauseln der Beklagten ermöglichen würden, unbeschränkt Vertragsänderungen via Erklärungsfiktion herbeizuführen, sowie den Vertrag bei einem Widerspruch des Kunden jederzeit außerordentlich zu kündigen, seien diese gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB sowie intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG.

Weiters würden diese gegen die Vorgaben des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG verstoßen, weil das Schweigen des Kunden stets als Zustimmung gelten solle, sowie gegen Abs 1 Z 5 und Abs 2 Z 3, 4, soweit das einseitige Recht vorbehalten werde, das Entgelt und die Leistung zu ändern.

Beklagtenvorbringen:

Da es hier um einvernehmliche Änderungen im Wege der Erklärungsfiktion gehe, seien § 6 Abs 1 Z 5 und Abs 2 Z 3, 4 KSchG nicht anwendbar. Die Klausel entspreche sehr wohl den Vorgaben nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG und sei sachlich gerechtfertigt, was insbesondere auch für das wechselseitige Kündigungsrecht gelte; eine nähere Konkretisierung sei angesichts ihres breiten Leistungsspektrums unzumutbar. Dem Kunden steht es demgegenüber frei, jederzeit Dienstleistungen von einem Dritten zu beziehen.

Erstgericht:

Das Erstgericht erachtete alle Klauseln aufgrund der Unbeschränktheit der Änderungsmöglichkeiten unter Verweis auf 1 Ob 210/12g für unzulässig iSd § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 3 KSchG.

Berufungsvorbringen:

Die Beklagte argumentiert damit, dass weder nach dem Wortlaut, noch nach dem Kundenverständnis unbeschränkte Änderungen zu erwarten seien. Ohne Erklärungsfiktion würde zudem ihre Tätigkeit praktisch undurchführbar. Hinsichtlich der Klauseln 43, 49 und 51 liege schließlich eine unberechtigte Doppelseintragung vor, weil vom Unterlassungsbegehren auch mit Klausel 1 sinngleiche Klauseln umfasst seien.

Berufungsbeantwortung:

Der Kläger argumentiert mit der strengen Rechtsprechung zur Zustimmungsfiktion und einer Zulässigkeit der gemeinsamen Eintragung.

Berufungsentscheidung:

Nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG ist eine Vertragsbestimmung iSd § 879 ABGB nicht verbindlich, nach der *„ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers als Abgabe oder Nichtabgabe einer Erklärung gilt, es sei denn, der Verbraucher wird bei Beginn der hierfür vorgesehenen Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen und hat zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist“*.

Selbst wenn eine Klausel diesen formalen Voraussetzungen genügt, ist ihre Zulässigkeit aber noch nach § 6 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB zu prüfen. Eine Klausel, die Änderungen des Vertrags im Wege einer Zustimmungsfiktion nach Inhalt und Ausmaß unbeschränkt zulässt und nicht einmal ansatzweise irgendeine Beschränkung erkennen lässt, die den Verbraucher vor dem Eintritt unangemessener Nachteile schützen könnte, verstößt gegen das Transparenzgebot (vgl RS0128865).

Da sich die Beklagte in Klausel 1 vorbehält, „*inhaltliche Änderungen am Kundenvertrag vorzunehmen*“, also nach dem im Verbandsverfahren einzig maßgeblichen Wortlaut alle vertraglichen Bestimmungen jederzeit in jede Richtung abzuändern, genügt sie diesen Anforderungen nicht. Durch den Verweis auf eine unzulässige Bestimmung sind daher auch die Klauseln 43, 49 und 51 zu verbieten (vgl RS0122040).

Soweit die Beklagte hier sowie an anderer Stelle (insb Klauseln 29, 30 und 50) mit einer „unzulässigen Doppeleinklagung bzw Doppelbeanstandung“ argumentiert, weil das Verbot der Klausel 1 sowie „sinngleicher Klauseln“ bereits die sinngleichen Klauseln 43, 49 und 51 umfasse und es dadurch auch zu einer nicht gerechtfertigten Ausweitung der Urteilsveröffentlichung komme, ist folgendes festzuhalten:

Nach § 28 Abs 1 KSchG kann der Kläger grundsätzlich gegen jede unzulässige Bedingung in AGB und Vertragsformblättern vorgehen. Bei Unterlassungsansprüchen, die aus unterschiedlichen Wettbewerbsverstößen resultieren – hier mehrere Klauseln – besteht nach hA auch keine Anspruchsidentität, sodass keine Streitanhängigkeit vorliegt (vgl RS0039179). Ein fehlendes Rechtsschutzbedürfnis läge nur dann vor, wenn der Kläger bereits über einen exekutierbaren Titel verfügen würde, der auch „sinngleiche Klauseln“ umfasst (vgl RS0079417, 2 Ob 215/10x). Um die Verbraucher nicht im Unklaren zu lassen, was „sinngleiche Klauseln“ sind, ist es (jedenfalls in concreto) zudem zulässig, die Urteilsveröffentlichung auf alle unzulässigen und in Verwendung stehenden Klauseln zu erstrecken, um dem Aufklärungszweck (vgl RS0121963) bestmöglich zu

entsprechen. Dies erscheint auch nicht unbillig, liegt die Gestaltung der AGB doch allein in der Sphäre der Beklagten.

Klausel 2

„Falls Änderungen notwendig sind um eine gesetzliche Anforderung zu erfüllen, werden diese Änderungen direkt anwendbar sein, der Kunde hat in dem Fall nicht die Möglichkeit, die vorgenommenen Änderungen nicht zu akzeptieren.“

Klagsvorbringen:

Der Kläger verweist dazu im Wesentlichen auf sein Vorbringen zu Klausel 1, wobei hier erschwerend hinzukomme, dass dem Kunden überhaupt kein Widerspruchsrecht eingeräumt werde. Es gehe nach dem Wortlaut auch nicht ausschließlich um zwingendes Recht.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte argumentiert damit, dass die Klausel lediglich auf zwingendes Recht Bezug nehme, das schon nach allgemeinen Grundsätzen den vertraglichen Vereinbarungen vorgehe, und Änderungen, um gesetzgeberischen Vorgaben zu genügen, jederzeit zulässig sein müssten und sachlich gerechtfertigt seien. Auch werde die Kündigungsmöglichkeit nicht ausgeschlossen.

Erstgericht:

Das Erstgericht erachtete diese Klausel, die sich unter dem Punkt *„Änderung des Vertragsverhältnisses“* finde, für intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, weil die Formulierung weit und größtenteils unbestimmt sei und es allein der Beklagten überlassen sei zu bestimmen, was sie als notwendig erachte, um den gesetzlichen Anforderungen zu genügen.

Berufungsvorbringen:

Die Berufung führt ins Treffen, dass dem Klauselverwender die Möglichkeit gelassen werden müsse, seine AGB an zwingendes Recht anzupassen; nichts anderes regle diese Klausel.

Berufungsbeantwortung:

Der Kläger ruft in Erinnerung, dass die Klausel gerade nicht von zwingendem Recht spreche.

Berufungsentscheidung:

Dem Kläger und dem Erstgericht ist beizupflichten, dass es nach dem Wortlaut der Klausel nicht ausschließlich um eine Umsetzung zwingenden Rechts geht, sondern um *„notwendige Änderungen, um eine gesetzliche Anforderung zu erfüllen“*, wodurch sich sowohl eine gröbliche Benachteiligung, als auch eine Intransparenz ergibt. So bleibt einerseits der Maßstab der „Notwendigkeit“ offen, andererseits könnten „gesetzliche Anforderungen“ bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung auch behördliche Auflagen odgl sein, die allein in die Sphäre der Beklagten fallen und deren Kosten sie entgegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG einseitig überwälzen will.

Klausel 4

„Der Kunde gibt DEGIRO insbesondere das Versprechen, nicht mit Finanzinstrumenten zu handeln, deren Funktionsweise der Kunde nicht vollständig versteht oder die mit einem höheren Risiko verbunden sind, das nicht der Finanzlage des Kunden entspricht.“

Klagsvorbringen:

Die Klausel sei intransparent, weil nicht klar sei, welche Rechtsfolgen aus einem Verstoß gegen das „Versprechen“ des Kunden resultieren würden. Bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung würde sich die

Beklagte dadurch von sämtlichen Warnpflichten und Haftungen befreien.

Beklagtenvorbringen:

Aus Sicht der Beklagten regle diese Klausel weder Warnpflichten, noch Haftungen, zumal sie lediglich ein „Execution-Only-Provider“ sei.

Erstgericht:

Das Erstgericht war, nicht zuletzt aufgrund der Stellung der Klausel im Gesamtkontext, der Ansicht, dass sich die Beklagte damit gegen den Vorwurf der Verletzung von Sorgfaltspflichten gegenüber Privatkunden absichern wolle, die Klausel jedoch intransparent sei, weil dieser Regelungszweck nicht deutlich zum Ausdruck gebracht werde.

Berufungsvorbringen:

Die Berufung macht geltend, dass sich diese Argumentation vom Klagsvorbringen entferne und auch in sich widersprüchlich sei.

Berufungsbeantwortung:

Der Kläger verweist im Wesentlichen auf sein erstinstanzliches Vorbringen.

Berufungsentscheidung:

Aus dem Transparenzgebot kann eine Pflicht zur Vollständigkeit folgen, wenn die Auswirkungen einer Klausel für den Kunden andernfalls unklar bleiben (RS0115219). Ziel des Transparenzgebots ist es, eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung allgemeiner Vertragsbestimmungen sicherzustellen, um zu verhindern, dass der für die jeweilige Vertragsart typische Durchschnittsverbraucher von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird, ihm unberechtigte Pflichten abverlangt werden, ohne dass er

sich zur Wehr setzt, oder er über Rechtsfolgen getäuscht oder ihm ein unzutreffendes oder unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt wird (RS0115219 [T21]).

Da ein Kunde, der sein „Versprechen“ gebrochen hat, und etwa Finanzinstrumente erworben hat, deren Funktionsweise er nicht vollständig versteht, durch diese Formulierung davon abgehalten werden kann, Ansprüche gegen die Beklagte geltend zu machen, selbst wenn diese im Einzelfall Warn- und Aufklärungspflichten getroffen haben, die sogar bei „Execution Only“-Geschäften vorliegen können (zu „Sonderwissen“ einer Depotbank s etwa 4 Ob 50/11y), verstößt diese Klausel gegen § 6 Abs 3 KSchG.

Klausel 5 und 6

Klausel 5:

„Ein etwaiger Verlust, Diebstahl oder Missbrauch des Zugangscodes hat der Kunde DEGIRO umgehend zu melden, und zwar auch dann, wenn Unbefugte auf eine andere Weise Zugang zum Code erhalten haben. Nach Erhalt der Meldung und nach deren Bestätigung gegenüber dem Kunden wird DEGIRO die Nutzung des Zugangscodes blockieren.“

Klausel 6:

„Aufträge, die vor der Blockierung des Codes ausgeführt wurden, erfolgen auf Rechnung und Risiko des Kunden.“

Klagsvorbringen:

Entweder erfolge keine selbstständige Sperre, sondern nur über Meldung des Kunden, was gröblich benachteiligend sei, wenn die Beklagte auf andere Weise davon Kenntnis erlangt habe (hätte erlangen müssen), oder die Klausel sei irreführend, weil dem Konsumenten ein unklares Bild von seinen Rechten und Pflichten vermittelt

werde, sowie überraschend iSd § 864a ABGB. Dasselbe gelte für die Pflicht, „umgehend“ Meldung zu erstatten, und zwar unabhängig von der tatsächlichen Kenntnisnahmemöglichkeit sowie einer zumutbaren Reaktionszeit. Im Übrigen verweise Punkt 12.9 der AGB darauf, dass Nachrichten des Kunden außerhalb der Geschäftszeiten von der Beklagten erst am nächstfolgenden Handelstag gelesen würden, sodass anscheinend der Kunde das Risiko einer verspäteten Reaktion tragen solle, ohne dass er die Möglichkeit hätte, selbst den Zugang zu sperren. Auch blockiere die Beklagte das Konto nach dem Wortlaut der Klausel 5 erst nach einer (Rück-)Bestätigung.

Nach Klausel 6 würde jegliches Risiko pauschal auf den Kunden überwälzt, selbst wenn dieses in die Sphäre der Beklagten falle (etwa wegen eines Hackerangriffs oder Verzögerungen bei der Sperre), sodass diese gröblich benachteiligend sei.

Beklagtenvorbringen:

Nach dem Verständnis der Beklagten sage Klausel 5 nichts über ihre eigenen Pflichten aus. Weder aus dieser, noch Punkt 12.9 sei aber ein Nachteil für den Kunden zu befürchten. „Umgehend“ stelle, anders als „sofort“, sehr wohl auf eine Möglichkeit und Zumutbarkeit ab.

Da Klausel 6 rückbezüglich sei, würden damit eindeutig nur Risiken umfasst, die in der Sphäre des Kunden lägen.

Erstgericht:

Nach den Feststellungen des Erstgerichts erhält der Kunde ein Passwort, mit welchem er über das Internet auf das Online-Portal der Beklagten zugreifen kann. Dabei öffnet sich bei Einwahl in das Online-Portal ein Fenster,

in dem der Kunde seine Kundenkennung (Benutzername) und das Passwort einzugeben hat. Es besteht die Möglichkeit, mittels Link „Passwort vergessen?“ die Option zu wählen, das Passwort zurücksetzen zu lassen. Auf diese Weise kann der Kunde das Passwort ändern. Es konnte nicht festgestellt werden, dass der Kunde auf sonstige Weise, etwa in seinem Online-Profil, eine Funktion vorfindet, die es ihm erlaubt, auf andere Weise sein Passwort zu ändern.

Das Erstgericht ging aufgrund der Formulierung der Klauseln und des Gesamtzusammenhangs davon aus, dass dem Kunden der Eindruck vermittelt werde, er sei allein für den Zugangscode verantwortlich, und zwar selbst dann, wenn Unbefugte auf eine andere Weise als durch Verlust, Diebstahl oder Missbrauch Zugang erhalten hätten, und sämtliche Aufträge, die vor der Sperre ausgeführt würden, unabhängig von seiner Kenntnis jedenfalls zu seinen Lasten gingen, was iSd E 3 Ob 238/06a, 10 Ob 70/07b gröblich benachteiligend sei.

Berufungsvorbringen:

Die Berufung beanstandet, dass das Erstgericht die Klauseln falsch interpretiert habe; dass von diesen auch ein Fall umfasst sei, in dem sie die Verantwortung für den Zugang eines Unbefugten trage, erscheine „realitätsfern“.

Berufungsbeantwortung:

Der Kläger führt ins Treffen, dass die Klauseln nicht nur gröblich benachteiligend seien, sondern auch intransparent.

Berufungsentscheidung:

Dem Kläger kann auch hier beipflichtet werden; je nach Leseart sind die Klauseln gröblich benachteiligend

oder vermitteln dem Kunden ein falsches Bild von seinen Rechten und Pflichten.

So erwecken die Klauseln den Eindruck, dass der Kunde für jegliche unbefugte Verwendung seines Zugangscodes bis zur Sperre durch die Beklagte alleine verantwortlich sei. Eine Klausel wie hier Klausel 6, wonach der Kontoinhaber alle Folgen und Nachteile des Abhandenkommens, der missbräuchlichen Verwendung sowie der Fälschung und Verfälschung trägt, wurde von der Rsp jedoch bereits mehrfach für unzulässig erklärt, wenn damit auch der Ausschluss der Haftung der Bank wegen technischen Missbrauchs für Fälle vereinbart werden soll, in denen - ohne Verschulden des Kunden - die Karte kopiert und der Code in irgendeiner Weise ausgespäht wird (vgl RS0113753).

Hinzu kommt, dass der Kunde laut Klausel 5 „umgehend“ Meldung zu erstatten hat, wobei Verlust, Diebstahl und „Zugangserlangung durch Unbefugte auf eine andere Weise“ wohl dem ebenso genannten „Missbrauch des Zugangscodes“ vorgelagert sind (?), die Beklagte jedoch erst nach Meldung und „Bestätigung“ eine Sperre anordnet, sodass einerseits der genaue Regelungsinhalt unklar ist und andererseits diese Zeitspanne - ungeachtet ihrer Dauer - in die Risikosphäre des Kunden fallen soll, wofür keine sachliche Rechtfertigung ersichtlich ist (s auch 8 Ob 128/17g Klausel 1 und 8 Ob 24/18i Klausel 5 zu einer Meldepflicht bei einem Kreditkartenmissbrauch bzw -diebstahl).

Klausel 9 und 10

„Der Kunde hat die von DEGIRO Daten bereitgestellten [sic] umgehend, jedoch spätestens innerhalb von 24 Stunden, nachdem diese von DEGIRO zur Verfügung gestellt

wurden, zu kontrollieren, um Schäden zu begrenzen, die aufgrund von etwaigen Fehlern entstanden sind. Falls der Kunde entgegen aller Erwartungen keine Übersicht von DEGIRO erhält, setzt der Kunde DEGIRO hierüber umgehend schriftlich in Kenntnis."

„Wenn der Kunde einen Fehler oder Unvollständigkeit entdeckt, muss der Kunde DEGIRO schnellstmöglich darüber informieren. Nach Rücksprache mit dem Kunden wird DEGIRO ermitteln, ob und wie etwaige Fehler behoben werden können. Falls DEGIRO haftbar ist für den aufgrund des Fehlers entstandenen Schaden, beschränkt sich aufgrund des vorherigen Artikels die Haftung für den Schaden, der vom Kunden festgestellt und gemeldet und damit hätte begrenzt werden können, höchstens auf die Höhe des Schadens, den der Kunde erlitten hätte, wenn dieser den Fehler innerhalb der oben genannten 24 Stunden gemeldet hätte."

Das Erstgericht verbot beide Klauseln wegen gröblicher Benachteiligung (Spruchpunkte I.6, I.7).

Die Beklagte erklärt zwar, alle klagsstattgebenden Klauseln zu bekämpfen, die Berufung ist in diesem Punkt jedoch nicht ausgeführt, sodass darauf nicht weiter eingegangen werden muss.

Klausel 11

„DEGIRO ist dazu berechtigt, Fehler ohne Zustimmung des Kunden zu korrigieren oder anderweitig zu beheben und Transaktionen oder Buchungen, welche direkt oder indirekt aus diesen Fehlern resultieren, ohne Zustimmung des Kunden zu stornieren bzw zu korrigieren."

Klagsvorbringen:

Diese Klausel, laut der nicht näher determinierte eigenmächtige Änderungen von Kundenaufträgen durch die

Beklagte selbst ohne Gefahr in Verzug zulässig seien, sei wiederum gröblich benachteiligend und intransparent.

Beklagtenvorbringen:

In ihrem Geschäftsbereich sei die Möglichkeit zum raschen Handeln unabdingbar und sie sei zu einer Fehlerbehebung auch aufsichtsrechtlich verpflichtet, wobei der Begriff „Fehler“ auf einem „objektiven Konzept“ basiere. Soweit möglich und sinnvoll halte sie ohnedies Rücksprache mit dem Kunden.

Erstgericht:

Das Erstgericht verneinte eine derartige, aus der MiFID II-RL oder nationalen Vorschriften resultierende Pflicht und erachtete die Klausel für intransparent, weil nicht klar sei, wessen Fehler auf welche Weise („anderweitig“?) korrigiert würden.

Berufungsvorbringen:

Die Beklagte verweist auf Art 24 MiFID II-RL und § 47 WAG, wonach eine Wertpapierfirma ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse ihrer Kunden zu handeln habe, sowie darauf, dass es unmöglich sei, sämtliche potentiellen Fehlerquellen und deren Behebungsmöglichkeiten aufzulisten.

Berufungsbeantwortung:

Der Kläger hebt hervor, dass sogar Fehler der Beklagten vom Wortlaut erfasst seien, von einem „objektiven Konzept“ keine Rede sein könne und offen bleibe, wie präsumptive Fehler des Kunden überhaupt ohne Rücksprache in seinem Sinne korrigiert werden könnten.

Berufungsentscheidung:

Auch hier genügt es, auf die zutreffenden Ausführungen des Klägers und des Erstgerichts zu verweisen. Inhalt und Reichweite dieser Klausel bleiben

für den Kunden völlig unklar; bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung könnte die Beklagte jederzeit ohne Rücksprache Aufträge des Kunden, wenn sie einen eigenen oder fremden Fehler nach eigenem Gutdünken vermutet, nach Belieben abändern oder stornieren.

Auf eine allfällige andere Handhabung kommt es, wie einleitend bereits ausgeführt, im Verbandsverfahren nicht an.

Klausel 12

„Die von DEGIRO und SPV geführte Buchhaltung kann als Beweismaterial herangezogen werden, es sei denn, dass der Kunde einen Gegenbeweis vorlegen kann.“

Klagsvorbringen:

Die Klausel sei intransparent und verstoße gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG, soweit dem Kunden ein Beweis auferlegt werde, den er von Gesetzes wegen nicht erbringen müsse und mangels näherer Kenntnis der internen Vorgänge auch nicht könne. Die Klausel beziehe sich offenkundig auf den gesamten Artikel 6, also alle Buchungsvorgänge.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte argumentiert, dass die Verwendung ihrer Buchhaltung als Beweismaterial nicht unzulässig sein könne; eine Beweislastumkehr werde nicht normiert.

Erstgericht:

Das Erstgericht schloss sich der Auslegung des Klägers an. Die Passage befinde sich im Artikel 6 über das „Kontoguthaben“, daher ergebe sich zwangsläufig, dass die Buchhaltung als Beweis für sämtliche dort geregelten Fragen wie etwa auch Haftungen herangezogen werden könne; der Halbsatz über den vom Kunden zu erbringenden „Gegenbeweis“ sei entweder unklar oder ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG.

Berufungsvorbringen:

In der Berufung wird damit argumentiert, dass vom Kunden lediglich ein Gegenbeweis und nicht der Beweis des Gegenteils erbracht werden müsse.

Berufungsbeantwortung:

Nach dem Verständnis des Klägers ist der Regelungsinhalt unklar und nachteilig für den Kunden.

Berufungsentscheidung:

Nach § 6 Abs 1 Z 11 KSchG ist eine Klausel unzulässig, mit der *„dem Verbraucher eine Beweislast auferlegt wird, die ihn von Gesetzes wegen nicht trifft“*.

Richtig ist, dass der „Gegenbeweis“ etwas anderes ist als der „Beweis des Gegenteils“: Der Gegenbeweis wird vom Gegner der beweisbelasteten Partei zur Widerlegung von deren Tatsachenbehauptungen geführt. Er muss nicht deren Nichtbestehen erweisen, sondern kann auch die Glaubwürdigkeit und Überzeugungskraft der Beweismittel der beweisbelasteten Partei bekämpfen. Der Beweis des Gegenteils ist ein Hauptbeweis, der vom Gegner einer Partei geführt werden muss, die eine gesetzliche Vermutung für sich hat (*Rechberger/Klicka in Rechberger/Klicka, ZPO⁵ Vor § 266 Rz 18 f*).

Dass hier keine Beweislastumkehr im engeren Sinn normiert wird, wird für den durchschnittlichen Kunden der Beklagten aber nicht nachvollziehbar sein. Dieser wird vielmehr aufgrund der Formulierung der Klausel davon ausgehen, dass er auch für ihn nachteilige Buchungen gegen sich gelten lassen muss, solange er solche nicht mit eigenen Beweisen widerlegen kann, und wird dadurch womöglich von der Geltendmachung von Rechten abgehalten iSd § 6 Abs 3 KSchG.

Klausel 13

„DEGIRO erbringt keine Dienstleistungen im Bereich der Anlageberatung und verwaltet auch nicht das Kontoguthaben. DEGIRO stellt all ihre Dienstleistungen auf der Grundlage des Prinzips Execution Only bereit. Die von Kunden erteilten Orders werden automatisch von den Systemen von DEGIRO ausgeführt und von den Systemen nur gegen die von DEGIRO für den Kunden aufgestellten Obergrenzen überprüft. DEGIRO überwacht oder beurteilt nicht das Kontoguthaben des Kunden. Der Kunde allein entscheidet über und ist verantwortlich für seine Anlagestrategie und Anlageentscheidungen und nur der Kunde ist für seine Orders sowie für die regelmäßige Prüfung seines Kontoguthabens verantwortlich. Der Kunde bestätigt, dass ihm die Risiken bezüglich der Anlage in Finanzinstrumenten auf Basis des „Execution Only“-Grundsatzes bewusst sind und er diese akzeptiert, und keine Positionen eingehen wird, welche zu Verlusten führen können, die sein Vermögen übersteigen.“

Klagsvorbringen:

Da die Klausel nicht bloß auf „nicht komplexe Finanzinstrumente“ iSd § 1 Z 8 WAG 2018 abstelle, verstoße der Ausschluss von Warnpflichten gegen § 58 Z 1 u 3 WAG 2018. Indem die gesetzlich vorgeschriebene Warnung inmitten von umfangreichen AGB versteckt sei, stehe die Klausel auch in Widerspruch mit § 864a ABGB. Weiters sei diese intransparent, soweit die Rechtslage falsch dargestellt werde, und gröblich benachteiligend, weil ohne sachliche Rechtfertigung jegliche Warnpflichten, sogar bei Kenntnis der Beklagten, ausgeschlossen würden. Selbst eine allfällige Anwendbarkeit niederländischen Aufsichtsrecht könne nicht

dazu führen, dass in Österreich ansässigen Verbrauchern der Schutz zwingender Bestimmungen des österreichischen Rechts entzogen werde.

Beklagtenvorbringen:

In einer „Execution Only“-Beziehung liege die Entscheidung, welche Order der Kunde während der Vertragsbeziehung platziere und wie er sein Portfolio gestalte, in dessen alleinigem Verantwortungsbereich. Das WAG 2018 sei auf sie angesichts ihres Sitzes in den Niederlanden nicht anwendbar. Die Klausel sei aber ohnedies eine ausreichende Warnung, finde sie sich doch unter der Überschrift „Verantwortung des Kunden für Investments“. Selbst wenn ein Teil der Klausel unzulässig wäre, dürfte sie nicht insgesamt verboten werden.

Erstgericht:

Unter Bezugnahme auf Art 25 Abs 1 der MiFID II-RL und §§ 1, 58 WAG 2018 hielt das Erstgericht fest, dass die Klausel die einzige Aufklärung iSd § 58 Abs 3 WAG darüber darstelle, dass keine Angemessenheitsprüfung iSd § 57 WAG 2018 erfolge, und damit überraschend und nachteilig für den Kunden sei iSd § 864a ABGB. Darüber hinaus sei diese intransparent, indem sie die Rechtslage falsch wiedergebe, weil die Kreditvergabe durch die Beklagte nicht im Wege des „Execution Only“-Geschäfts erfolgen dürfe, die Klausel jedoch insoweit nicht differenziere. Da die Regelung durch Weglassung einzelner Passagen nicht transparent werde, sei sie insgesamt zu verbieten.

Berufungsvorbringen:

In der Berufung wird beanstandet, dass das Erstgericht das Zusammenspiel der Klausel falsch

beurteilt habe und die Überlegungen zur Unzulässigkeit der Kreditgewährung unrichtig und überschießend seien.

Berufungsbeantwortung:

In der Berufungsbeantwortung wird hervorgehoben, dass die Klausel gerade nicht mit § 58 Z 1 u 3 WAG 2018 in Einklang zu bringen sei.

Berufungsentscheidung:

Die Beklagte übersieht, dass sie gegenüber österreichischen Kunden gemäß § 58 WAG 2018 nur dann auf eine Angemessenheitsprüfung iSd § 57 WAG 2018 verzichten darf, wenn kumulativ mehrere Voraussetzungen vorliegen: So dürfen sich ua die Dienstleistungen nicht auf komplexe Finanzinstrumente gemäß § 1 Z 8 WAG 2018 beziehen und der Kunde muss - wenn auch in standardisierter Form - eindeutig darüber informiert werden, dass der Rechtsträger bei der Erbringung dieser Dienstleistungen die Angemessenheit der Instrumente oder Dienstleistungen, die erbracht oder angeboten werden, nicht gemäß § 57 WAG 2018 prüfen muss und der Kunde daher nicht in den Genuss des Schutzes dieser Wohlverhaltensregeln kommt (s dazu *Brandl/Klausberger* in *Brandl/Saria*, WAG 2018² § 58 Rz 18 ff).

Wie bereits ausgeführt, können zudem selbst bei „Execution Only“-Geschäften allgemeine zivilrechtliche Warnpflichten schlagend werden (vgl 4 Ob 50/11y).

Die Klausel, die auf einem generellen und produkt-, kunden- sowie situationunabhängigen Ausschluss von Warnpflichten aufbaut, der nach § 58 WAG und allgemeinem Zivilrecht gerade nicht vereinbart werden kann, ist somit insgesamt unzulässig und damit auch nicht teilbar.

Klausel 14

„Alle Aufträge, hinsichtlich derer DEGIRO davon ausgehen kann, dass diese vom Kunden erteilt wurden, gehen auf Rechnung und Risiko des Kunden und dürfen von DEGIRO im Kontoguthaben verbucht werden.“

Klagsvorbringen:

Da eine sachliche Rechtfertigung für Aufwandersatzansprüche der Beklagten bei der Ausführung von nicht vom Kunden erteilten Aufträgen und für eine derart undifferenzierte Risikoüberwälzung fehle, sei diese Klausel gröblich benachteiligend (so auch 4 Ob 179/02f). Weil nicht klar sei, wann und warum die Beklagte „davon ausgehen könne“, sei sie auch intransparent.

Beklagtenvorbringen:

Aus Sicht der Beklagten sei dies zulässig, weil für Aufträge der Zugangscode oder sonstige Sicherheitsmerkmale verwendet würden, deren Schutz in die Sphäre des Kunden falle. „Davon ausgehen kann“ beziehe sich eindeutig auf ein mangelndes Verschulden.

Erstgericht:

Das Erstgericht verbot die Klausel unter Berufung auf 2 Ob 133/99v und 4 Ob 179/02f; da Aufträge nicht nur über den Webtrader, sondern auch per E-Mail und telefonisch erteilt werden könnten, sei eine generelle Risikoüberwälzung gröblich benachteiligend.

Berufungsvorbringen:

Die Berufung hält dem entgegen, dass ein Kunde in allen diesen Fällen eine entsprechende Geheimhaltungsmöglichkeit habe und die Kunden der Beklagten weder mit typischen Bankkunden vergleichbar seien noch ein

Fälschungsrisiko von Unterschriften vorliege, wie es die E 4 Ob 179/02f zum Gegenstand gehabt habe.

Berufungsbeantwortung:

Der Kläger erwidert, dass das Risiko von ungültigen Aufträgen grundsätzlich bei der Beklagten liege und dieses mit der Klausel in undeterminierter Weise und ohne sachliche Rechtfertigung überwältzt werden solle.

Berufungsentscheidung:

Dem Kläger ist beizupflichten, dass von dieser Klausel nicht nur Risiken umfasst sind, die der Sphäre des Kunden zuzuordnen sind und von diesem beherrscht werden könnten, und die unbestimmte Wendung „davon ausgehen kann“ keine klare und taugliche Abgrenzung darstellt, zumal sie gerade nicht auf Sphären oder die Einhaltung von bestimmten Sicherheitsmechanismen abstellt.

Klausel 16

„DEGIRO ist dazu berechtigt, Orders verschiedener Kunden zu bündeln und diese dann in gebündelter Form an die Ausführungsstelle (Börse, OTC Counterparty oder sonstige Stelle) weiterzuleiten. DEGIRO wird dies nur dann tun, wenn die Bündelung der Orders aller Voraussicht nach keine Nachteile für die betreffenden Kunden mit sich bringt. Es besteht jedoch die Möglichkeit, dass die Bündelung nachteilig für den Kunden ist.“

Klagsvorbringen:

Auch diese Regelung sei gröblich benachteiligend, weil demnach eine Bündelung auch dann vorgenommen werden könne, wenn eine solche nicht im Interesse des Kunden liege und einer raschen Abwicklung seines Auftrags entgegenstehe, ohne dass die Beklagte für Nachteile

daraus eintreten müsste. Da die Beklagte mit „Quick Order“ werbe, sei sie zudem überraschend iSd § 864a ABGB.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte argumentiert, dass eine Bündelung nicht verboten und für beide Seiten kostenminimierend sei, eine rasche Abwicklung nicht verhindere, ohnedies nur vorgenommen werde, wenn keine Nachteile daraus resultieren würden („Best Execution“-Prinzip), und eine Haftung bei Verschulden keineswegs ausgeschlossen werde.

Erstgericht:

Das Erstgericht legte umfassend dar, dass und warum nach § 65 Abs 1 WAG 2018 Kundenaufträge grundsätzlich nur getrennt bearbeitet werden dürften und welche Voraussetzungen nach dieser Bestimmung sowie Art 28 der MiFID II-RL und Art 68 der delegierten VO 2017/565 für eine Bündelung erfüllt werden müssten, nämlich insbesondere, dass eine Nachteiligkeit „unwahrscheinlich“ sei und jeder Kunde, dessen Auftrag zusammengelegt werden solle, in concreto informiert werde. Da die Regelung der Beklagten diesen Anforderungen nicht genüge, sondern den Kunden im Unklaren lasse und gegebenenfalls benachteilige, sei diese als gröblich benachteiligend zu verbieten.

Berufungsvorbringen:

Die Berufung führt eine Missinterpretation von Art 68 der VO 2017/565 durch das Erstgericht ins Treffen, genüge doch demnach ein genereller Hinweis in den AGB; die geforderte Unwahrscheinlichkeit werde mit der Klausel umgesetzt.

Berufungsbeantwortung:

Der Kläger verweist auf die zutreffende rechtliche Beurteilung des Erstgerichts, die mit der hL in Einklang stehe.

Berufungsentscheidung:

Nach Art 68 lit c der delegierten VO 2017/565 muss jedem Kunden, dessen Auftrag mit anderen zusammengelegt werden soll, mitgeteilt werden, „*dass eine derartige Zusammenlegung in Bezug auf einen bestimmten Auftrag nachteilig sein kann*“, was als Information „vor der Bearbeitung“ verstanden wird, insbesondere über eine allenfalls verzögerte Ausführung (vgl. *Seggermann* in *Brandl/Saria*, WAG 2018² § 65 Rz 25).

Dass dieser Schutzzweck durch eine abstrakte Formulierung in den AGB wie die vorliegende nicht erreicht werden kann, nach der ein Kunde überhaupt nicht abschätzen kann, ob, wann, nach welchen Kriterien und mit welchen Auswirkungen von ihm erteilte Aufträge zusammengelegt werden, und daher auch nicht adäquat reagieren kann, liegt auf der Hand.

Klausel 17

„*DEGIRO ist bestrebt, dem Kunden relevante Informationen zu Kapitalmaßnahmen oder andere Informationen über den Webtrader oder anderweitig zur Verfügung zu stellen. Der Kunde ist sich bewusst und erklärt sich damit einverstanden, dass die von DEGIRO bereitgestellten Informationen nicht immer aktuell oder vollständig sein müssen.*“

Klagsvorbringen:

Die Klausel lasse den Kunden im Unklaren, welche „relevanten Informationen“ in welcher Weise zur Verfügung gestellt würden. Der generelle Haftungsausschluss im

zweiten Satz verstoße gegen § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 1 Z 9, 11 KSchG und sei überraschend iSd § 864a ABGB.

Beklagtenvorbringen:

Weder schulde sie eine Anlageberatung, noch gehe es um rechtsgeschäftliche Willenserklärungen odgl, vielmehr sei dies - auch im Gesamtzusammenhang - bloß eine Leistungsbeschreibung hinsichtlich sonstiger unverbindlicher Informationen.

Erstgericht:

Nach § 49 WAG 2018 müssten sämtliche Informationen, einschließlich Marketingmitteilungen, die ein Rechtsträger an Kunden richte, redlich und eindeutig sein und dürften nicht irreführend sein, was auch für reine Ausführungsgeschäfte gelte. Eine Klausel, nach der „relevante Informationen“ zur Verfügung gestellt würden, gleichzeitig aber jegliche Haftung für deren Richtigkeit ausgeschlossen werde, verstoße gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG.

Berufungsvorbringen:

Die Beklagte führt neuerlich ins Treffen, dass die Klausel auf rein unverbindliche Informationen abstelle, sie als bloßer „Execution Only-Provider“ angesichts der nahezu unüberschaubaren Anzahl von weltweit zur Verfügung stehenden Finanzinstrumenten keine Garantie für deren Aktualität und Vollständigkeit abgeben könne, ein „Disclaimer“ von § 49 WAG auch nicht ausgeschlossen und ein Haftungsausschluss nicht vereinbart werde.

Berufungsbeantwortung:

Der Kläger verweist auf den Wortlaut, wonach relevante Informationen übermittelt würden, die nicht näher präzisiert würden, und eine Haftung für jegliche falsche Information ausgeschlossen werde.

Berufungsentscheidung:

Auch hier kann dem Erstgericht uneingeschränkt beipflichtet werden (§ 500a ZPO). Es geht nicht an, dass die Beklagte ihren Kunden nach eigenem Ermessen in Bezug auf Inhalt, Übermittlungsart und Zeitpunkt Informationen zukommen lässt, die sie als „relevant“ oder offenbar sonst für eine Anlageentscheidung maßgeblich erachtet, gleichzeitig aber jegliche Verantwortung für diese von ihr zusammengestellten Informationen ablehnt; damit liegt auch im „Execution Only-Geschäft“ ein gröblich benachteiligendes Abgehen von § 49 WAG 2018 vor.

Klausel 18 und 19

Klausel 18

„Mit Ausnahme des Custody-Profiles auf der persönlichen Seite erklärt sich der Kunde damit einverstanden, dass DEGIRO die Finanzinstrumente, auf welche sich die Kauforder bezieht bzw die für den Kunden bei SPV geführt werden, entleiht. DEGIRO wird hierbei in allen Fällen als Gegenpartei von SPV auftreten und als solche dazu verpflichtet sein, die entliehenen Wertpapiere zurückzuliefern. Eine kurze Erläuterung zum Vorgang der Entleiherung von Wertpapieren befindet sich im Dokument „Wertpapierdienstleistungen“ in den „Informationen zu den Wertpapierdienstleistungen von DEGIRO“.“

Klausel 19

„Die Entleiherung von Wertpapieren durch DEGIRO wirkt sich nicht auf das Guthaben des Kontos aus, das der Kunde bei SPV führt, da der Kunde gegenüber SPV weiterhin Anspruch auf die von DEGIRO entliehenen Wertpapiere behält. SPV wird jedoch die entsprechenden Wertpapiere zu diesem Zeitpunkt nicht halten, sondern stattdessen (ein

Sicherheitsrecht auf) einen Geldbetrag oder andere Wertpapiere als Sicherheit halten. Die entliehenen Wertpapiere unter Verwaltung von SPV werden von DEGIRO auf einen oder mehrere Kunden aufgeteilt, oder, falls dies nicht zutrifft, anteilig zu ihrem Bestand an solchen Wertpapieren denjenigen Kunden zugewiesen, für welche SPV die Wertpapiere auf dem Konto, wo die Wertpapiere gehalten wurden oder gehalten worden wären, wenn sie nicht entliehen worden wären, hält oder gehalten hätte."

Klagsvorbringen:

Ohne sachliche Rechtfertigung werde damit dem Kunden das Risiko überbürdet, dass die Wertpapiere nicht zurückgegeben werden könnten und/oder der Wert der Sicherheiten unter jenen der entliehenen Wertpapiere sinke. Der letzte Satz der Klausel 19 sei zudem unverständlich.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte argumentiert damit, dass der Kunde den Anspruch auf die Wertpapiere behalte, für eine ausreichende Sicherheit gesorgt werde, sie die maßgeblichen Bestimmungen des niederländischen Rechts sowie § 41 Abs 5 WAG 2018 einhalte und im Zuge des Registrierungsverfahrens von Kunden, die keine Entlehnung wünschten, ein anderes Profil gewählt werden könne.

Erstgericht:

Das Erstgericht stellte dazu Folgendes fest (US 12):

Bei der Profilerstellung für die Nutzung des Online-Tools besteht für den Kunden die Wahlmöglichkeit, einer Entleihung von durch ihn erworbenen Finanzinstrumenten durch die Beklagte zuzustimmen. Es konnte nicht festgestellt werden, wie diese vorzunehmen ist und welche Informationen der Kunde vor der Wahlmöglichkeit erhält.

Davon ausgehend verbot das Erstgericht auch diese Klauseln unter umfassender Auseinandersetzung mit §§ 38, 41 WAG 2018 und den dort normierten Bedingungen sowie dem Depotvertrag. Weder sei eine sachliche Rechtfertigung für die Durchbrechung der Vermögenstrennung ersichtlich, noch für das Informationsdefizit beim Kunden, weil gerade keine „genauen Bedingungen“ festgelegt worden seien. Dass der Kunde statt einem Wertpapier lediglich ein Sicherheitsrecht erhalte, stelle ein deutliches Abgehen von dem dar, was üblicherweise bei einem Depotvertrag erwartet werde, und eine Risikoverschiebung zu seinen Ungunsten. Auch sei die nähere Umschreibung in Satz 2 der Klausel 19 intransparent.

Berufungsvorbringen:

Die Beklagte beanstandet zunächst eine Aktenwidrigkeit, in eventu eine unrichtige Beweiswürdigung, weil sie nicht die Sicherheitsleistung erlege, sondern lediglich für die Sicherheitenbestellung durch den jeweiligen tatsächlichen Empfänger des entliehenen Finanzinstruments Sorge trage, sodass drei Parteien insolvent werden müssten, damit es zu einem Ausfall komme.

Weiters liege ein wesentlicher Verfahrensmangel in einer Verletzung der Manuduktionspflicht vor, soweit das Erstgericht davon ausgegangen sei, dass sie keine sachliche Rechtfertigung vorgebracht habe, ohne ihr Vorbringen dazu mit ihr zu erörtern und den Verweis in der Klausel 18 sowie die Beilage ./9 zu würdigen. Bei der Entleiher handle es sich um einen essenziellen Bestandteil ihres Angebots, der ihr erst die Erbringung von bestimmten Dienstleistungen ermögliche.

In rechtlicher Hinsicht genüge es aus Sicht der Beklagten, dass der Kunde einem Zugriff auf sämtliche Finanzinstrumente zustimme und an anderer Stelle näher über den Vorgang der Entleiherung informiert werde. Im Übrigen könne der Kunde zwischen einem Profil mit und ohne „Custody“ wählen. Da der Gesetzgeber eine derartige Entleiherung ausdrücklich zulasse, bedürfe es keiner weiteren sachlichen Rechtfertigung. Dass die von ihr gewährten Sicherheiten dem Branchenstandard entsprechen würden und ein automatisches Monitoring deren Kontinuität sicherstelle, sei vom Kläger nicht bestritten worden.

Berufungsbeantwortung:

Der Kläger argumentiert va damit, dass weder die Zustimmung, noch die Sicherheiten den gesetzlichen Vorgaben entsprechen würden.

Berufungsentscheidung:

Die Rechtsmittelgründe der Aktenwidrigkeit, Mangelhaftigkeit und unrichtigen Beweiswürdigung können dahingestellt bleiben, sind die Klauseln doch als gröblich benachteiligend zu qualifizieren, auch wenn man das Verständnis der Beklagten zugrunde legt.

Schon nach § 958 ABGB erwirbt der Verwahrer gerade kein Gebrauchsrecht, und nach § 38 Abs 1 WAG 2018 hat ein Rechtsträger, der Kunden gehörende Finanzinstrumente hält, ua zu verhindern, dass diese ohne dessen ausdrückliche Zustimmung für eigene Rechnung verwendet werden. Ausnahmen davon finden sich in §§ 7 f DepotG und § 41 WAG 2018, allerdings nur unter strikten Voraussetzungen, insbesondere einer ausdrücklichen Zustimmung des Kunden „zu genau festgelegten Bedingungen“ (§ 41 Abs 1 Z 1 WAG 2018; anders § 63 Abs 5 WAG 2018, s Klausel 15).

Der Kunde kann somit keine Generalzustimmung im Hinblick auf jedwede Verwendung abgeben, sondern immer nur in einzelne, fest umschriebene Verwendungen einwilligen. Damit soll gewährleistet sein, dass der Kunde mit seiner Zustimmung ein etwaiges Risiko, das mit der jeweiligen Verwendung einhergeht, bewusst in Kauf nimmt (*Zahradnik in Brandl/Saria*, WAG 2018² § 41 Rz 12).

Die generalisierenden Regelungen in den Klausel 18 und 19, die sich schon nach dem Vorbringen der Beklagten auf alle Finanzinstrumente beziehen sollen, und für den Kunden völlig offen lassen, wann auf welche Wertpapiere zu welchen Konditionen und mit welchen Sicherheiten zu wessen Gunsten zugegriffen wird, genügen diesen Anforderungen keineswegs. Dass eine „kurze Erläuterung“ zum „Vorgang“ der Entleihung von Wertpapieren „im Dokument ‚Wertpapierdienstleistungen‘ in den ‚Informationen zu den Wertpapierdienstleistungen von DEGIRO“ aufgefunden werden kann, ist als Pauschalverweis auf eine nicht konkret benannte Stelle weder transparent iSd § 6 Abs 3 KSchG (vgl 6 Ob 120/15p Klausel 44), noch als „ausdrückliche Zustimmung“ zu einer „Verwendung zu genau festgelegten Bedingungen“ iSd §§ 38, 41 WAG 2018 zu verstehen.

Beide Klauseln sind daher schon deswegen zu verbieten, weil sich die Beklagte in gröblich benachteiligender und intransparenter Weise sowie in Außerachtlassung der Voraussetzungen der §§ 38, 41 WAG 2018 Entleihmöglichkeiten einräumen lässt (wobei noch dazu in Klausel 27 die Haftung auf direkte und vorhersehbare Folgen grober Fahrlässigkeit eingeschränkt wird), sodass auf die Frage, ob die Sicherheiten

ausreichend sind und eine Vermögenstrennung vorliegt, nicht eingegangen werden muss.

Klausel 20

„DEGIRO kann von Zeit zu Zeit die Obergrenzen des Sicherheits- und Risikowerts sowie deren Berechnungsmethode anpassen. Die Bemühungen von DEGIRO werden darauf gerichtet sein, den Kunden hierüber rechtzeitig per Email oder über die persönliche Seite zu informieren.“

Klagsvorbringen:

Da sich die Beklagte mit dieser Klausel ohne gerechtfertigten Grund willkürliche Anpassungsmöglichkeiten vorbehalte, und für den Kunden nicht absehbar sei, wann sich seine Rechtsstellung warum und wie verändern könne, sei diese wiederum gröblich benachteiligend und intransparent.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte beruft sich darauf, dass gelegentliche Anpassungen, die auch im Interesse ihrer Kunden seien und sich nicht im Detail vorweg festlegen ließen, in ihrem Geschäftsfeld erforderlich seien und bei diesen ohnehin nicht willkürlich vorgegangen werde, wie sich bereits aus der „Berechnung“ sowie der Bezugnahme auf „Sicherheits- und Risikowerte“ ergebe, die im Kundenvertrag und einem eigenen Informationsblatt auch näher definiert seien.

Erstgericht:

Das Erstgericht setzte sich auch hier anhand der verschiedenen Vertragsgrundlagen umfassend mit der Bedeutung des Sicherheits- und Risikowerts auseinander und hielt resümierend fest, dass diese einer Analyse des Portfolios dienen würden und damit einerseits dem Anlegerschutz. Andererseits sei die Beklagte berechtigt,

bei einer Überschreitung bestimmter Grenzen Positionen zu schließen und Finanzinstrumente des Kunden zu verkaufen. Da die Beklagte ein derartiges Missverhältnis und damit ein Zugriffsrecht durch eine einseitige und nicht näher determinierte Änderung der Werte herbeiführen könne, sei diese Klausel im Ergebnis gröblich benachteiligend.

Berufungsvorbringen:

Die Berufung führt ins Treffen, dass die Regelung sehr wohl sachlich gerechtfertigt sei und die Feststellungen und Erwägungen des Erstgerichts überschießend, weil nicht vom Klagsvorbringen gedeckt; hilfsweise wird ein Verstoß gegen § 405 ZPO geltend gemacht.

Berufungsbeantwortung:

Der Kläger hält dem entgegen, dass er sich in erster Instanz sehr wohl auf eine gröbliche Benachteiligung berufen habe und die Klausel zusätzlich intransparent sei.

Berufungsentscheidung:

Da die Klausel jedenfalls auch intransparent ist, muss nicht näher untersucht werden, ob die (zutreffenden) erstinstanzlichen Erwägungen ausreichend Deckung im Klagsvorbringen finden. Aufgrund der vagen Formulierung der Klausel kann ein Kunde in keiner Weise nachvollziehen, wann, aus welchen Gründen, in welcher Bandbreite und nach welchen Methoden eine Anpassung der Werte erfolgt, welche Folgen für ihn daraus resultieren können und in welchem Verhältnis diese zum „Informationsbemühen“ der Beklagten stehen, sodass er über seine Rechte im Unklaren gelassen wird.

Klausel 21

„Die Art und die Höhe der an DEGIRO zu entrichtenden Entgelte sind im „Preisverzeichnis“ aufgeführt, welches einen Teil der „Informationen zu den Wertpapierdienstleistungen von DEGIRO“ bildet, und von DEGIRO von Zeit zu Zeit angepasst werden kann.“

Klagsvorbringen:

Das Recht, jederzeit uneingeschränkt das vereinbarte Entgelt zu erhöhen bzw neue Entgelte einzuführen, verstoße gegen § 6 Abs 1 Z 5 und Abs 3 KSchG sowie § 879 Abs 3 ABGB. Im Preisverzeichnis seien die verschiedensten Dienstleistungs- und sonstige Bearbeitungsgebühren genannt.

Beklagtenvorbringen:

Nach dem Verständnis der Beklagten sei die Klausel durch die Wendungen „von Zeit zu Zeit“ und „angepasst“ ausreichend determiniert. Im Übrigen sei der jeweilige Einzelauftrag maßgeblich und das zum Zeitpunkt seiner Erteilung aktuelle Entgelt.

Erstgericht:

Nach Ansicht des Erstgerichts könne die Klausel nicht mit § 6 Abs 1 Z 5 KSchG in Einklang gebracht werden, zumal die Preisliste auch Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Depotgestaltung und -verwaltung umfasse.

Berufungsvorbringen:

Die Beklagte beharrt auf ihrem Vorbringen, dass laufende Entgelte nicht geändert würden.

Berufungsbeantwortung:

Der Kläger verweist im Wesentlichen auf sein erstinstanzliches Vorbringen.

Berufungsentscheidung:

Eine Klausel, wonach dem Unternehmer für seine Leistung ein höheres als das bei der Vertragsschließung bestimmte Entgelt zusteht, muss gemäß § 6 Abs 1 Z 5 KSchG die für die Entgeltänderung maßgebenden Umstände umschreiben, die sachlich gerechtfertigt sein müssen und nicht vom Willen des Unternehmers abhängen dürfen; überdies muss sie auch eine Entgeltsenkung vorsehen.

Die Bestimmung der Beklagten, wonach sie jederzeit alle Arten von Entgelten nach beliebigen Ermessen erhöhen bzw einführen kann, also auch für Leistungen aus dem Dauerschuldverhältnis, indem sie schlicht das Preisblatt ändert bzw ergänzt, ohne zu einer Senkung verpflichtet zu sein, genügt diesen Voraussetzungen nicht.

Klauseln 24 und 42

Klausel 24

„DEGIRO kommuniziert grundsätzlich mit Kunden in der englischen oder niederländischen Sprache. DEGIRO ist nicht gehalten, mit Kunden in einer anderen Sprache zu kommunizieren.“

Klausel 42

„Zur Annehmlichkeit ihrer Kunden stellt DEGIRO den Kundenvertrag in mehreren Sprachen zur Verfügung. Im Streitfall ist jedoch die englische Version des Kundenvertrags und nicht dessen Übersetzung entscheidend. Die englische Version des Kundenvertrags ist auf www.degiro.ie zu finden.“

Klagsvorbringen:

Angesichts des Angebots in deutscher Sprache und der Ausrichtung auf Österreich bestünde eine berechtigte Erwartungshaltung des Verbrauchers, auch die weitere Korrespondenz auf Deutsch abwickeln und Dienste in

deutscher Sprache nutzen zu können. Klausel 24 sei daher überraschend iSd § 864a ABGB, gröblich benachteiligend und auch intransparent, weil nicht klar sei, was unter „grundsätzlich“ zu verstehen sei.

Klausel 42 sei ebenso nachteilig und überraschend iSd § 864a ABGB, weil demnach die Sprachfassung des Abschlusses in Streitfällen nicht relevant sein solle.

Beklagtenvorbringen:

Klausel 24 sei keineswegs überraschend, weil sie sich unter der Überschrift „Sprache“ finde, sie wiederholt auf ihren Sitz in den Niederlanden hinweise, und gerade in dieser Branche die vorherrschende Sprache Englisch sei, und regle auch nur die individuelle Kommunikation. Insofern sei es ihr angesichts ihres internationalen Auftretens nicht zumutbar, Mitarbeiter für alle erdenklichen Sprachen anzustellen.

Da ihr durchschnittlicher Kunde über die erforderlichen Kenntnisse der englischen Sprache verfüge, müsse es ihr unbenommen bleiben, die englische Sprachfassung für maßgeblich zu erklären.

Erstgericht:

Das Erstgericht stellte fest (US 11), dass die Beklagte die Website www.degiro.at in deutscher Sprache betreibt und auf der Unterseite www.degiro.at/helpcenter/kontakt.html darüber informiert, dass Nutzer ihren Kunden- und Orderservice unter +43 (0)720 884233 erreichen oder eine Nachricht an kundenservice@degiro.at schicken können, und auch (Werbe-)Maßnahmen setzt, um österreichische Kunden zu gewinnen.

Ein österreichischer Kunde rechne somit weder damit, dass in den AGB Deutsch als Kommunikationssprache ausgeschlossen werde, noch dass die ihm vorliegende AGB-

Fassung nicht gelten solle. Warum es für die international agierende Beklagte nicht zumutbar sein solle, eine Kommunikation auf Deutsch anzubieten, obwohl sie ihre Geschäftstätigkeit auf Österreich, Deutschland und die Schweiz ausrichte, und das Risiko von Abweichungen zwischen den Sprachfassungen auf den Kunden verlagert werde, sei nicht ersichtlich. Die Klauseln seien daher gemäß §§ 864a, 879 Abs 3 ABGB zu verbieten.

Berufungsvorbringen:

Die Beklagte argumentiert damit, dass man ihr nicht vorschreiben könne, in welcher Sprache sie ihre Dienstleistungen anbiete, und es hier keineswegs um ihre Dienste oder die Vertragsgrundlagen gehe, sondern um individuelle Kommunikation. Da sie ein Diskont-Online-Broker sei, sei die Einstellung von qualifiziert Sprachkundigen für jedes Land unzumutbar, was auch ihren Kunden bewusst sei, für die hingegen eine Kommunikation auf Englisch problemlos möglich sei. Daher sei es auch ein legitimes Interesse, über eine einzige maßgebliche Sprachfassung der AGB, nämlich die englische, zu verfügen.

Berufungsbeantwortung:

Die Berufung verweist auf den Eindruck, den die Beklagte mit ihrem Geschäftsauftritt erweckt, und die Nachteiligkeit des Ausschlusses der deutschen Sprache für österreichische Konsumenten.

Berufungsentscheidung:

§ 864a ABGB ist eine Regelung zur Geltungs- und nicht zur Inhaltskontrolle (vgl RS0014659, RS0037089). Diese Bestimmung erfasst daher nachteilige Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts in AGB oder Vertragsformblättern, mit denen nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde

nicht zu rechnen war (vgl RS0105643), eine gröbliche Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB wird hingegen nicht vorausgesetzt (vgl RS0123234). Objektiv ungewöhnlich ist eine Klausel, die von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, mit der er also nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen brauchte; der Klausel muss somit ein Überraschungseffekt oder Übertölpelungseffekt innewohnen (RS0014646; vgl auch RS0014627).

Angesichts des gesamten Geschäftsauftritts der Beklagten auf Deutsch unter der Top-Level-Domain .at, Kontaktmöglichkeiten über eine österreichische Telefonnummer sowie einer .at-Adresse und einem Vertragsabschluss auf Deutsch müssen Kunden nicht damit rechnen, dass sich auf S 24/25 in Unterpunkt 8. des Artikels 12 „*Information, Kommunikation*“ sowie auf S 31 in Unterpunkt 6. des Artikels 17 „*Streitsachen*“, wenn auch unter der Sub-Überschrift „*Sprache*“, Klauseln finden, die eine Kommunikation auf Deutsch und die Anwendbarkeit der deutschsprachigen AGB ausschließen. Diese Regelungen sind zweifellos nachteilig für den Kunden, und zwar sogar gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, kann sich die Beklagte demnach doch weigern, Beschwerden oder etwa auch einen „Gegenbeweis“ iSv Klausel 12 = Punkt 6.16 ihres Kunden zu behandeln, solange sie nicht übersetzt werden, während einem Verbraucher eine ihm unbekannt Version der AGB in einer anderen als seiner Muttersprache entgegengehalten werden kann (in diesem Sinne jüngst 1 R 177/19k Klausel 40 [nicht rk]). Fremdsprachige AGB sind im Übrigen nur dann wirksam vereinbart, wenn in der Verhandlungs- und Vertragssprache auf diese hingewiesen wurde und der

Vertragspartner eine uneingeschränkte Annahmeerklärung abgegeben hat (vgl. RS0112313, RS0118970).

Warum es einem niederländischen Unternehmen, das im gesamten deutschsprachigen Raum tätig ist, unzumutbar sein soll, deutschsprachige Mitarbeiter nicht nur für die Betreuung der Website und der Dienste sowie der Vertragsgrundlagen, sondern auch die sonstige Kommunikation zu beschäftigen, ist nicht ersichtlich.

Klausel 25

„Die Vertragsparteien kommen überein, dass jedwede schriftliche Kommunikation per Post, per E-Mail oder über die Website erfolgen kann.“

Klagsvorbringen:

Die Klausel sei intransparent und gröblich benachteiligend, weil für den Konsumenten offenbleibe, auf welchem Kommunikationskanal er mit welcher Erklärung rechnen müsse, und verstoße auch gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG, soweit damit ein Zugang fingiert werde, va bei einer Veröffentlichung auf der Website.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte argumentiert damit, dass die Klausel nur selbstverständliche Kommunikationsformen nenne und nichts über einen Zugang aussage.

Erstgericht:

Das Erstgericht arbeitete heraus, dass die AGB keine ausdrücklichen Bestimmungen über den Zugang von Mitteilungen enthalten würden und nach dem weiten Wortlaut der Klausel rechtsgeschäftlich relevante Erklärungen von der Beklagten allein durch Veröffentlichung auf degiro.at oder Unterseiten abgegeben werden könnten, was gröblich benachteiligend sei iSd § 879 Abs 3 ABGB.

Berufungsvorbringen:

Die Berufung hält dem entgegen, dass bei einer objektiven Betrachtung ausschließlich eine Kommunikation über den persönlichen Webtrader gemeint sei.

Berufungsbeantwortung:

Der Kläger verweist auf die von ihm zusätzlich geltend gemachte Intransparenz.

Berufungsentscheidung:

Selbst wenn man „Website“ als „Webtrader“ versteht, oder die Klausel auf eine Kommunikation per Post und E-Mail reduzieren würde, bleibt offen, welche Arten von Erklärungen auf welchem Weg übermittelt werden und ob und wann der Kunde solche gegen sich gelten lassen muss (zB Klausel 31, 32: „auf erste Aufforderung“), sodass diese Regelung den Kunden im Unklaren über seine Rechte und Pflichten lässt und daher gegen § 6 Abs 3 KSchG verstößt. Versteht man „Kommunikation“ iSv Klausel 24, könnte die Beklagte ihren Informations- und Verständigungspflichten zudem schon durch die Übermittlung eines niederländischen Textes genügen, was einen österreichischen Konsumenten zweifellos gröblich benachteiligt.

Klausel 27

„Der Haftungsumfang beschränkt sich auf Schäden, welche die direkte und vorhersehbare Folge grober Fahrlässigkeit (in Niederländisch: grove schuld) seitens DEGIRO sind.“

Klagsvorbringen:

Der generelle Ausschluss für leichte Fahrlässigkeit sowie die Beschränkung der Haftung auf direkte und vorhersehbare Folgen sei, insbesondere wenn er sich auch auf Hauptpflichten beziehe, gröblich benachteiligend und verstoße gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG (4 Ob 179/02f).

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte argumentiert damit, dass sie und ihre Investoren nicht mit einer Bank und durchschnittlichen Bankkunden vergleichbar seien, weswegen nicht wie zu 4 Ob 179/02f von einer verdünnten Willensfreiheit auszugehen sei, und die Schadenersatzpflicht schon von Gesetzes wegen durch die Adäquanz begrenzt sei.

Erstgericht:

Das Erstgericht qualifizierte die Klausel dennoch als gröblich benachteiligend, weil auch im Verhältnis Beklagte - Verbraucher eine verdünnte Willensfreiheit vorherrsche, angesichts des Dauerschuldverhältnisses Umfang und Wirkungen des Haftungsausschlusses, der sogar Hauptpflichten umfasse, für den Kunden nicht vorhersehbar seien und eine sachliche Rechtfertigung nicht dargelegt worden sei. Die Einschränkung auf direkte und vorhersehbare Folgen sei überdies intransparent.

Berufungsvorbringen:

Die Berufung argumentiert im Wesentlichen mit den Unterschieden zwischen der hier zu beurteilenden Konstellation und jener zu 4 Ob 179/02f.

Berufungsbeantwortung:

Der Kläger verweist darauf, dass sich die Beklagte selbst als einer der größten Broker Europas bezeichne und an einer entsprechenden Verhandlungsmacht nicht gezweifelt werden könne.

Berufungsentscheidung:

Aus § 6 Abs 1 Z 9 KSchG kann nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass jeder Ausschluss für leicht fahrlässig herbeigeführte Schäden in AGB zulässig wäre (vgl RS0050109 [T4]). Der OGH hat in nunmehr stRsp Klauseln, wonach Kreditinstitute nicht für leicht

fahrlässig verursachte Schäden haften, als gegen § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 1 Z 9 KSchG verstoßend verboten (vgl RS0117267). Diese Rechtsprechung ist aber keineswegs auf Kreditinstitute beschränkt (s dazu RS0130673, RS0050109; zB 5 Ob 87/15b: Fitnessstudios).

Abgesehen davon, dass eine verdünnte Willensfreiheit zwischen einem international agierenden Broker-Unternehmen mit länderübergreifend standardisierten Vertragsgrundlagen und einem Verbraucher auf der Hand liegt, ist insbesondere keine sachliche Rechtfertigung für den Ausschluss von typischen Folgen aus der Verletzung einer der Hauptleistungspflichten der Beklagten wie etwa der Verwahrung ersichtlich (vgl RS0130673 [T1], RS0050109 [T8]), weswegen das Erstgericht den Haftungsausschluss zu Recht als gröblich benachteiligend verboten hat.

Klausel 28

„DEGIRO führt alle Aktivitäten in Bezug auf Aufträge, Geldmittel und Finanzinstrumente im eigenen Namen aus; SPV führt ebenfalls Geldmittel und Finanzinstrumente im eigenen Namen, zu jedem Zeitpunkt jedoch auf Rechnung und Risiko des Kunden. Der Kunde wird DEGIRO gegenüber Ansprüchen von Drittparteien schadlos halten, insofern entsprechende Ansprüche bzw Schäden untrennbar mit den Dienstleistungen von DEGIRO verbunden und nicht das Ergebnis schuldhafte[n] bzw fahrlässigen Handelns (niederländisch: verwijtbaar handelen) seitens DEGIRO sind.“

Klagsvorbringen:

Da völlig unklar sei, welche Ansprüche von Drittparteien unter welchen Voraussetzungen überwältzt werden sollen, sei die Klausel intransparent.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte verweist auf die Überschrift „Haftungsausschluss“ und darauf, dass es hier eindeutig um verschuldensabhängige Regressansprüche gegen den Kunden gehe.

Erstgericht:

Das Erstgericht arbeitete heraus, dass die Klausel zwar mit „Haftungsausschluss“ betitelt sei, es inhaltlich aber um etwas anderes gehe, nämlich offenbar eine Schadloshaltung, deren näherer Inhalt durch die unklare Bezugnahme auf „Dritte“ und teils Ansprüche, teils Schäden nicht nachvollziehbar sei.

Berufungsvorbringen:

Aus Sicht der Beklagten könne sich ein Kunde sehr wohl ein Bild davon machen, wofür er einzustehen habe.

Berufungsbeantwortung:

Der Kläger bestreitet dies.

Berufungsentscheidung:

Dem ist beizupflichten; so bleibt völlig offen, warum die ersten beiden Sätze zwischen der Beklagten und SPV unterscheiden, während der dritte auf Ansprüche von nicht näher spezifizierten „Drittparteien“ gegen die Beklagte abstellt, und dort nochmals zwischen „Ansprüchen und Schäden“ sowie „schuldhaften bzw fahrlässigen Handeln“ unterschieden wird. Damit ist für einen Kunden in keiner Weise nachvollziehbar, aus welchem Grund, in welcher Konstellation und in welchem Umfang er für Schäden, die sich im Bereich der Beklagten ereignet haben, in Anspruch genommen werden kann. Ebenso ist das Verhältnis zu den Klauseln 29 und 30 unklar.

Klauseln 29 und 30

Klausel 29

„DEGIRO haftet nicht für Schäden, die aufgrund von Fehlern von Dritten entstanden sind, es sei denn, dass diese Dritte von DEGIRO selbst beauftragt wurden und dass die Schäden auf die grobe Schuld von DEGIRO in Bezug auf die Auswahl und Überwachung dieser Drittunternehmen zurückzuführen sind.“

Klausel 30

„Zur Erbringung ihrer Dienstleistungen nutzt DEGIRO die Dienste verschiedener Dritter, wie zum Beispiel von Börsen, Brokern, Clearing Members, OTC-Gegenparteien, Datenlieferanten usw. DEGIRO haftet nicht für Schäden, die aufgrund von Fehlern von Dritten entstanden sind, es sei denn, dass diese Dritte von DEGIRO selbst beauftragt wurden und dass die Schäden auf die grobe Schuld von DEGIRO in Bezug auf die Auswahl und Überwachung dieser Drittunternehmen zurückzuführen sind. Wenn DEGIRO nicht für Verluste des Kunden verantwortlich ist, die diesem aufgrund der Vorgehensweise eines direkt von DEGIRO beauftragten Dritten entstanden sind, kann DEGIRO den Kunden in gewissen Fällen bei der Schadenersatzforderung unterstützen.“

Klagsvorbringen:

Da sich die Beklagte mit diesen Klauseln einerseits die Möglichkeit vorbehalte, eigene Leistungen unbeschränkt weiterzugeben, andererseits dafür aber eine Haftung nach § 1313a ABGB ausschließen wolle, seien diese wiederum gröblich benachteiligend und würden gegen § 6 Abs 2 Z 2 KSchG verstoßen (4 Ob 179/02f).

Beklagtenvorbringen:

Zu Klausel 30 verweist die Beklagte auf ihr Vorbringen zu Klausel 27; gerade bei den hier genannten Dritten wäre es ein „Unding“, würde sie bereits bei leichter Fahrlässigkeit haften, zumal Fehler durch Dritte schwerer zu vermeiden wären. Eine Überbindung des Vertragsverhältnisses oder von Verpflichtungen werde damit nicht ermöglicht, und auch der Umfang des Haftungsausschlusses sei eindeutig. Betreffend die Klausel 29 ortete die Beklagte wieder eine „unzulässige Doppelbeanstandung“.

Erstgericht:

Das Erstgericht sah die Einklagung beider Klauseln unter verschiedenen Aspekten als zulässig an und in dem sachlich nicht gerechtfertigten Ausschluss von § 1313a ABGB eine gröbliche Benachteiligung der Kunden der Beklagten iSd E 4 Ob 179/02f; da diese die „Dritten“ beauftrage, liege es an ihr das Risiko zu begrenzen. Eine Haftungsbegrenzung nach § 3 DepotG für einen Drittverwahrer bedürfe einer individuell ausgehandelten Vereinbarung iSd § 6 Abs 2 Z 2 KSchG.

Berufungsvorbringen:

Die Berufung wendet sich gegen das gesonderte Verbot der Klausel 29, weil diese bereits von Klausel 30 umfasst sei und damit nicht zuletzt der Umfang des Urteilsveröffentlichungsbegehrens unsachlich ausgedehnt werde. Der Ausschluss für Haftungen für Dritte sei sehr wohl sachlich gerechtfertigt, noch dazu im Massengeschäft mit einer Unmenge an möglichen Fehlerquellen, wobei gerade die in Klausel 30 genannten Dritten strengen aufsichtsrechtlichen Regelungen unterliegen würden.

Berufungsbeantwortung:

Nach dem Verständnis des Klägers ziele Klausel 29 auf „normale Erfüllungsgehilfen“ ab und Klausel 30 auf Drittverwahrer, sodass schon kein sinngleicher Regelungsgehalt vorliege. Der umfassende Haftungsausschluss sei vom Erstgericht zu Recht als gröblich benachteiligend beurteilt worden.

Berufungsentscheidung:

Zum - unberechtigten - Argument der „unzulässigen Doppelbeanstandung“ wird auf die Ausführungen zu Klausel 1 verwiesen.

Ungeachtet des unklaren Verhältnisses dieser Regelungen zu Klausel 28 will die Beklagte damit offenbar entgegen § 1313a ABGB jegliche Haftung für durch Dritte verursachte Schäden auf ein grobes Auswahl- und Überwachungsverschulden beschränken; eine sachliche Rechtfertigung dafür ist nicht erkennbar, zumal es gerade die Beklagte und nicht der Kunde in der Hand hat, dass und welche Dritte beauftragt werden. Die Klausel ist damit gröblich benachteiligend (vgl 5 Ob 87/15b Klausel 13).

Klausel 31

„SPV ist eine passive Einheit, die selbst keine Aktivitäten ausführt. Alle Aktivitäten für SPV werden de facto von DEGIRO ausgeführt. Die Haftbarkeit seitens SPV beschränkt sich auf Schäden, welche die direkte und vorhersehbare Folge aus Fahrlässigkeit (in Niederländisch: verwijtbare tekortkoming) von SPV sind. DEGIRO garantiert gegenüber dem Kunden, dass SPV seine Verpflichtungen und Haftungen gegenüber dem Kunden erfüllt. Der Kunde erklärt sich nachdrücklich und unwiderruflich damit einverstanden, dass er im Falle der

Nichterfüllung bzw des Ausfalls von DEGIRO und/oder SPV nur aus den von DEGIRO gehaltenen Vermögenswerten und nicht aus den von SPV auf Rechnung der Kunden von DEGIRO gehaltenen Positionen Schadenersatz erhalten kann."

Klagsvorbringen:

Auch dieser Haftungsausschluss sei gröblich benachteiligend und intransparent und verstoße überdies gegen § 6 Abs 1 Z 9, Abs 2 Z 5 KSchG.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte verweist darauf, dass die Haftung bei leichter Fahrlässigkeit hier gerade nicht ausgeschlossen werde und daher die Beschränkung auf bestimmte Vermögenswerte angemessen sei. Im Übrigen sei die Beklagte schon aufgrund der MiFID II-RL zu einer Trennung von eigenem und Kundenvermögen (SPV) verpflichtet. Auch gehe es hier nicht um körperliche Schäden.

Erstgericht:

Auch wenn hier keine Beschränkung auf grobe Fahrlässigkeit vorgenommen werde, ergebe sich die gröbliche Benachteiligung daraus, dass die Kunden nicht auf vom SPV im eigenen Namen gehaltenes Kapital bzw Finanzinstrumente zugreifen könnten. Wenn diese gar keine eigenen Vermögenswerte hätten, laufe deren Haftung überhaupt ins Leere.

Berufungsvorbringen:

Die Beklagte argumentiert damit, dass eine Haftung des SPV als Drittverwahrer nicht mit der gesetzlich vorgesehenen Absicherung der Aussonderungsrechte in Einklang zu bringen sei. Allfällige Nachteile für den Kunden würden durch ihre Garantie ausgeglichen.

Berufungsbeantwortung:

Der Kläger hält die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts für zutreffend.

Berufungsentscheidung:

Die Klausel ist schon deswegen unzulässig, weil sie sowohl für sich, als auch in Zusammenschau mit Klausel 28, wonach *„SPV Geldmittel und Finanzinstrumente im eigenen Namen, zu jedem Zeitpunkt jedoch auf Rechnung und Risiko des Kunden führt“* intransparent ist, indem sie dem Kunden kein klares Bild von den Pflichten des SPV und seinen Rechten vermittelt. So ist schon unklar, wer im Verhältnis Degiro - SPV - Kunde Schuldner und wer Erfüllungsgehilfe ist und somit in einem allfälligen Haftungsprozess passivlegitimiert, und um welche Leistungen es geht, sodass auch nicht abschätzbar ist, was insofern als „direkte und vorhersehbare Folge“ in Betracht kommt. Soweit durch den letzten Satz jeglicher Zugriff auch auf eigenes Vermögen des SPV ausgeschlossen werden soll, weil eine Befriedigung „nur aus den von Degiro gehaltenen Vermögenswerten“ erfolgen soll, ist sie zudem gröblich benachteiligend und daher insgesamt zu verbieten.

Klauseln 32 und 33

Klauseln 32

„Als Sicherheitsleistung für alle Forderungen, die DEGIRO und SPV zu einem beliebigen Zeitpunkt gegenüber dem Kunden geltend machen können, verpflichtet sich der Kunde dazu, auf die erste Aufforderung hin eine Sicherheitsleistung in ausreichender Höhe zu hinterlegen.“

Klausel 33

Der Kunde verpflichtet sich gegenüber DEGIRO und SPV, auf die erste Aufforderung von DEGIRO hin zusätzliche Sicherheitsleistungen zur Deckung bestehender und zukünftiger Forderungen von DEGIRO und SPV zu hinterlegen."

Klagsvorbringen:

Es sei völlig unklar, warum welche Sicherheitsleistungen wofür in welcher Höhe vom Kunden, noch dazu auf erste Aufforderung, erlegt werden müssten, sodass auch diese Bestimmungen intransparent und gröblich benachteiligend seien.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte bringt vor, dass die Klauseln durch die Bezugnahme auf eine ausreichende Höhe der Abdeckung von Forderungen eindeutig und gerechtfertigt seien. Eine nähere Festlegung sei angesichts der Veränderlichkeit der Werte und des Anlageverhaltens des Kunden nicht möglich und werde vom dispositiven Recht auch nicht verlangt.

Erstgericht:

Das Erstgericht verwies darauf, dass sich die Beklagte in Art 14.2 ein Pfandrecht an den verwahrten Finanzinstrumenten einräumen lasse. Eine sachliche Rechtfertigung für weitere Sicherheitsleistungen habe von ihr, die sich nur als „Execution Only“-Wertpapierdienstleister verstehe, nicht dargelegt werden können, weswegen diese umfassenden Verpflichtungen, die mit einem formlosen und fristlosen Beendigungsrecht nach Art 16.6 einhergehen würden, gröblich benachteiligend seien.

Berufungsvorbringen:

In der Berufung wird damit argumentiert, dass die Verpflichtung zum Erlag von Sicherheitsleistungen nicht überschießend sei, weil dieser ohnedies nur in ausreichender Höhe zur Deckung von Forderungen erfolgen müsse.

Berufungsbeantwortung:

Die Berufungsbeantwortung verweist auf die zusätzliche Intransparenz und 8 Ob 49/12g.

Berufungsentscheidung:

Die einseitige und schrankenlose Pflicht des Kunden, über erste Aufforderung eine vorweg nicht näher spezifizierte und determinierte Sicherheitsleistung, noch dazu zusätzlich zum Pfandrecht und gegebenenfalls mehrfach, erlegen zu müssen, die weder in Relation zu bereits entstandenen Forderungen aus der Geschäftsbeziehung stehen muss, noch zukünftige näher umschreibt, ist zweifellos intransparent und gröblich benachteiligend (vgl auch 8 Ob 49/12g).

Klausel 34

„Es ist dem Kunden nicht gestattet, ohne die schriftliche Zustimmung von DEGIRO die im Rahmen des vorliegenden Vertrags gewährten Rechte und die eingegangenen Verpflichtungen gegenüber DEGIRO zu übertragen oder zu belasten.“

Klagsvorbringen:

Diese Klausel verstoße gegen § 10 Abs 3 KSchG, weil eine formlose Erklärung des Unternehmers oder seiner Vertreter zum Nachteil des Verbrauchers ausgeschlossen werde (7 Ob 84/12x, Klausel 6). Da keine sachliche Rechtfertigung für das Abtretungs- und Verpfändungsverbot

vorliege, sei dieses weiters gröblich benachteiligend (7 Ob 234/06x).

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte argumentiert damit, dass die Klausel nichts über eine Wirksamkeit der Übertragung bzw Belastung aussage und sich die sachliche Rechtfertigung schon aus dem Umstand ergebe, dass sie aufsichtsrechtlich verpflichtet sei, ihre Kunden zu kennen („know your customers“).

Erstgericht:

Das Erstgericht verbot die Klausel unter Berufung auf 7 Ob 84/12x und 8 Ob 132/15t wegen eines Verstoßes gegen § 10 Abs 3 KSchG.

Berufungsvorbringen:

Die Beklagte führt dagegen ins Treffen, dass die zu 8 Ob 132/15t zu beurteilende Klausel von einem Können gesprochen habe, während sie bloß auf ein Dürfen abstelle, und nichts über die Wirksamkeit aussage.

Berufungsbeantwortung:

Der Kläger verweist auf die zutreffende Beurteilung des Erstgerichts.

Berufungsentscheidung:

Nach § 10 Abs 3 KSchG kann die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers oder seiner Vertreter nicht zum Nachteil des Verbrauchers vertraglich ausgeschlossen werden. Schon das Abstellen auf eine „schriftliche Zustimmung“ ist somit rechtswidrig. Hinzu kommt, dass die Klausel je nach Verständnis entweder intransparent ist, sofern sie dem Kunden ein unzutreffendes Bild von seiner Rechtsposition vermittelt, oder gröblich benachteiligend, soweit damit ein umfassendes (und einseitiges, vgl Klausel 35) Abtretungs-

und Verpfändungsverbot vereinbart werden soll, das sich insbesondere auch auf Ansprüche erstreckt, die nicht im Zusammenhang mit einer laufenden Kundenbeziehung stehen, zB Schadenersatz- oder Beendigungsansprüche oder die Abtretung an einen in § 29 KSchG genannten Verband (vgl 7 Ob 201/05t Klausel g; 6 Ob 85/11k Pkt 2.).

Klausel 35

„Falls DEGIRO die im Rahmen des vorliegenden Vertrags gewährten Rechte und/oder die eingegangenen Verpflichtungen gegenüber dem Kunden übertragen möchte, ist DEGIRO hierzu berechtigt, sofern es den Kunden zehn Handelstage zuvor hierüber schriftlich in Kenntnis gesetzt hat.“

Klagsvorbringen:

Die Möglichkeit, die eingegangenen Verpflichtungen mit schuldbefreiender Wirkung auf einen nicht namentlich genannten Dritten zu überbinden, hätte gemäß § 6 Abs 2 Z 2 KSchG im Einzelnen ausgehandelt werden müssen. Auch bleibe offen, ob sich diese Bestimmung lediglich auf DEGIRO II beziehe, wie in der nächsten Klausel genannt, oder ein anderes Unternehmen. Eine Teilung der Klausel sei nicht möglich.

Beklagtenvorbringen:

Die Klausel sei nicht intransparent, weil DEGIRO II eindeutig nur als Beispiel genannt werde. Ein Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z 2 KSchG liege nicht vor, weil der Kunde ohnehin verständigt werde. Soweit sich diese auf Rechte beziehe, die von dieser Bestimmung nicht umfasst seien, müsse mit einer Teilabweisung vorgegangen werden (10 Ob 70/07b).

Erstgericht:

Das Erstgericht ging von einem Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z 2 KSchG aus und einer zu engen Verknüpfung, um einen Teil der Klausel bestehen zu lassen.

Berufungsvorbringen:

Die Berufung verweist im Wesentlichen auf das erstinstanzliche Vorbringen und darauf, dass die „gewährten Rechte“ problemlos aus der Klausel bzw dem Urteilsspruch herausgelöst werden könnten.

Berufungsbeantwortung:

Auch der Kläger wiederholt im Wesentlichen die Argumente der Klage.

Berufungsentscheidung:

Nach § 6 Abs 2 Z 2 KSchG muss eine Klausel im Einzelnen ausgehandelt werden, mit der dem Unternehmer das Recht eingeräumt wird, „*seine Pflichten oder den gesamten Vertrag*“ mit schuldbefreiender Wirkung einem Dritten zu überbinden, der im Vertrag nicht namentlich genannt ist.

Damit ist aber nicht nur die Übertragung von Verpflichtungen unzulässig, und zwar ungeachtet der Verständigung des Kunden (die nicht mit einem Widerspruchsrecht verknüpft ist), sondern auch eine Übertragung aller Rechte *und* Pflichten iSd Vertragsverhältnisses. Daher wäre maximal die Abtretung von „gewährten Rechten“ zulässig (nimmt man nicht eine Intransparenz und eine gröbliche Benachteiligung angesichts der Ungleichgewichtslage zu Klausel 34 an).

Eine Teilabweisung wäre aber nur möglich, wenn die beanstandete Klausel tatsächlich zwei eigenständige Regelungsbereiche umfassen würde: Maßgeblich für die Qualifikation einer Klausel als eigenständig im Sinne des

§ 6 KSchG ist nicht die Gliederung des Klauselwerks; es können vielmehr auch zwei unabhängige Regelungen in einem Punkt oder sogar in einem Satz 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 (RS0121187). Eine geltungserhaltende Reduktion kommt im Verbandsverfahren hingegen nicht in Betracht; damit ist die Aufgliederung einer (einzelnen) eigenständigen Klausel, die teils Verbotenes, teils Erlaubtes enthält, gemeint (vgl RS0038205 [T7]).

Da sich in Klausel 35 aber eine einheitliche Regelung zu Abtretungsmöglichkeiten der Beklagten findet, ist diese daher insgesamt zu verbieten.

Klausel 36

„DEGIRO und DEGIRO II sind übereingekommen für den Fall, dass

(1) ein Anspruch gegenüber DEGIRO (gerichtlich oder nicht) geltend gemacht wird, welcher eine potentielle Größe von 12 Prozent des Umsatzes von DEGIRO des vorangegangene Kalenderjahres ausmacht und

(2) ein von DEGIRO bestellter Rechtsbeistand die Auffassung vertritt, dass es nicht unwahrscheinlich ist, dass der Anspruch Erfolg haben könnte, so hat dies zur Folge, dass der Kundenvertrag sowie alle damit verbundenen Rechte und Pflichten zwischen DEGIRO und allen Kunden, welche nach der Administration von DEGIRO in einem anderen Geltungsbereich leben als (a) dem Geltungsbereich, wo die Kunden leben, die den Anspruch gegen DEGIRO eingebracht haben oder (b) dem Geltungsbereich, wo der Anspruch gegen DEGIRO eingebracht wurde, auf DEGIRO II im Zuge eines Vertragstransfers

übertragen werden. Der Kunde stimmt diesem Vertragstransfer hiermit zu."

Klagsvorbringen:

Auch diese Klausel stehe mit § 6 Abs 2 Z 2 KSchG in Widerspruch. Im Übrigen sei sie intransparent, weil der Kunde weder die Parameter nachvollziehen könne, noch klar definiert sei, um welche konkrete Gesellschaft es sich bei Degiro II handle.

Beklagtenvorbringen:

Angesichts der Nennung von Degiro II, die in Abschnitt 1 (S 8, 4. Absatz) als Rechtsperson nach niederländischem Recht mit satzungsmäßigem Sitz in Amsterdam definiert werde, sei die Klausel weder intransparent noch verstoße diese gegen § 6 Abs 2 Z 2 KSchG.

Erstgericht:

Das Erstgericht argumentierte mit dem Zweck von § 6 Abs 2 Z 2 KSchG, wonach dem Verbraucher klar zu vermitteln sei, wer konkret sein (potentieller) Vertragspartner werde. Aus den vertraglichen Unterlagen gehe jedoch gerade nicht hervor, um wen es sich bei Degiro II handle. Auf S 8 der Beilage ./A werde Degiro II iS der Stichting Degiro II als „SPV Long Short“ genannt, die SPV seien jedoch definitionsgemäß passive Einheiten, weswegen nicht davon auszugehen sei, dass damit der Rechtsnachfolger der Beklagten gemeint sei. Auch der abstrakte Verweis auf eine „Rechtsperson nach niederländischem Recht mit satzungsgemäßigem Sitz in Amsterdam“ sei nicht ausreichend. Schließlich sei die Klausel intransparent, weil die Voraussetzungen für die Vertragsübertragung für den Kunden nicht nachvollziehbar seien.

Berufungsvorbringen:

Nach dem Verständnis der Beklagten sei die Klausel ausreichend bestimmt, werde aber ohnedies nicht mehr verwendet.

Berufungsbeantwortung:

Nach Ansicht des Klägers sei insbesondere nach wie vor unklar, um wen es sich bei Degiro II handeln solle.

Berufungsentscheidung:

Da die Klausel weder im Einzelnen ausgehandelt wurde, noch den neuen Vertragspartner des Kunden namentlich nennt, weil - zumindest aus der Perspektive des AGB-Unterworfenen - Degiro II nicht die Firma eines existenten Unternehmens ist, sondern offenbar bloß die Bezeichnung für ein Konstrukt bzw eine erst zu gründende Rechtsperson, hat das Erstgericht diese zu Recht verboten.

Dass die Wiederholungsfahr nicht schon deswegen weggefallen ist, weil die Beklagte diese Klausel (angeblich) nicht mehr verwendet, wurde bereits eingangs zur Rechtswahlklausel 40 dargelegt.

Klausel 37

„DEGIRO ist dazu berechtigt, die im Rahmen des Kundenvertrags eingegangene Geschäftsbeziehung ohne Verzug und ohne sonstige Formalitäten fristlos zu beenden und die persönliche Seite des Kunden zu blockieren, wenn:

- in Bezug auf den Kunden die Insolvenz, ein gerichtlicher Zahlungsaufschub, eine gesetzliche Schuldensanierung oder eine vergleichbare Regelung angemeldet bzw ausgesprochen wurde;“

Klagsvorbringen:

§ 25b Abs 2 IO verbiete die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts oder der Vertragsauflösung für den Fall

der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens. Weiters verstoße diese Klausel gegen § 6 Abs 2 Z 1 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB, weil eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für die Beklagte auch in diesen Fällen sehr wohl zumutbar sei.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte berief sich darauf, das § 25b IO ausschließlich auf die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens abstelle, die gerade nicht von der Klausel genannt werde. Zweifel an der Zahlungsfähigkeit seien sogar ein Paradebeispiel für eine sachliche Rechtfertigung. Wenn, dann könnte auch hier nur ein Teil der Klausel verboten werden.

Erstgericht:

Das Erstgericht war der Ansicht, dass die Klausel hinsichtlich des „Ausspruchs der Insolvenz“ gegen § 25b IO verstoße und im Übrigen gröblich benachteiligend sei, weil sie nicht, wie von 7 Ob 235/13d, 4 Ob 179/02f und 4 Ob 221/06p gefordert, auf eine Gefährdung der Erfüllung der Verbindlichkeiten gegenüber der Beklagten abstelle. Da die Beklagte die Durchführung von Wertpapieraufträgen bei Unterdeckung ablehnen oder sich ein Pfandrecht sowie Sicherheiten ausbedingen könne, sei nicht ersichtlich, welches berechtigte Interesse mit dieser Klausel durch die form- und fristlose Kündigung zusätzlich geschützt werden solle, während der Kunde in diesen Fällen ein höchst valides Interesse daran habe, dass seine Wertpapiere nicht von der Beklagten „blockiert“ würden.

Berufungsvorbringen:

Nach dem Dafürhalten der Beklagten müsse es ihr unbenommen bleiben, unabhängig von einer für sie unmittelbar bestehenden finanziellen Gefahrenlage

entsprechende Schritte zu setzen, zumal das Vorliegen derartiger gewichtiger Indizien eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar machen könne. Eine Rücksichtnahme auf besondere Umstände beim Kunden werde dadurch nicht ausgeschlossen.

Berufungsbeantwortung:

Der Kläger verweist auf sein erstinstanzliches Vorbringen sowie darauf, dass auch ein gerichtlicher Zahlungsaufschub oder eine gesetzliche Schuldensanierung die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens voraussetzen würden.

Berufungsentscheidung:

„Nach § 25b Abs 2 IO sind Lösungsklauseln ‚unzulässig‘, also unwirksam. Das sind vor Insolvenz abgeschlossene Vereinbarungen, die dem Vertragspartner des später insolventen Schuldners bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein Rücktrittsrecht geben oder zu einer automatischen Vertragsauflösung führen. [...]

Abs 2 gilt nicht nur für unternehmensbezogene Verträge, sondern auch für die Privatinsolvenz sowie in Fällen, in denen die Vereinbarung die Unternehmensfortführung gar nicht gefährden konnte. In diesen Fällen greift § 25a freilich nicht ein, weshalb der Vertragspartner die Vereinbarung nach allgemeinen Regeln beenden kann. Das Verbot von Lösungsklauseln ist daher zwar nicht nur bei Gefährdung der Unternehmenssanierung anwendbar, hat dort aber in der Praxis seine größte Bedeutung, weil Umgehungen der Vertragsauflösungssperre verboten werden. [...]

Unzulässig sind auch Vereinbarungen, die zwar formal nicht an der Insolvenzeröffnung selbst, sehr wohl aber am Insolvenzverfahren anknüpfen; zB Klauseln, nach denen die

Insolvenzantragstellung zur Vertragsauflösung berechtigen soll" (*Perner in Koller/Lovrek/Spitzer, IO § 25b IO Rz 2 f, 9 f*).

Die Klausel, die eine form- und fristlose Vertragsbeendigung erlaubt, wenn die Insolvenz, eine gesetzliche Schuldensanierung, ein „gerichtlicher“ Zahlungsaufschub oder eine „vergleichbare Regelung“ angemeldet oder ausgesprochen wurde, verstößt damit entweder direkt oder mittelbar gegen § 25b Abs IO und steht mangels sachlicher Rechtfertigung, insbesondere der Gefährdung der Erfüllung von Verbindlichkeiten gegenüber der Beklagten, in Widerspruch zu § 6 Abs 2 Z 1 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB (vgl RS0117269, 9 Ob 31/15x Klausel 5).

Klausel 38

„DEGIRO ist dazu berechtigt, die im Rahmen des Kundenvertrags eingegangene Geschäftsbeziehung ohne Verzug und ohne sonstige Formalitäten fristlos zu beenden und die persönliche Seite des Kunden zu blockieren, wenn: der Kunde auf eine andere Weise seinen Verpflichtungen gegenüber DEGIRO nicht nachkommt oder wenn das Vertrauens- oder Geschäftsverhältnis zwischen DEGIRO und dem Kunden nach Meinung von DEGIRO erheblich verletzt wurde.“

Klagsvorbringen:

Dadurch, dass diese Klausel lediglich auf die „Meinung“ der Beklagten abstelle und nicht auf ein entsprechendes Gewicht der Pflichtverletzungen und eine objektivierbare Unzumutbarkeit der weiteren Vertragsbeziehung, werde dieser de facto ein willkürliches Recht zur außerordentlichen Kündigung eingeräumt, und zwar fristlos und „ohne Formalitäten“,

sodass diese ebenfalls gegen § 6 Abs 2 Z 1 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB verstoße.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte argumentiert damit, dass der Wortlaut der Klausel sehr wohl auf eine objektive Erheblichkeit abstelle.

Erstgericht:

Das Erstgericht war der Ansicht, dass hier tatsächlich zwei eigenständige Regelungen vorliegen würden, wobei das erste Szenario: *„der Kunde kommt auf eine andere Weise seinen Verpflichtungen gegenüber DEGIRO nicht nach“* in keiner Weise der zu Klausel 37 zitierten Rechtsprechung entspreche und als gröblich benachteiligend zu werten sei.

[Das zweite Szenario wird im Rahmen der Berufung des Klägers behandelt.]

Berufungsvorbringen:

Der Kläger beruft sich darauf, dass eine Pflichtverletzung des Kunden, wie sie im ersten Szenario genannt werde, sehr wohl eine sachliche Rechtfertigung sei. Geringfügige Vertragswidrigkeiten, die ohne jeglichen Einfluss auf die Frage der Zumutbarkeit der Vertragsfortsetzung seien, würden vom durchschnittlich verständigen Kunden ohnedies nicht als mitumfasst angesehen werden.

Berufungsbeantwortung:

Der Kläger erwidert, dass die Klausel gerade nicht auf eine Unzumutbarkeit der weiteren Bindung abstelle.

Berufungsentscheidung:

Nach der im Verbandsverfahren gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung steht der Beklagten nach dem ersten Fall der Klausel 38 ein außerordentliches

Kündigungsrecht bei jedweder Pflichtverletzung zu, und zwar unabhängig von einem Verschulden des Kunden und den Auswirkungen auf die Beklagte bzw das Vertragsverhältnis, sodass keine sachliche Rechtfertigung iSd § 6 Abs 2 Z 1 KSchG bzw § 879 Abs 3 ABGB ersichtlich ist.

Klausel 39

„Durch diese Mitteilung werden alle derzeitigen, zukünftigen, bestimmten und unbestimmten sowie bedingten Forderungen zwischen DEGIRO, SPV und dem Kunden sofort eingefordert und alle Rechte und Verpflichtungen zwischen DEGIRO, SPV und dem Kunden in Bezug auf Positionen zu Finanzinstrumenten und Fremdwährungen werden zum jeweils aktuell gültigen Kurs geschlossen und in Rechte und Verpflichtungen in Euro umgewandelt.“

Klagsvorbringen:

Die Klausel sei gröblich benachteiligend und überraschend iSd § 864a ABGB, weil es keine sachliche Rechtfertigung zur sofortigen Umwandlung zum jeweils gültigen Kurs gebe, ohne dass Rücksicht darauf genommen werde, ob dadurch erhebliche Kursverluste oder andere Schäden wie Steuerpflichten ausgelöst würden, der Kunde etwa gestorben sei oder noch andere Verfügungsbefugte vorhanden seien.

Beklagtenvorbringen:

Nach dem Verständnis der Beklagten müsse bei einer außerordentlichen Kündigung gerade nicht darauf Rücksicht genommen werden, ob die Auflösung allenfalls für den Betroffenen zur Unzeit erfolge. Die Rechtsprechung, nach der der Tod des Kreditnehmers das Kreditinstitut nicht jedenfalls zur Kündigung berechtige, sei auf sie nicht übertragbar.

Erstgericht:

Das Erstgericht erachtete auch diese Klausel für gröblich benachteiligend. Eine der Hauptpflichten aus dem Depot- bzw Verwahrvertrag sei die Herausgabe der Sache nach Vertragsende. Mit dieser Klausel werde dem Kunden die Möglichkeit genommen, seine Finanzinstrumente auf ein anderes Wertpapierdepot zu übertragen. Diese nachteilige Rechtsfolge würde sogar dann eintreten, wenn bloß ein Kunde einer Kundengemeinschaft versterbe. Eine sachliche Rechtfertigung für dieses Umwandlungsrecht nach eigenem Ermessen habe die Beklagte nicht darlegen können.

Berufungsvorbringen:

Die Beklagte verweist in ihrer Berufung darauf, dass das „Close Out Netting“ ein im Finanzwesen gängiges Instrument sei, das auf die Sicherungsfunktion einer Aufrechnungslage abziele; in derartigen Konstellationen müsse sie dem Kunden keine Gelegenheit geben, eine Übertragung auf ein anderes Depot zu veranlassen. Eine sachliche Rechtfertigung bestünde auch für den Fall des Todes des Kunden, weil die zu § 6 Abs 2 Z 1 KSchG ergangene Rechtsprechung nicht auf sie anwendbar sei. Im Übrigen werde die Benachteiligung schon deswegen ausgeschlossen, weil sie zur besten Oderausführung verpflichtet sei.

Berufungsbeantwortung:

Der Kläger hält dem entgegen, dass die Beklagte sogar noch deutlich gesicherter sei als ein Kreditgeber und eine massive Ungleichgewichtslage vorliege.

Berufungsentscheidung:

Tatsächlich ist kein Grund ersichtlich, warum von der Beklagten in jedem Fall der außerordentlichen Beendigung des Vertragsverhältnisses „alle Rechte und

Verpflichtungen in Bezug auf Positionen zu Finanzinstrumenten und Fremdwährungen zum jeweils aktuell gültigen Kurs geschlossen und in Rechte und Verpflichtungen in Euro umgewandelt" werden. Selbst für den Fall, dass die Beklagte Forderungen gegen den Kunden und ein Pfandrecht an dessen Finanzinstrumenten hat, werden durch die form- und fristlose Umwandlung nach Ermessen der Beklagten, ohne auf die „Tunlichkeit“ abzustellen, ohne erkennbare Notwendigkeit die Vorschriften zur Pfandverwertung (vgl § 466b Abs 1 u 4, § 466e ABGB) zulasten des Kunden umgangen. Eine sachliche Rechtfertigung dafür, dass nach dem Tod eines Kunden nicht nur das Vertragsverhältnis außerordentlich beendet wird, sondern zusätzlich noch eine Umwandlung in Euro erfolgt, obwohl dieses grundsätzlich genauso mit dem ruhenden Nachlass bzw dem Erben als Gesamtrechtsnachfolger fortgesetzt werden kann, ist mangels Sicherungsbedürfnisses der Beklagten überhaupt nicht ersichtlich. Das Erstgericht hat die Klausel daher völlig zu Recht verboten.

Klausel 41

„Die Vertragsparteien stimmen darin überein, dass etwaige, zwischen den Parteien vorliegende Streitsachen neben der KiFiD ausschließlich dem zuständigen Richter am Gericht in Amsterdam, Niederlande, vorgelegt werden, es sei denn eine solche exklusive Gerichtsstandsklausel gilt für den Kunden laut Verbraucherschutzgesetz nicht.“

Klagsvorbringen:

Die Gerichtsstandsvereinbarung verstoße gegen § 14 Abs 1 u 3 KSchG und sei intransparent, soweit dem Konsumenten damit ein unklares Bild vermittelt werde.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte betont, dass die Gerichtsstandsvereinbarung schon nach dem Wortlaut dann nicht gelten solle, wenn diese mit dem Verbraucherschutzrecht unvereinbar sei.

Erstgericht:

Das Erstgericht verwies auf § 14 Abs 1 u 3 KSchG sowie die E 4 Ob 179/18d, 4 Ob 221/06p und 10 Ob 70/07b, in denen Gerichtsstandsvereinbarungen mit den Zusätzen „soweit zulässig“ bzw „sofern nicht gesetzliche Bestimmungen entgegenstehen“ bzw „sofern nicht ein Verbrauchergeschäft vorliegt“ als intransparent qualifiziert wurden, was auch hier der Fall sei.

Berufungsvorbringen:

In der Berufung wird damit argumentiert, dass die Klausel lediglich ein Hinweis auf den Vorrang von Verbraucherschutzbestimmungen sei und dem Kunden damit gerade nicht das Risiko aufgebürdet werde, eine Rechtswidrigkeit zu erkennen.

Berufungsbeantwortung:

Der Kläger hält die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts für zutreffend.

Berufungsentscheidung:

Auch das Berufungsgericht schließt sich dieser an (§ 500a ZPO); für einen österreichischen Kunden ist nicht einmal klar, ob das KSchG gelten soll oder im Hinblick auf die Rechtswahl in Klausel 40 das - ihm unbekanntes - niederländische Verbraucherschutzrecht.

Klausel 44 (Sonderbedingungen Debit Geld)

„Für die Inanspruchnahme der Dienstleistung Debit Geld hat der Kunde Zinsen zu zahlen. Die von DEGIRO in Rechnung gestellten Zinsen sind variabel und variieren je

nach Währung. Die Höhe der zu zahlenden Zinsen kann jederzeit dem „Preisverzeichnis“ entnommen werden, das im Dokumentencenter auf der Website von DEGIRO zu finden ist. Änderungen in Bezug auf Sollzinssatz sind ab dem Tag ihrer Veröffentlichung bindend. Falls nicht in Bezug auf eine Währung eine geänderte Regelung in das Dokument Preise aufgenommen wurde, werden die Zinsen auf der Grundlage von 360 Kalendertagen pro Jahr und der tatsächlichen Anzahl der Tage des Monats berechnet. Die Zinsen werden monatlich vom Kontoguthaben abgebucht. Für die Fazilität Debit Geld stellt DEGIRO keine anderen Kosten in Rechnung.“

Klagsvorbringen:

Die hier vorgesehenen Regelungen zum Sollzinssatz sowie der Informationserteilung seien mit § 9 Abs 1 Z 6, Abs 2 Z 6 VKrG und § 22 VKrG unvereinbar. Soweit damit eine einseitige und willkürliche Entgelterhöhung möglich sei, würden sie auch gegen § 6 Abs 1 Z 5 und § 6 Abs 3 KSchG sowie § 879 Abs 3 ABGB verstoßen.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte ist der Ansicht, dass sie insbesondere nicht dem VKrG unterliege, vielmehr seien Wertpapiernebenendienstleistungen abschließend in der MiFID II-RL und im WAG geregelt.

Erstgericht:

Das Erstgericht stellte auch hier die europäische und österreichische Rechtslage umfassend dar und arbeitete heraus, dass zwar eine doppelte Informationspflicht nach VKrG und WAG vermieden werden solle, nach § 48 Abs 4 WAG 2018 und Art 24 Abs 6 der MiFID II-RL aber auch bei Wertpapierdienstleistungen, die im Zusammenhang mit einem Verbraucherkreditvertrag

stunden, die Informationspflichten des VKrG zur Anwendung kämen. Nach ErwGr 80 der MiFID II-RL solle im Übrigen insbesondere die Möglichkeit ausgeschlossen werden, „Execution Only“-Wertpapierdienstleistungen, wie sie nach dem Vorbringen von der Beklagten erbracht würden, mit der Nebendienstleistung der Gewährung von Krediten zu verbinden. Da nicht einmal die Beklagte behauptete, dass die Klausel 44 mit den Vorgaben des VKrG in Einklang zu bringen sei, sei diese als unzulässig zu verbieten.

Berufungsvorbringen:

Die Beklagte bestreitet weiterhin eine Anwendbarkeit des VKrG sowie von Art 24 Abs 6 der MiFID II-RL. Art 2 Abs 2 lit h der VKrRL nehme Kreditverträge von ihrem Anwendungsbereich aus, die mit einer Wertpapierfirma geschlossen werden und die es einem Anleger erlauben sollen, ein Geschäft zu tätigen, das ein näher genanntes Instrument betrifft, wenn die Wertpapierfirma, die den Kredit gewährt, an diesem Geschäft beteiligt ist. Dabei handle es sich um eine insoweit vollharmonisierte Wertpapiernebendienstleistung, wie sie auch § 1 Z 4 WAG 2018 kenne. Zudem dürften solchen Unternehmen gemäß Art 34 Abs 1 der MiFID II-RL in den von dieser erfassten Bereichen keine zusätzlichen Anforderungen auferlegt werden. § 58 WAG sehe das Recht eines „Execution Only-Providers“ auf Kreditgewährungen ausdrücklich vor.

Berufungsbeantwortung:

Der Kläger führt ins Treffen, dass gerade keine Ausnahme von den Pflichten laut § 4 Abs 2, § 13 Abs 5 VKrG vorliege. Folge man der Rechtsansicht der Beklagten, müsste diese weder nach dem VKrG noch nach dem WAG belehren. Die Vorgaben des § 9 Abs 3 u 4 VKrG seien jedoch den besonderen Gefahren eines Tilgungsträger- bzw

Fremdwährungskredites geschuldet; damit solle das spezifische Risiko zwischen der Wertpapierdienstleistung der Kreditfinanzierung noch besser dargestellt werden, wobei Abs 2 als Mindeststandard jedenfalls zu erfüllen sei.

Des weiteren wiederholt er sein Vorbringen zu § 6 Abs 1 Z 5 und Abs 3 KSchG sowie § 879 Abs 3 ABGB.

Berufungsentscheidung:

Soweit die Beklagte damit argumentiert, dass doppelte Informationspflichten vermieden werden sollen, sprechen gute Gründe dafür, Kreditverträge, die der Finanzierung des Erwerbs von Finanzinstrumenten dienen, nicht dem WAG, sondern abschließend den vorvertraglichen Informationen nach § 6 VKrG zu unterwerfen (vgl. *Brandl/Klausberger in Brandl/Saria*, WAG 2018² § 48 Rz 49 ff). Auch sonst werden solche Kreditverträge nicht aus dem Anwendungsbereich des VKrG ausgenommen, sondern nur im Hinblick auf die Rechtsfolgen des § 13 VKrG (vgl. § 13 Abs 5 VKrG; *Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang-Kommentar - VKrG³ § 13 VKrG Rz 31). Die Ausnahmeregelung in Artikel 2 Abs 1 Buchstabe h der VKrRl wurde insofern nur partiell umgesetzt (vgl. 650 dB XXIV GP, 26).

Selbst wenn das VKrG wegen eines gegen die MiFiD II-RL verstoßenden „Goldplatings“ nicht anwendbar wäre, müsste die Beklagte aber dennoch die dortigen Informationspflichten einhalten. § 58 WAG 2018 bezieht sich ausschließlich auf nicht komplexe Finanzinstrumente und normiert, dass die Gewährung von Krediten oder Darlehen, die keine bestehenden Kreditobergrenzen von Darlehen, Girokonten und Überziehungsmöglichkeiten von Kunden beinhalten, nicht von der Prüfung der

Angemessenheit ausgenommen ist (vgl. *Brandl/Klausberger* in *Brandl/Saria*, WAG 2018² § 58 Rz 1).

Aber auch wenn man nicht von einem Verstoß gegen das VKrG und das WAG 2018 ausgehen würde sowie § 879 Abs 3 ABGB bei Sollzinsen als unanwendbar erachtet, wäre die Bestimmung immer noch intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, kann der Kunde daraus doch nicht nachvollziehen, welche Zinsen er wofür zu zahlen hat und nach welchen Maßstäben, wann und wie oft sich diese erhöhen können und ob er ein Recht auf Senkungen hat; daran ändert auch der pauschale Verweis auf die Veröffentlichungen von „Preisverzeichnissen“ im „Dokumentencenter der Website von Degiro“ nichts (vgl. 6 Ob 120/15p Klausel 44; hier Klausel 18, 19).

Da die Klausel eine einheitliche Regelung zur Gegenleistung für die Zuverfügungstellung von Kreditmitteln darstellt, war sie insgesamt zu verbieten.

Klausel 45

„Auf Grundlage des Kundenvertrags hat DEGIRO jederzeit das Recht, die aktuellen Obergrenzen für das Debit Geld anzupassen. Dies hat unter Umständen zur Folge, dass der Kunde aufgefordert wird, die im Zuge der Dienstleistung Debit Geld geliehenen Geldmittel innerhalb eines von DEGIRO spezifizierten Zeitraumes ganz oder teilweise zurückzuzahlen. Sofern der Kunde dies nicht akzeptiert, hat DEGIRO das Recht, die im Kundenvertrag sowie dem Dokument „Sicherheitswert, Risiko, Debit Geld und Debit Wertpapiere“ genannte Prozedur für die Überschreitung der Obergrenzen, einzuleiten.“

Klagsvorbringen:

Da die Beklagte mit dieser Klausel jederzeit einseitig und schrankenlos sowie ohne sachliche

Rechtfertigung die Obergrenzen anpassen könne, woran sich höchst nachteilige Folgen für den Kunden knüpfen würden, und dies faktisch einer außerordentlichen Kündigungsmöglichkeit gleichkomme, widerspreche diese Klausel § 6 Abs 2 Z 3 und Abs 3 KSchG sowie § 879 Abs 3 ABGB.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte betont, dass es sich bei der Kreditgewährung um eine reine Zusatzleistung handle und sie dafür ihrerseits Kredite aufnehmen müsse, sodass es ihr unbenommen bleiben müsse, die Obergrenzen anzupassen.

Erstgericht:

Das Erstgericht verwies auf seine rechtliche Beurteilung zu Klausel 20 und § 6 Abs 2 Z 3 KSchG. Durch diese Klausel habe es die Beklagte in der Hand, einseitig und ohne sachliche Rechtfertigung den Kreditrahmen und damit ihre Leistung zu ändern, obwohl sie ohnedies laufend Zinsen lukriere.

Berufungsvorbringen:

In ihrer Berufung ruft die Beklagte in Erinnerung, dass es sich um eine reine Zusatzleistung handle, sodass die Änderungen dem Kunden zumutbar seien, und der Verweis auf Klausel 20 ins Leere gehe.

Berufungsbeantwortung:

Der Kläger wiederholt sein bisheriges Vorbringen.

Berufungsentscheidung:

Die Berufung kann den überzeugenden Ausführungen des Erstgerichts nichts Stichhaltiges entgegensetzen. So ist keine sachliche Rechtfertigung dafür ersichtlich, den Kreditrahmen, den die Beklagte - wenn auch als Nebenleistung zum Wertpapiergeschäft - vertraglich eingeräumt hat, jederzeit einseitig anzupassen, was mit

massiven nachteiligen Rechtsfolgen für den Kunden verbunden ist.

Klausel 46

„Der Gesamtbetrag des Debit Geld ist umgehend und ohne Aufforderung an DEGIRO zu zahlen, wenn eine der folgenden Situationen auftritt:

- im Todesfall des Kunden;*
- wenn der Kunde nicht länger die Verfügungsgewalt über das Vermögen des Kunden hat;*
- im Fall der Beschlagnahmung (eines Teils) des Kontoguthabens oder eines wesentlichen Teils des Vermögens des Kunden;*
- wenn der Kunde wesentlichen Verpflichtungen, die im Rahmen des Kundenvertrags festgelegt wurden, nicht nachgekommen ist.“*

Klagsvorbringen:

Die sofortige Fälligkeit und Pflicht des Kunden, den Kreditbetrag ohne Aufforderung zurückzuzahlen, sei gröblich benachteiligend, wenn die Position der Beklagten nicht gefährdet sei, und auch intransparent, besonders im Todesfall und bei der nicht näher definierten „Beschlagnahme“.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte verweist auf ihr Vorbringen zu den Klauseln 37 und 39 und eine sachliche Rechtfertigung in den genannten und - soweit möglich - eindeutig umschriebenen Fällen.

Erstgericht:

Um rechtlich gedeckt zu sein, müsste es sich nach der Ansicht des Erstgerichts um Fälle handeln, die eine derart gravierende Gefährdung von legitimen Interessen der Beklagten darstellen würde, dass das Zuwarten bis zum

Ende der ordentlichen Kündigungsfrist (maximal zwei Monate) nicht zumutbar sei. Gerade diese Auswirkung habe die Beklagte jedoch nicht aufzeigen können, sodass die Klausel gröblich benachteiligend sei.

Berufungsvorbringen:

Dem hält die Berufung entgegen, dass in diesen Konstellationen eine Gefährdung ihrer legitimen Interessen auf der Hand liege.

Berufungsbeantwortung:

Der Kläger verweist auf die gröbliche Benachteiligung und die Intransparenz.

Berufungsentscheidung:

Der OGH hielt erst jüngst zu 8 Ob 144/18m (Klausel 51 ua) fest, dass Dauerschuldverhältnisse bei Vorliegen wichtiger Gründe vorzeitig aufgelöst werden könnten, wobei als wichtige Gründe Umstände angesehen würden, die es für eine Partei unzumutbar erscheinen ließen, das Dauerschuldverhältnis weiter aufrecht zu erhalten. Entscheidend sei, ob die Fortsetzung des Schuldverhältnisses für den Vertragspartner - insbesondere wegen Gefährdung seiner Rechtsstellung - unzumutbar werde. Wenn dieses wesentliche Kriterium der „Unzumutbarkeit“ in der Klausel keine Erwähnung finde, werde der Kunde aber im Unklaren gelassen.

Die Vereinbarung eines Kündigungsrechts bei Tod oder Handlungsunfähigkeit des Leasingnehmers, ohne dass es auf eine Gefährdung des Kreditgebers im Einzelfall ankommt, wurde zudem bereits zu 7 Ob 173/10g (= RS0127021) für unzulässig angesehen.

Da die Befriedigung der Beklagten selbst für den Fall des Todes des Kunden oder dessen fehlender Verfügungsmacht nicht per se gefährdet ist, weil es

insofern eine Rechtsnachfolge bzw Vertretung gibt, die weiteren beiden Fälle zu unbestimmt geregelt sind, um daraus auf eine Gefährdung ihrer Interessen schließen zu können, und das Erfordernis der Unzumutbarkeit gerade keine Erwähnung findet, hat das Erstgericht die Klausel zu Recht mit allen Unterfällen verboten.

Klausel 47

„Falls die für das Debit Geld festgelegten Obergrenzen überschritten werden oder wenn Beträge auf Aufforderung zurückzuzahlen sind, gelten für diesen Teil des Debits Geld Verzugszinsen gemäß dem Preisverzeichnis der Informationen zu den Wertpapierdienstleistungen von DEGIRO.“

Klagsvorbringen:

Diese Klausel genüge den Anforderungen des § 9 Abs 1 und 2 Z 12 VKrG nicht.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte verteidigt sich mit der mangelnden Anwendbarkeit des VKrG iSd Klausel 44 und der Unzulässigkeit der Doppelbeanstandung.

Erstgericht:

Das Erstgericht vertrat die Ansicht, dass die Beklagte die Informationspflichten laut VKrG einhalten müsse und die Klausel 47, die Verzugszinsen regle, nicht mit der Klausel 44 zu Sollzinsen sinngleich sei; im Übrigen könne die Unterlassung von Klauseln aus verschiedenen Vertragswerken sehr wohl gesondert begehrt werden.

Berufungsvorbringen:

In der Berufung werden im Wesentlichen dieselben Argumente gebracht wie bisher.

Berufungsbeantwortung:

Der Kläger hält die Rechtsansicht des Erstgerichts für zutreffend.

Berufungsentscheidung:

Zur Anwendbarkeit der Informationspflichten nach dem VKrG wird auf die Ausführungen zu Klausel 44 und zur Frage der Doppelbeanstandung auf Klausel 1 verwiesen. Der Berufung ist daher auch insoweit ein Erfolg zu versagen.

Klausel 48

„Der Anhang Debit Geld wird für einen unbestimmten Zeitraum zwischen den Parteien geschlossen. Der Anhang Debit Geld kann zu jedem Zeitpunkt von einer der beiden Parteien unter Wahrung einer Kündigungsfrist von einem Kalendermonat gekündigt werden. Der Anhang Debit Geld erlischt automatisch mit der Auflösung des Vertrags über Wertpapierdienstleistungen.“

Klagsvorbringen:

Die Kündigungsbestimmungen seien mit § 14 Abs 1 VKrG unvereinbar und auch gröblich benachteiligend, soweit der Kreditbetrag mit der Auflösung des Vertrags über Wertpapierdienstleistungen fällig werde. Die Unzulässigkeit folge weiters aus dem Verweis auf die ebenfalls rechtswidrigen Klauseln 37 und 38.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte ist der Ansicht, dass die Klausel weder rechtswidrig noch unklar sei, zumal das VKrG nicht anwendbar sei, und die gemeinsame Beendigung aufgrund der Qualifikation als bloße Zusatzleistung sachlich gerechtfertigt sei.

Erstgericht:

Das Erstgericht verwies auf Klausel 44 und den Umstand, dass diese Regelung nicht den Voraussetzungen des § 14 VKrG genüge.

Berufungsvorbringen:

Die Berufung führt wieder die Unanwendbarkeit des VKrG ins Treffen.

Berufungsbeantwortung:

Der Kläger hält dem sein erstinstanzliches Vorbringen entgegen.

Berufungsentscheidung:

Auch hier genügt es, auf Klausel 44 und die Voraussetzungen des § 14 VKrG zu verweisen.

Klausel 50

„Für die Inanspruchnahme der Dienstleistung Debit Wertpapiere hat der Kunde DEGIRO ein Entgelt zu zahlen. Die Höhe des Entgelts hängt von der Gebühr ab, die DEGIRO dem Dritten für die Entleihung der Wertpapiere zu zahlen hat. Die für die jeweiligen Dienstleistungen zu entrichtenden Entgelte können dem „Preisverzeichnis“ entnommen werden, das in den „Informationen zu den Wertpapierdienstleistungen“ auf der Website zu finden ist.“

Klagsvorbringen:

Da sich die Beklagte damit wieder ein einseitiges und willkürliches Preisänderungsrecht einräumen lasse, verstoße diese Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 5 und Abs 3 KSchG sowie § 879 Abs 3 ABGB.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte beanstandet auch hier eine unzulässige Doppeleinklagung und bestreitet eine Intransparenz.

Erstgericht:

Das Erstgericht verbot diese Klausel unter Verweis auf Klausel 21 und § 6 Abs 1 Z 5 KSchG.

Berufungsvorbringen:

In ihrer Berufung vermeint die Beklagte, dass die Klausel mit Klausel 1 sinngleich sei, aber schon deswegen unbedenklich, weil es ihren Kunden freistehe, jederzeit einen anderen Broker für diese Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen.

Berufungsbeantwortung:

Der Kläger bestreitet eine Sinngleichheit sowie eine Transparenz und sachliche Rechtfertigung.

Berufungsentscheidung:

Selbst wenn man von einer Unanwendbarkeit des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG auf die „Inanspruchnahme der Dienstleistung Debit Wertpapiere“ ausgeht, ist die Klausel trotz der Verweise auf weitere Informationen dennoch iSd Ausführungen zu den Klauseln 18, 19, 21 und 44 intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG.

Zum Vorwurf der unzulässigen Doppelbeanstandung wird wiederum auf Klausel 1 verwiesen.

Im Ergebnis ist daher die Berufung der Beklagten unberechtigt.

III. Zur Berufung des Klägers:

Klausel 3

„Der Kunde akzeptiert, dass DEGIRO nicht verpflichtet ist, seine Dienstleistungen zu erbringen, wenn DEGIRO der Meinung ist, dass damit gegen die gesetzlichen Vorschriften verstoßen wird. Der Kunde akzeptiert, dass alle Dienstleistungen den gesetzlichen Vorschriften unterliegen und dass diese Vorrang vor den zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen haben.“

Klagsvorbringen:

Ein Verbraucher müsse sich aus den AGB zuverlässig über seine Rechte und Pflichten informieren können; es obliege dem Verwender, diese so zu formulieren, dass sie nicht zwingendem Recht widersprechen würden. Die Klausel sei damit intransparent, gröblich benachteiligend und verstoße gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, soweit es dem Ermessen der Beklagten überlassen werde, vertraglich geschuldete Leistungen nicht zu erbringen.

Beklagtenvorbringen:

Nach der Ansicht der Beklagten bringe die Klausel ausschließlich und deutlich zum Ausdruck, dass zwingendes Recht dem Vertrag vorgehe. Bestehe ein Grund zur Annahme, dass eine Leistung gegen Rechtsvorschriften verstoße, sei die Weigerung sachlich gerechtfertigt.

Erstgericht:

Das Erstgericht erklärte diese Klausel für zulässig, weil der Beklagten nicht zugemutet werden könne, vorsätzlich gegen gesetzliche Bestimmungen zu verstoßen. Diese Regel besage nichts anderes, als dass gemäß § 879 Abs 1 ABGB kein vertragsmäßiger Anspruch auf Ausführung eines auf einen unerlaubten Zweck gerichteten Auftrags bestehe (6 Ob 765/81). Damit liege aber auch keine einseitige Leistungsänderung vor. Der Verweis auf die „Meinung der Beklagten“ führe weder zu einer gröblichen Benachteiligung, noch zu einer Intransparenz, sondern bringe nur zum Ausdruck, dass die Beklagte die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften überwachen müsse.

Berufungsvorbringen:

Der Kläger hält dem entgegen, dass durch das Abstellen auf die subjektive „Meinung“ der Beklagten diese auch berechtigt werde, in Fällen, in denen gerade

keine Verstöße gegen (zwingendes) Recht vorlägen (oder zumindest durch objektive Anhaltspunkte vertretbar indiziert seien), ihre Leistung einseitig und willkürlich zu verweigern. Für den Kunden sei völlig unklar, nach welchen Parametern sich die Beklagte diese Meinung bilde. Damit sei die Klausel sehr wohl gröblich benachteiligend und intransparent und verstoße auch gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG.

Berufungsbeantwortung:

Nach Ansicht der Beklagten verstehe der maßgebliche Durchschnittsverbraucher die Klausel dahin, dass sie die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften überwache und es keineswegs in ihrem Belieben stehe, von einem Rechtsverstoß auszugehen, zumal sie der Finanzmarktaufsicht unterliege. Die Klausel stelle auch nicht auf die Einschätzung irgendeines Sachbearbeiters ab, sondern die Meinung der Beklagten selbst.

Berufungsentscheidung:

Dem Kläger ist beizupflichten, dass die Klausel gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG verstößt und bei der im Verbandsverfahren gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung auch gröblich benachteiligend ist iSd § 879 Abs 3 ABGB. Zwar muss die Beklagte naturgemäß nicht sehenden Auges gesetzwidrige Aufträge umsetzen bzw verbotene Dienstleistungen erbringen. Allerdings hätte der Kunde nach dieser Klausel keinen Leistungs- und auch keinen Ersatzanspruch bei einer unberechtigten Ablehnung, selbst wenn tatsächlich keine Gesetzeswidrigkeit vorliegt, weil es nicht auf einen objektivierbaren Verstoß, sondern allein die subjektive „Meinung“ der Beklagten ankommt, wofür keine sachliche Rechtfertigung besteht. Welche „gesetzlichen

Vorschriften" gemeint sind (die österreichischen? die niederländischen, vgl Klausel 40? jene des Handelsplatzes?) bleibt ebenso unklar wie deren Qualität (zB bloße Formvorschriften?) sowie die Parameter und der Ablauf der Meinungsbildung. Wenn die Beklagte mit „der Meinung der Beklagten selbst“ argumentiert, würde das bedeuten, dass ihr niederländischer Vorstand jeden einzelnen Kundenauftrag auf seine Rechtmäßigkeit überprüft, was wohl nicht der Realität bei einem Online-Broker entspricht.

Im Übrigen wird auch auf die Ausführungen zu Klausel 2 verwiesen.

Die Berufung des Klägers ist in diesem Punkt sohin berechtigt.

Klausel 7

„DEGIRO gibt keine Garantie für eine ununterbrochene und fehlerfreie Funktionsweise des Webtraders und ist dazu berechtigt, den Zugang zum Webtrader bzw dessen Funktionsweise vorübergehend einzuschränken, zum Beispiel bei technischen Störungen oder Wartungsarbeiten.“

Klagsvorbringen:

Da technische Störungen oder Wartungsarbeiten nur beispielhaft aufgezählt seien, keine Einschränkung auf von der Beklagten nicht zu verhindernde Umstände erfolge und auch unklar bleibe, für welchen Zeitraum bzw in welcher Häufigkeit, für welche Funktionen und welche Zugänge Einschränkungen möglich seien, stehe diese Klausel mit § 6 Abs 2 Z 3 und Abs 3 KSchG in Widerspruch. Da Schäden bei Kunden bei Störungen des Webtraders auf der Hand lägen, sei keine ausreichende sachliche Rechtfertigung für diese generelle Leistungs- bzw Haftungseinschränkung ersichtlich. Bei

konsumentenfeindlichster Auslegung würden damit auch Gewährleistungsansprüche iSd § 9 KSchG ausgeschlossen.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte bringt vor, dass die Klausel weder Gewährleistungsansprüche ausschließe, noch die Leistung ändere, sondern es - auch im Gesamtzusammenhang - ausschließlich um vorübergehende technische Störungen und Wartungsarbeiten und ähnliche sachlich gerechtfertigte Konstellationen gehe, wobei der Kunde jederzeit Orders auch über Telefon oder E-Mail platzieren könne.

Erstgericht:

Das Erstgericht hielt fest, dass nach 8 Ob 58/14h eine vertragliche Nebenpflicht bestünde (dort einer Bank), die bereitgestellte Software zu warten und laufend auf einem zeitgemäßen Sicherheitsstandard zu halten. Eine vorübergehende Einschränkung des Angebots, um ansonsten eine ununterbrochene und fehlerfreie Funktionsweise sicherstellen zu können, sei daher sachlich gerechtfertigt. Da auch andere Möglichkeiten der Auftragserteilung an die Beklagte bestünden, sei von keinem Gewährleistungsausschluss auszugehen.

Berufungsvorbringen:

Der Kläger argumentiert in seiner Berufung damit, dass die Klausel - in intransparenter und gröblich benachteiligender Weise - über diese Wartungspflicht hinausgehe, insbesondere weil die Gründe für die Einschränkung nicht determiniert und von einem Verschulden der Beklagten unabhängig seien und „vorübergehend“ ein dehnbarer Begriff sei. Im Ergebnis werde damit auch ein Haftungsausschluss normiert. Die Möglichkeit der - kostenpflichtigen - Odererteilung per Telefon oder E-Mail sei keine gleichwertige Alternative.

Berufungsbeantwortung:

Die Beklagte hält dem entgegen, dass die Regelungen - soweit wie möglich - ausreichend determiniert und sachlich gerechtfertigt seien und sich mit der Erwartungshaltung ihrer Kunden decken würden. § 9 KSchG sei schon deswegen nicht anwendbar, weil dafür ein Mangel bei Lieferung bzw Übergabe vorliegen müsse.

Berufungsentscheidung:

Dem Kläger ist beizupflichten, dass die „technischen Störungen oder Wartungsarbeiten“ nur beispielhaft genannt sind, und auch nur als Rechtfertigung für die Einschränkung des Zugangs. Eine gröbliche Benachteiligung ergibt sich insoweit schon daraus, dass die Einschränkung nicht auf das erforderliche Ausmaß bei gleichzeitiger Interessenwahrung des Kunden abstellt und diesem keine korrespondierenden Entgeltminderungsansprüche einräumt. Hauptaussage der Klausel ist aber, dass weder für die Verfügbarkeit, noch für die fehlerfreie Funktionsweise des Webtraders, also einer der Hauptleistungen der Beklagten, eine „Garantie“ übernommen wird. Damit könnte ein Kunde, der Ansprüche wegen einer unterbliebenen oder fehlerhaften Durchführung eines Auftrags mittels Webtraders gegen die Beklagte geltend machen will, als juristischer Laie jedoch von einer Durchsetzung abgehalten werden, selbst wenn die Gründe dafür von der Beklagten zu vertreten oder sogar verschuldet wären. Da den Kunden der Beklagten somit ein unklares oder gar falsches Bild von ihrem Leistungs- und Haftungsumfang vermittelt wird, ist diese Klausel jedenfalls intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG (vgl 9 Ob 38/19g Klauseln 4, 16).

Klausel 8

„Der Kunde ist verpflichtet, bei der Verwendung des Webtraders stets umsichtig vorzugehen und dafür Sorge zu tragen, dass auf den Webtrader ausschließlich von einem sicheren und virusfreien Computer aus zugegriffen wird.“

Klagsvorbringen:

Die Verpflichtung, „ausschließlich von einem sicheren und virusfreien Computer“ zuzugreifen, sei intransparent und gröblich benachteiligend, weil der durchschnittliche Verbraucher dies nicht zweifelsfrei beurteilen könne und die daraus resultierende Verpflichtung, sich regelmäßig selbstständig über neueste Entwicklungen im Hard- und Softwarebereich zu informieren und diese sofort umzusetzen, unzumutbar sei. Im Übrigen sei bereits das Erfordernis, ein Antivirenprogramm zu installieren und auf dem neuesten Stand zu halten, als überschießend beurteilt worden.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte hält dem entgegen, dass die Beschaffung und Wartung der Endgeräte nach 8 Ob 58/14h in den Verantwortungsbereich des Kunden falle und dies auch für die Sicherheit und Virenfreiheit gelte. Zudem müsse der Kunde dafür nur „Sorge tragen“, sodass ihm eine fehlende Erkennbarkeit nicht angelastet werden könne.

Erstgericht:

Das Erstgericht war der Ansicht, dass durch die Formulierung der Klausel ausreichend die Sorgfaltspflicht des Kunden zum Ausdruck gebracht werde, ihm zumutbare Schritte zu setzen, um eine Kontamination mit Schadsoftware zu verhindern, weswegen keine gröbliche Benachteiligung vorliege.

Berufungsvorbringen:

Der Kläger hält dem entgegen, dass der Kunde nach der Regelung nicht zu einem (zumutbaren) Tun, sondern einem Erfolg verpflichtet werde, nämlich „ausschließlich“ von einem „sicheren und virusfreien Computer“ zuzugreifen, was darüber hinausgehe und auch intransparent sei. Die E 8 Ob 58/14h spreche gerade gegen die Zulässigkeit dieser Klausel.

Berufungsbeantwortung:

Die Beklagte verweist im Wesentlichen auf ihr erstinstanzliches Vorbringen und die aus ihrer Sicht zutreffenden Ausführungen des Erstgerichts.

Berufungsentscheidung:

Dem Kläger ist darin beizupflichten, dass der Kunde nach dem Wortlaut der Klausel nicht nur dazu verpflichtet wird, angemessene und zumutbare Maßnahmen zu setzen, um seinen Computer insbesondere virusfrei zu halten, sondern vielmehr für dessen Virusfreiheit, also einen Erfolg, einzustehen hat (Zugriff ausschließlich von einem virusfreien Computer), wobei diese verschuldensunabhängige Erfolgsverbindlichkeit zweifellos sachlich nicht gerechtfertigt ist, nicht zuletzt in Relation zu den Haftungsausschlüssen der Beklagten.

Was zusätzlich unter einem „sicheren Computer“ zu verstehen ist, bleibt offen und damit intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG (Hard- und/oder Software? Browser? Mailprogramm? zur Frage, ob „https“ vorgeschrieben werden kann s 8 Ob 128/17g Klausel 6). Letztlich ist die Klausel auch deswegen intransparent, weil die Rechtsfolgen nicht geregelt sind, insbesondere ob ein Verstoß zu einem Haftungsausschluss der Beklagten, einem Mitverschulden des Kunden oder gar dessen Haftung (wofür?) führen soll.

Daher ist auch diese Klausel in Abänderung der erstgerichtlichen Entscheidung zu untersagen.

Klausel 15

„DEGIRO wird die Aufträge des Kunden gemäß den Orderausführungsgrundsätzen ausführen. Die Orderausführungsgrundsätze sind im Dokument „Orders und Orderausführungsgrundsätze“ beschrieben. Die jüngste Version dieses Dokuments, das einen Bestandteil des Informationsblatts „Informationen zu den Wertpapierdienstleistungen von DEGIRO“ bildet, ist auf der Website von DEGIRO veröffentlicht. Der Kunde bestätigt, dass der Kunde das Dokument „Orders und Orderausführungsgrundsätze“ gelesen und verstanden hat und dass er sich mit den dort genannten Bestimmungen einverstanden erklärt, inklusive der Möglichkeit, dass Orders auch an anderen Orten als den regulierten Märkten und multilateralen Handelsplätzen ausgeführt werden. DEGIRO ist nicht dazu verpflichtet, Orders des Kunden auszuführen, die von den Orderausführungsgrundsätzen abweichen.“

Klagsvorbringen:

Der Kläger ist der Ansicht, dass diese Klausel gegen § 63 Abs 5 WAG 2018 verstoße, der eine ausdrückliche Zustimmung verlange, und auch überraschend und nachteilig iSd § 864a ABGB sei.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte beruft sich auf eine Unanwendbarkeit des österreichischen Wertpapieraufsichtsrechts angesichts ihres Sitzes in den Niederlanden, der Einhaltung der dortigen Vorschriften sowie darauf, dass eine Zustimmung nach § 63 Abs 5 WAG 2018 sehr wohl auch in Form einer allgemeinen Vereinbarung und damit im Wege von AGB

erteilt werden könne. Zudem würden Orders nur dann an anderen Orten als den regulierten Märkten und multilateralen Handelsplätzen ausgeführt, wenn ein Kunde von sich aus spezifisch ein Handeln mit ansonsten nicht handelbaren Produkten verlange, sodass dieser damit automatisch einer entsprechenden Vorgehensweise zustimme.

Erstgericht:

Das Erstgericht erachtete eine derartige Vereinbarung in AGB unter Hinweis auf § 63 Abs 5 WAG 2018 (§ 52 Abs 5 Z 1 WAG 2007), Art 27 Abs 5 der MiFID II-RL und der Rechtsansicht des Ausschusses der europäischen Wertpapierregulierungsbehörden für zulässig. Der Gesetzgeber sehe keine besonderen Formerfordernisse vor, sondern gestatte vielmehr eine Aufnahme der Information in eine allgemeine Vereinbarung.

Berufungsvorbringen:

Der Kläger ist der Ansicht, dass die geforderte „ausdrückliche Zustimmung“ nach dem Schutzzweck des Gesetzes zwar mittels allgemeiner Vereinbarung erfolgen könne, angesichts der damit für den Kunden verbundenen Risiken und Nachteile aber dennoch eine individuelle und gesonderte Abrede sein müsse und nicht in einer vorformulierten Klausel inmitten umfangreicher AGB versteckt sein dürfe, was auch gegen § 864a ABGB verstoße.

Berufungsbeantwortung:

Die Beklagte hält die Rechtsansicht des Erstgerichts, die sich mit der hA decke, für zutreffend.

Berufungsentscheidung:

§ 63 Abs 5 WAG 2018 lautet:

„Sofern in der Ausführungspolitik vorgesehen ist, dass Aufträge außerhalb eines Handelsplatzes gemäß § 1 Z

26 ausgeführt werden dürfen, hat der Rechtsträger seine Kunden auf diese Möglichkeit hinzuweisen. Bevor ein Rechtsträger Kundenaufträge außerhalb eines Handelsplatzes gemäß § 1 Z 26 ausführt, hat er die vorherige ausdrückliche Zustimmung des Kunden einzuholen. Diese Zustimmung kann entweder in Form einer allgemeinen Vereinbarung oder zu jedem Geschäft einzeln eingeholt werden."

Während § 38 Abs 1, § 40 Abs 7 und § 41 Abs 1 u 2 WAG 2018 nur von einer „ausdrücklichen Zustimmung“ sprechen (vgl Klauseln 18, 19), ist in § 63 Abs 5 und § 68 Abs 3 WAG 2018 zusätzlich festgehalten, dass diese „entweder in Form einer allgemeinen Vereinbarung oder zu jedem Geschäft einzeln“ eingeholt werden kann. § 58 Z 3 WAG 2018 kennt nochmals eine „Warnung in standardisierter Form“.

Winternitz/Beer/Steinmair (in WAG 2018 § 68 Rz 4) sehen bei einer geeigneten Gegenpartei iSd § 68 Abs 3 WAG 2018 die Möglichkeit einer derartigen Vereinbarung in AGB, gehen bei § 63 Abs 5 WAG 2018 aber nicht näher auf diese Frage ein.

Auch *Zahradnik* (in *Brandl/Saria*, WAG 2018² § 41 Rz 10) hat zu §§ 38, 41 WAG 2018 keine Einwände gegen vorformulierte Texte.

Nach *Gruber* (in *Gruber/Raschauer*, WAG § 52 WAG Rz 31) solle das Einfügen einer entsprechenden Klausel in die AGB nicht ausreichen, weil es sich nach dem Gesetzeswortlaut um eine ausdrückliche Zustimmung handeln müsse, jedoch sei es ausreichend, die Zustimmung über die Unterschrift unter einen vorformulierten Text oder per Klick auf einen Link der Website einzuholen.

Unzweifelhaft ist, dass in diesem Bereich - anders als bei §§ 38, 41 WAG 2018 - eine generalisierende Vorwegzustimmung („in Form einer allgemeinen Vereinbarung“) zulässig ist und damit grundsätzlich auch die Verwendung von Vertragsformblättern. Ob „ausdrücklich“ dabei iSv § 863 ABGB zu verstehen ist, also ua die Unterschrift unter das Vertragswerk bzw AGB ausreicht, oder - um dem Schutzzwecke Genüge zu tun - eine gesonderte Zustimmung zu eben dieser Bestimmung zu verlangen ist, kann aber dahingestellt bleibt.

Der Kläger stützt sich nämlich auch auf § 864a ABGB, der für österreichische Verbraucher eine zusätzliche Anforderung an den Inhalt von AGB aufstellt. Die abstrakte und generelle Möglichkeit, Orders auch an anderen Orten als den regulierten Märkten und multilateralen Handelsplätzen auszuführen, ist für den Kunden zweifellos nachteilig, sind damit doch weitere und zu diesem Zeitpunkt nicht abschätzbare Risiken und Kosten verbunden (vor denen er ja gerade gewarnt werden soll). Der Hinweis, der hier im Vertrag (S 19 von 31) in Artikel 8 „Aufträge“, Unterpunkt 6. „Orderausführungsgrundsätze“ in einem Halbsatz im Fließtext enthalten ist, genügt den Anforderungen nach § 864a ABGB aber nicht.

Der Rest der Klausel *„DEGIRO wird die Aufträge des Kunden gemäß den Orderausführungsgrundsätzen ausführen. Die Orderausführungsgrundsätze sind im Dokument „Orders und Orderausführungsgrundsätze“ beschrieben. Die jüngste Version dieses Dokuments, das einen Bestandteil des Informationsblatts „Informationen zu den Wertpapierdienstleistungen von DEGIRO“ bildet, ist auf der Website von DEGIRO veröffentlicht. Der Kunde bestätigt, dass der Kunde das Dokument „Orders und*

Orderausführungsgrundsätze" gelesen und verstanden hat [...]. DEGIRO ist nicht dazu verpflichtet, Orders des Kunden auszuführen, die von den Orderausführungsgrundsätzen abweichen." ist jedoch eine in sich abgeschlossene und vom Kläger auch nicht beanstandete Regelungseinheit mit einem anderen Inhalt, sodass nur der konkret beanstandete Halbsatz zu verbieten ist.

Klausel 22

„Der Kunde akzeptiert, dass DEGIRO in keiner Weise gehalten ist, den Kunden auf der Grundlage dieser Informationen zu warnen oder zu beraten."

Klagsvorbringen:

Da damit ohne sachliche Rechtfertigung auch vor- und nebenvertragliche Warnpflichten ausgeschlossen würden, die ein Unternehmen im Einzelfall nach der Übung des redlichen Verkehrs treffen könnten, sei diese Klausel gröblich benachteiligend. Auch unter Berücksichtigung des Gesamtzusammenhangs ergebe sich nicht, dass es sich dabei lediglich um Informationen von anderen Kunden handeln solle, die der Geheimhaltung unterliegen würden.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte hielt dem entgegen, dass sie schon grundsätzlich keine Beratungsleistungen erbringe und sich diese Passage in einer Regelung zur Geheimhaltung betreffend Informationen finde, die sie durch Tätigkeiten für andere Kunden erhalte und naturgemäß nicht weitergeben dürfe.

Erstgericht:

Das Erstgericht folgte der Argumentation der Beklagten: Aus dem gesamten Artikel 12.4 ergebe sich, dass Kundeninteressen gegeneinander abgesichert werden

sollten und die Beklagte die Geheimhaltung der vom Kunden erhaltenen Informationen zusage, sodass sie nicht gleichzeitig die Verpflichtung treffen könne, derartige Informationen anderer Kunden zu offenbaren.

Berufungsvorbringen:

Der Kläger verweist auf die allgemein gehaltene Formulierung des angefochtenen sowie des vorhergehenden Satzes und die gebotene kundenfeindlichste Auslegung. Demnach würde jede Form von Informationen erfasst, und nicht bloß vertrauliche, sodass die Beklagte im Einzelfall sehr wohl eine Warnpflicht treffen könnte.

Berufungsbeantwortung:

Nach Ansicht der Beklagten reiße der Kläger den Satz unzulässigerweise aus dem Zusammenhang.

Berufungsentscheidung:

Die angefochtene Klausel findet sich in folgender Regelung:

„Artikel 12. Information, Kommunikation

12.4 Geheimhaltung

Die Vertragsparteien kommen überein, dass sie in Bezug auf alle Informationen, die sie im Rahmen der Wertpapierdienstleistungen von und über die jeweils andere Partei erhalten haben und von denen in angemessener Weise davon ausgegangen werden kann, dass sie einen vertraulichen Charakter haben, der Geheimhaltungspflicht unterliegen, es sei denn, dass die Vertragsparteien aufgrund gesetzlicher Vorschriften und Bestimmungen gehalten sind, diese Informationen zu veröffentlichen. Durch Ihre Dienstleistungen kann DEGIRO von Zeit zu Zeit über Information verfügen, die für die Handelsaktivitäten des Kunden von Relevanz sein können. Der Kunde akzeptiert, dass DEGIRO in keiner Weise

gehalten ist, den Kunden auf der Grundlage dieser Informationen zu warnen oder zu beraten."

In diesem Fall ist aber der Beklagten und dem Erstgericht beizupflichten, dass die Klausel selbst bei kundenfeindlichster Auslegung lediglich auf Informationen abstellt, die die Beklagte durch [gemeint:] ihre Dienstleistungen für Dritte erworben hat und die der Geheimhaltung unterliegen, sodass diese Regelung nicht als umfassender Haftungsausschluss zu verstehen und sachlich gerechtfertigt ist. „Dieser“ ist insofern nicht nur rückbezüglich zu Satz 2, sondern auch Satz 1. Hinzu kommt, dass Beratungspflichten, „relevante Informationen zu Kapitalmaßnahmen“ und „Daten“ von der Beklagten an anderer Stelle spezifisch geregelt werden (Punkt 7.1 = Klausel 13; 8.9 = Klausel 17; Punkt 12.5 = Klausel 23).

Klausel 23

„DEGIRO gibt keine Garantie dafür, dass die dem Kunden zur Verfügung stehenden Preise zu jedem Zeitpunkt aktuell und korrekt sind. Wenn Informationen auf der Webseite inkorrekt oder unplausibel erscheinen, soll der Kunde nicht auf Grundlage dieser Informationen agieren, sondern DEGIRO hierzu kontaktieren, um Fehler und möglicherweise daraus resultierende Verluste zu vermeiden.“

Klagsvorbringen:

Nach dem Verständnis des Klägers würde mit dieser Klausel wiederum eine Haftung der Beklagten für Fehlinformation ausgeschlossen und dem Kunden überdies eine Meldepflicht auferlegt, sodass diese mit § 6 Abs 1 Z 9 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB in Widerspruch stehe.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte argumentiert damit, dass lediglich eine verschuldensunabhängige Garantie ausgeschlossen werde und dem Kunden auch keine Handlungspflichten aufaufoktroziert würden.

Erstgericht:

Aus dieser Klausel sei zweifelsfrei ersichtlich, dass nicht die Haftung nach § 49 WAG 2018 ausgeschlossen werde, sondern nur eine verschuldensunabhängige Garantie gemeint sei. Der letzte Satz überbürde dem Kunden auch keine Pflicht, sondern verdeutliche nur, was ohnedies jedem Durchschnittskunden klar sei.

Berufungsvorbringen:

Der Kläger führt ins Treffen, dass die Klausel nach ihrem Wortlaut und Zweck eindeutig einen generellen Haftungsausschluss für eigene und zugelieferte Informationen regle; dass nur eine verschuldensunabhängige Haftung gemeint sei, ergebe sich gerade nicht aus der Formulierung und sei für einen Durchschnittskunden auch sonst nicht ersichtlich. Ebenso wenig werde ein Kunde im Normalfall erkennen können, ob eine Information „inkorrekt oder unplausibel“ sei, sondern vielmehr davon ausgehen, dass die von der Beklagten zur Verfügung gestellten Informationen richtig seien und seine Anlageentscheidung darauf gründen.

Berufungsbeantwortung:

Die Beklagte verweist darauf, dass die Haftung wegen Verschuldens in Punkt 13 der AGB geregelt sei, auf ihr erstinstanzliches Vorbringen sowie auf die aus ihrer Sicht zutreffende rechtliche Beurteilung des Erstgerichts.

Berufungsentscheidung:

Die beanstandete Passage findet sich in folgendem Zusammenhang:

„12.6 Daten

Auf der Unternehmenswebseite sowie über den Webtrader erhält der Kunde Zugang zu Informationen. Die meisten Preisinformationen und andere Marktdaten werden nicht von DEGIRO zur Verfügung gestellt, sondern direkt von VWD Group, auf Grundlage einer vertraglichen Vereinbarung zwischen dem Kunden und der VWD-Gruppe. Teilweise werden diese Marktdaten jedoch dem Kunden direkt von DEGIRO zur Verfügung gestellt. Den überwiegenden Teil dieser Informationen erhält DEGIRO von Dritten, wie Börsen und Datenanbietern. DEGIRO wird sich darum bemühen, die korrekten Daten rechtzeitig zu erhalten und zu verarbeiten, sowie die Qualität der Drittparteien, von denen DEGIRO die Daten erhält, zu überwachen. Für weitere Details und Bedingungen, die in Bezug auf Marktdaten gelten, lesen Sie bitte das Dokument „Marktdaten“ der „Informationen zu den Wertpapierdienstleistungen“. DEGIRO gibt keine Garantie dafür, dass die dem Kunden zur Verfügung stehenden Preise zu jedem Zeitpunkt aktuell und korrekt sind. Wenn Informationen auf der Webseite inkorrekt oder unplausibel erscheinen, soll der Kunde nicht auf Grundlage dieser Informationen agieren, sondern DEGIRO hierzu kontaktieren, um Fehler und möglicherweise daraus resultierende Verluste zu vermeiden.“

Wie bereits zu Klausel 17 festgehalten, müssen nach § 49 WAG 2018 alle Informationen, einschließlich Marketingmitteilungen, die ein Rechtsträger an Kunden richtet, redlich und eindeutig sein und dürfen nicht

irreführend sein. Wenn die Beklagte daher vom Kunden verlangt („soll“), dass er „inkorrekte oder unplausible“ Informationen proaktiv meldet, überbürdet sie diesem tatsächlich ohne sachliche Rechtfertigung eine sie treffende Pflicht, sodass der zweite Satz der Klausel gröblich benachteiligend ist, und, soweit für den Kunden nicht nachvollziehbar ist, welche Rechtsfolgen sich für ihn bei einem Verstoß ergeben, auch intransparent. Aber auch der vorletzte Satz wird von einem juristischen Laien nicht bloß als Ausschluss einer verschuldensunabhängigen Garantie verstanden (zumal eine solche für eigene Leistungen nie abgegeben wurde), sondern vielmehr dahingehend, dass es für den Ausschluss jeglicher Haftung der Beklagten für falsche oder unvollständige Informationen ausreicht, wenn sie sich im Sinne der Einleitung „bemüht“, „die korrekten Daten rechtzeitig zu erhalten und zu verarbeiten, sowie die Qualität der Drittparteien [also nicht einmal der Daten] zu überwachen.“ Da damit sogar die Haftung für selbstverschuldete Verarbeitungsfehler ausgeschlossen wird - oder zumindest ein dahingehender Eindruck erweckt wird, der einen Kunden von der Durchsetzung seiner Rechte abhalten kann - ist diese Klausel als § 879 Abs 3 ABGB, § 6 Abs 3 KSchG widersprechend zu verbieten (vgl auch Klausel 7).

Klausel 26

„Die Bemühungen von DEGIRO sind darauf gerichtet, ihre Dienstleistungen auf sorgfältige Weise zu erbringen und dabei die Interessen ihrer Kunden zu berücksichtigen und zu schützen.“

Klagsvorbringen:

Der Kläger ortet hier einen Widerspruch zu § 47 Abs 1, § 62 Abs 1 WAG 2018 und verweist auf Klausel 15.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte hält dem entgegen, dass die Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen - wobei in ihrem Fall ohnedies die niederländischen zur Anwendung gelangen würden - durch diese Klausel in keiner Weise eingeschränkt würde und sie entsprechend den Vorgaben der MiFID II-RL nach dem „Best Execution“-Prinzip agiere.

Erstgericht:

Nach Ansicht des Erstgerichts müsse diese Klausel im Zusammenhang mit der Klausel 15 (Punkt 8.6) gelesen werden, die wiederum auf die Orderausführungsgrundsätze verweise, die im Wesentlichen den europäischen Vorgaben, insbesondere Art 27 Abs 1 der MiFID II-RL, entsprechen würden.

Berufungsvorbringen:

In der Berufung wird damit argumentiert, dass es sich bei Klausel 26 um eine eigenständige Regelung handle, die unzulässig sei, selbst wenn die Orderausführungsgrundsätze als solche nicht zu beanstanden wären. Da sich diese bei den Regelungen zur Haftung finde, solle sie offenkundig zur Abwehr von Schadenersatzansprüchen herangezogen werden. Die darin geregelten „Bemühungen“ seien jedoch nicht mit den wesentlich strengeren und zwingenden Bestimmungen des WAG 2018 in Einklang zu bringen.

Berufungsbeantwortung:

Die Berufung hält dem die allgemeine Textierung der Klausel und die näher geregelten Orderausführungsgrundsätze entgegen.

Berufungsentscheidung:

§ 47 Abs 1 WAG 2018 normiert:

„Ein Rechtsträger hat bei der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen und Nebendienstleistungen ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse seiner Kunden zu handeln und den §§ 47 bis 61 zu entsprechen; beim Handel sowie der Annahme und Übermittlung von Aufträgen im Zusammenhang mit Veranlagungen gemäß § 1 Abs 1 Z 3 des Kapitalmarktgesetzes 2019 ist insbesondere den §§ 48 bis 54 und § 59 und § 60 zu entsprechen.“

§ 62 Abs 1 WAG 2018 besagt weiters:

„Ein Rechtsträger hat bei der Ausführung von Aufträgen unter Berücksichtigung des Kurses, der Kosten, der Schnelligkeit, der Wahrscheinlichkeit der Ausführung und Abwicklung, des Umfangs, der Art und aller sonstigen, für die Auftragsausführung relevanten Aspekte alle hinreichenden Maßnahmen zu ergreifen, um das bestmögliche Ergebnis für seine Kunden zu erreichen. Liegt jedoch eine ausdrückliche Weisung des Kunden vor, hat der Rechtsträger den Auftrag gemäß dieser ausdrücklichen Weisung auszuführen.“

Die angefochtene Bestimmung findet sich unter der Überschrift:

Artikel 13. Haftung, Haftungsausschluss und Schadenersatz

13.1 Sorgfältige Dienstleistungserbringung“.

Der Satz *„Die Bemühungen von DEGIRO sind darauf gerichtet, ihre Dienstleistungen auf sorgfältige Weise zu erbringen und dabei die Interessen ihrer Kunden zu berücksichtigen und zu schützen“* ist insofern aber als programmatische Einleitung ohne eigenen Regelungsgehalt

zu verstehen und insbesondere nicht als Einschränkung oder Abgehen von § 47 Abs 1, § 62 Abs 1 WAG 2018, dies insbesondere, weil die konkreten Pflichten und Haftungen in diversen Klauseln im Detail geregelt werden. Das Erstgericht hat den vom Kläger ins Treffen geführten Widerspruch zum WAG 2018 somit zu Recht verneint.

Klausel 38

„DEGIRO ist dazu berechtigt, die im Rahmen des Kundenvertrags eingegangene Geschäftsbeziehung ohne Verzug und ohne sonstige Formalitäten fristlos zu beenden und die persönliche Seite des Kunden zu blockieren, wenn: der Kunde auf eine andere Weise seinen Verpflichtungen gegenüber DEGIRO nicht nachkommt oder wenn das Vertrauens- oder Geschäftsverhältnis zwischen DEGIRO und dem Kunden nach Meinung von DEGIRO erheblich verletzt wurde.“

Zum wechselseitigen Vorbringen wird auf die Ausführungen zur Berufung der Beklagten (S 66 ff) verwiesen.

Nach Ansicht des Erstgerichts spiegle das zweite Szenario die Rechtsprechung zur Beendigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund allgemein wieder und sei in dieser Form als Auffangtatbestand nicht zu beanstanden. Die Wortfolge „nach Meinung von Degiro“ führe zu keiner Intransparenz, weil die Beklagte immer nur dann eine fristlose Kündigung aussprechen werde, wenn das Vertrauensverhältnis aus ihrer Sicht erheblich verletzt sei; ob dies tatsächlich der Fall sei, sei jeweils im Einzelfall zu prüfen.

Berufungsvorbringen:

Die Berufung hält dagegen, dass eine „erhebliche Verletzung des Vertrauens- oder Geschäftsverhältnisses“

„nach Meinung“ der Beklagten für eine sachliche Rechtfertigung des außerordentlichen Kündigungsrechts (das überdies durch eine bloße Sperre ausgeübt werden könne) nicht ausreiche, zumal gerade nicht auf das Erfordernis der Unzumutbarkeit abgestellt werde und die für die Meinungsbildung der Beklagten relevanten Kriterien nicht definiert würden, sodass auch der zweite Teil der Klausel wegen eines Verstoßes gegen § 6 Abs 2 Z 1, Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB zu verbieten sei.

Berufungsbeantwortung:

Laut Beklagter sei der Verweis auf eine Erheblichkeit ausreichend.

Berufungsentscheidung:

Bereits zu Klausel 46 wurde auf die E 8 Ob 144/18m verwiesen, wonach das wesentliche Kriterium der Unzumutbarkeit der weiteren Vertragsfortsetzung in der Klausel Erwähnung finde müsse.

Da auch der zweite Teil der Klausel 38 nicht auf eine solche (etwa wegen einer Gefährdung der Rechtsposition der Beklagten) Bezug nimmt, und es allein der „Meinung“ der Beklagten überlässt, welche Umstände zu einer „erheblichen Verletzung des Vertrauens- und Geschäftsverhältnisses“ führen können (Pflichtverletzungen des Kunden sind bereits im ersten Halbsatz vor dem „oder“ genannt), verstößt er ebenso gegen § 6 Abs 2 Z 1 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB und ist intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG (s auch Klausel 3).

Im Ergebnis ist daher der Berufung des Klägers in Bezug auf die Klauseln 3, 7, 8, 23 und 38 2. Teil zur Gänze und 15 zum Teil Folge zu geben; die Abweisung der Klauseln 22 und 26 und des weiteren Teils der Klausel 15 war hingegen zu bestätigen.

IV. Die Abänderung des Ersturteils führt zu einer neuen Entscheidung über die erstinstanzlichen Verfahrenskosten. Da der Kläger im Ergebnis (je nach Zählweise) nur mit 2 - 3 von 51 - 53 Klauseln nicht durchgedrungen ist, liegt ein Fall des geringfügigen Unterliegens iSd § 43 Abs 2 ZPO vor, sodass er einen vollen Kostenersatzanspruch hat, allerdings nur auf Basis des obsiegten Betrags (vgl RS0035989), sodass es zu einem Tarifsprung kommt. Einwendungen iSd § 54 Abs 1a ZPO wurden nicht erhoben. Der Kläger hat daher Anspruch auf EUR 6.247,44 (darin EUR 787,24 an USt und EUR 1.528,- an Barauslagen).

V. Die Kostenentscheidung im Rechtsmittelverfahren beruht hinsichtlich des Klägers auf §§ 43 Abs 1, 50 ZPO und hinsichtlich der Beklagten auf §§ 41, 50 ZPO.

Der Kläger ist mit seiner Berufung betreffend 8 von 52 Klauseln und einem Berufungsinteresse von EUR 5.538,46 nur mit rund 5,5 Klauseln oder 70 % durchgedrungen, sodass er einen Kostenersatzanspruch von EUR 764,66 (darin EUR 60,83 an USt und EUR 399,70 an anteiligen Barauslagen) hat.

Die mit ihrer Berufung zur Gänze unterlegene Beklagte hat dem Kläger weiters die Kosten der Berufungsbeantwortung auf Basis von EUR 30.461,54 zu ersetzen, das sind EUR 2.614,32 (darin EUR 435,72 an USt).

VI. Bei der Bewertung iSd § 500 Abs 2 Z 1 ZPO wurde jener der Klage gefolgt.

VII. Die ordentliche Revision war zuzulassen, weil die zu beurteilenden Klauseln für eine größere Anzahl von Verbrauchern bestimmt und von Bedeutung sind und die rechtlichen Vorgaben für einen „Online-Broker“ mit Sitz

im (EU-)Ausland, insbesondere die Anwendbarkeit des WAG 2018 und des VKrG, noch nicht ausjudiziert sind.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 1, am 28. August 2020

Dr. Regine Jesionek

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG