



Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichts Dr. Jesionek als Vorsitzende sowie die Richter des Oberlandesgerichts Dr. Hinger und Mag. Guggenbichler in der Rechtssache der klagenden Partei **VKI Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KEG in Wien, gegen die beklagte Partei **IMB Vermögensverwaltung GmbH**, Praterstraße 38, 1020 Wien, vertreten durch Brandl & Talos Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung (EUR 30.500,--) und Urteilsveröffentlichung (EUR 5.500,--), über die Berufungen beider Parteien gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 14.12.2009, 11 Cg 176/09h-6, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

I. Der Berufung der beklagten Partei wird **nicht Folge** gegeben.

II. Der Berufung der klagenden Partei wird **Folge** gegeben und das angefochtene Urteil abgeändert, dass es insgesamt (unter Einschluss des bestätigten Teils) zu lauten hat:

„Die beklagte Partei ist schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde-

legt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln:

1. Der/die Depotinhaber bestätigt(en), eine detaillierte Beschreibung der von IMB angebotenen standardisierten Anlagestrategien sowie des Rahmens für eine individuelle Anlagestrategie rechtzeitig vor Vertragsabschluss als Anlage zur IMB Informationsbroschüre erhalten zu haben. Diese Anlage bildet somit einen integrierenden Bestandteil des Vertrags.

2. Änderungen der Anlagepolitik bedürfen der Schriftform.

3. Die gewählte Risikobereitschaft (gemäß beiliegendem Anlegerprofil) und Portfoliozusammenstellung des/der Depotinhaber bezieht sich auf den Anfangswert des veranlagten Kapitals. Abweichungen zu Vorgaben betreffend Risikoklassen, Märkten, Art der eingesetzten Instrumente oder Währungen sind bis zu 10 % des Depotwertes zulässig. Nachfolgende Orders oder Wünsche zum An- und Verkauf von Fonds, Instrumenten oder Wertpapieren bedürfen keiner weiteren Risikoauflärung oder Beratung und sind auch dann zulässig, wenn dies nicht in die Risikoklasse fällt, aber bei Durchrechnung der Konten die gewählte Risikobereitschaft (gemäß beiliegendem Anlegerprofil) zu 90 % erreicht wird.

4. Managementgebühr für die laufende Vermögensverwaltung: Diese beträgt 1 % pro Halbjahr und bemisst sich jeweils am Gesamtwert der Konten an den beiden Stichtagen 30. Juni und 31. Dezember und ist im Vorhinein mit Ausweis auf der halbjährlichen Depotabrechnung fällig. Wird der Vermögensverwaltungsvertrag während eines laufenden Kalenderhalbjahres abgeschlossen, so ist die Managementgebühr aliquot für die vollen Monate des betreffenden Halbjahres geschuldet. Im Falle der Vertragsauflösung während eines Kalenderhalbjahres ist die Managementgebühr bis Halbjahresende geschuldet.

5. Grundsätzlich werden sämtliche banküblichen Spesen und Gebühren den Konten zusätzlich verrechnet. Ab Fälligkeit ist IMB zu einer Direktverrechnung gegen die Konten berechtigt.

6. Gesonderte Vereinbarungen wie z.B. Sonderkonditionen müssen schriftlich festgehalten werden.

7. Der/die Depotinhaber hat/haben die IMB Conflict of Interest-Policy erhalten und stimmt/stimmen dieser zu.

8. IMB haftet nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Die Haftung für leichte Fahrlässigkeit wird ausdrücklich ausgeschlossen.

9. Der/die Depotinhaber trägt/tragen allein das Risiko der Wertentwicklung und bestä-

tigt(en), dass ihm/ihnen von IMB auch keine bestimmte Ertragsentwicklung garantiert wurde.

10. Der/die Depotinhaber entbindet(n) daher – soweit gesetzlich zulässig – IMB von jeglicher Haftung für die von IMB leicht fahrlässig getroffenen Verfügungen und Maßnahmen wie insbesondere die Auswahl und den Zeitpunkt für Kauf und Verkauf der Wertpapiere oder anderer Vermögenswerte, für auftretende Kurs-, Währungs- und sonstige Vermögensverluste oder sonstige Wertminderungen.

11. Der/die Depotinhaber verzichtet(n) ausdrücklich darauf, den Vermögensverwaltungsvertrag wegen Irrtums (§ 871 ff ABGB) anzufechten.

12. Der/die Depotinhaber erklärt(en), dass er steuerlich von einer hierzu befugten Person vertreten ist und dass ihm die gesetzlichen Bestimmungen betreffend Kapitaleinkünfte, Spekulationseinkünfte und Kapitalertragssteuer sowie ausschüttungsgleiche Erträge von in- und ausländischen Investmentfonds bekannt sind.

13. Änderungen und/oder Ergänzungen dieser Vereinbarung bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Das gilt auch für eine Vereinbarung über das Abgehen von der Schriftform.

14. Mündliche Nebenabreden bestehen nicht.

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

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

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden

Partei binnen 14 Tagen die Prozesskosten von EUR 5.007,08 (darin EUR 641,-- Barauslagen und EUR 727,68 USt) zu ersetzen.“

III. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die Kosten des Berufungsverfahrens von EUR 3.576,88 (darin EUR 493,-- Barauslagen und EUR 513,98 USt) zu ersetzen.

IV. Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt EUR 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist **nicht** zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Der Kläger, zur Klage legitimiert nach § 29 Abs 1 KSchG, begehrte, der Beklagten die Verwendung der im Spruch genannten Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu verbieten und brachte dazu vor, diese Klauseln würden Tatbestände des § 6 KSchG erfüllen, sie seien sittenwidrig und für Vertragspartner gröblich benachteiligend sowie überraschend.

Die Beklagte bestritt das Klagebegehren und auch das Urteilsveröffentlichungsbegehren und wendete ein, dass die Klauseln weder sittenwidrig noch gröblich benachteiligend noch überraschend seien und auch im Katalog des § 6 KSchG nicht Deckung fänden.

Das Erstgericht hat, weil der Sachverhalt unstrittig ist, kein Beweisverfahren durchgeführt, die strittigen Vertragsklauseln festgestellt und dem Klagebegehren überwiegend stattgegeben. Nur das Unterlassungsbegehren hinsichtlich der Klauseln 4 und 10 wies es ab.

Im Einzelnen führte es dazu aus, dass die Klauseln 1, 7, 9, 12 und 14 die Beweislast zu Ungunsten der Verbraucher verschieben würden; dass die Klauseln 2, 6 und 13 die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen zu

Lasten der Verbraucher unzulässig einschränken; dass die Klausel 3 der Beklagten unzulässigerweise das Recht einräume, die eigene Leistung für den Verbraucher unzumutbar abzuändern; dass die Klausel 5 dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG widerspreche; dass die Klausel 8 die Haftung der Beklagten für leichte Fahrlässigkeit ohne Beschränkung ausschließe; und dass Klausel 11 gegen § 6 Abs 1 Z 14 KSchG verstoße.

Die Klausel 4 hingegen sei nicht ungewöhnlich, weil es bei Dauerschuldverhältnissen üblich sei, dass ein nach Zeitperioden zu berechnendes Entgelt bei Ende des Schuldverhältnisses innerhalb einer Zeitperiode nicht aliquotiert werde. Die Klausel 10 sei nicht unzulässig, weil § 6 Abs 1 Z 9 den Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit bei Vermögensschäden nicht verbiete.

Das Informationsbedürfnis der gesamten österreichischen Bevölkerung rechtfertige die Ermächtigung des Klägers, den klagsstattgebenden Teil des Urteils auf Kosten der Beklagten zu veröffentlichen.

Dagegen richten sich die Berufungen beider Parteien.

Der Kläger bekämpft das Urteil, soweit sein Begehren zu den Klauseln 4 und 10 abgewiesen wurde. Er macht unrichtige rechtliche Beurteilung geltend und beantragt, das Urteil abzuändern und auch diesem Begehren stattzugeben.

Die Beklagte bekämpft den stattgebenden Teil des Urteils wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung und beantragt, das Urteil im Umfang der Anfechtung abzuändern, es in eventu aufzuheben und die Rechtssache zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurückzuverweisen.

Beide Parteien beantragen, jeweils der Berufung der

Gegenseitige nicht Folge zu geben.

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

Zur Berufung der Beklagten:

Die Beklagte bekämpft zwar formell das Urteil im gesamten stattgebenden Umfang, führt die Berufung allerdings hinsichtlich der Klauseln 2, 6 und 13; sowie hinsichtlich der Klausel 8 und der Klausel 11 ebenso wenig aus wie zur Ermächtigung des Klägers zur Urteilsveröffentlichung. Das Berufungsgericht, das in diesem Teil des Urteils keine Fehlbeurteilung des Erstgerichts erkennt, geht daher auf diese Teile des angefochtenen Urteils nicht mehr weiter ein.

Zu den Klauseln 1, 7, 9, 12 und 14

1. Der/die Depotinhaber bestätigt(en), eine detaillierte Beschreibung der von IMB angebotenen standardisierten Anlagestrategien sowie des Rahmens für eine individuelle Anlagestrategie rechtzeitig vor Vertragsabschluss als Anlage zur IMB Informationsbroschüre erhalten zu haben. Diese Anlage bildet somit einen integrierenden Bestandteil des Vertrags.

7. Der/die Depotinhaber hat/haben die IMB Conflict of Interest-Policy erhalten und stimmt/stimmen dieser zu.

9. Der/die Depotinhaber trägt/tragen allein das Risiko der Wertentwicklung und bestätigt(en), dass ihm/ihnen von IMB auch keine bestimmte Ertragsentwicklung garantiert wurde.

12. Der/die Depotinhaber erklärt(en), dass er steuerlich von einer hiezu befugten Person vertreten ist und dass ihm die gesetzlichen Bestimmungen betreffend Kapitaleinkünfte, Spekulationseinkünfte und Kapitalertragssteuer sowie ausschüttungsgleiche Erträge von in- und ausländischen Investmentfonds bekannt sind.

14. Mündliche Nebenabreden bestehen nicht.

gibt es eine einheitliche Begründung des Erstgerichts sowie ein einheitliches Berufungsvorbringen. Die Beklagte wendet sich gegen die Auffassung, wonach mit diesen Klauseln die Beweislast zu Lasten der Konsumenten verschoben würde, weil die Klauseln keine Willens-, sondern Wissens-

erklärung enthielten. Da jede Wissenserklärung als eine strittige Tatsache der richterlichen Beweismwürdigung unterliege, würde durch die Aufnahme von Wissenserklärungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen keine Beweislast verschoben oder eine nicht vorhandene Beweislast geschaffen. Als Wissenserklärungen würden sie auch den Vertragsinhalt nicht berühren und unterlägen somit gar nicht der Überprüfung nach § 28 KSchG.

Dazu ist zu erwidern, dass auch die vorgeformte Abgabe von Wissenserklärungen die Rechtsposition und die Beweislast der Verbraucher im strittigen Fall negativ beeinflusst. Das hat der OGH zuletzt in 3 Ob 12/09z erkannt (vgl dort III.3 der rechtlichen Beurteilung zu der dort inkriminierten Klausel 3). Es besteht nach Auffassung des OGH kein Hindernis, § 6 Abs 1 Z 1 KSchG analog anzuwenden, wenn zwar formelle Beweislastvereinbarungen nicht getroffen werden, der Konsument aber eine Wissenserklärung abgibt, die im Ergebnis den Wirkungen einer entsprechenden Vereinbarung nahe kommt. Der Konsument gerate dadurch in die Lage, einen Beweis für eine Tatsachenbehauptung anzutreten, die mit seiner bereits in den AGB abgegebenen Wissenserklärung im Widerspruch steht. Dass die Beweissituation des Verbrauchers dadurch erschwert wird, ist evident.

Im vorliegenden Fall enthalten alle fünf Klauseln vorweggenommene Tatsachenbehauptungen, die im Individualprozess durchaus strittig sein können und den Verbraucher in die Position versetzen könnten, das Gegenteil vom Inhalt einer vorweggenommenen Wissenserklärung beweisen zu müssen.

Zur Klausel 3

3. Die gewählte Risikobereitschaft (gemäß beiliegendem Anlegerprofil) und Portfolio-

zusammenstellung des/der Depotinhaber bezieht sich auf den Anfangswert des veranlagten Kapitals. Abweichungen zu Vorgaben betreffend Risikoklassen, Märkten, Art der eingesetzten Instrumente oder Währungen sind bis zu 10 % des Depotwertes zulässig. Nachfolgende Orders oder Wünsche zum An- und Verkauf von Fonds, Instrumenten oder Wertpapieren bedürfen keiner weiteren Risikoaufklärung oder Beratung und sind auch dann zulässig, wenn dies nicht in die Risikoklasse fällt, aber bei Durchrechnung der Konten die gewählte Risikobereitschaft (gemäß beiliegendem Anlegerprofil) zu 90 % erreicht wird.

macht die Beklagte geltend, damit werde ihr nicht das Recht eingeräumt, den Leistungsgegenstand „Vermögensverwaltung“ einseitig zu ändern. Dieser Leistungsgegenstand würde nur näher beschrieben. Der Vermögensverwalter sei der Natur der Sache nach berechtigt, Entscheidungen zu treffen. Dem Vermögensverwalter dabei einen Ermessensspielraum einzuräumen, sei zulässig. Dieses erforderliche Ermessen werde mit der bekämpften Klausel nur konkretisiert. Weil sogar ein völlig freies Ermessen einzuräumen rechtlich möglich wäre, kann eine Beschränkung auf eine 10 %-ige Abweichung nicht unzulässig sein.

Diese Klausel bindet die Beklagte nur für 90 % des veranlagten Anfangskapitals, sich an das Risikoprofil des Konsumenten zu halten. Zum einen kann die Beklagte über 10 % des Depotwerts hinsichtlich Risikoklasse, Märkte und Art der eingesetzten Instrumente oder Währungen frei verfügen; zum anderen braucht sie den Verbraucher nicht weiter aufzuklären, wenn dieser nachträglich im Ausmaß von 10 % des Depotwerts von der ursprünglich erhobenen Risikoklasse abweicht.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts kann diese Freiheit der Beklagten, von der Qualität des ursprünglich übernommenen Auftrags abzuweichen, nicht mehr als geringfügig angesehen werden, sodass sich die Frage der sachlichen Rechtfertigung, die zur Geringfügigkeit kumulativ

hinzukommen müsste, hier gar nicht stellt. Diese Freiheit, die Leistung einseitig zu ändern, widerspricht somit § 6 Abs 2 Z 3 KSchG.

Zur Klausel 5

5. Grundsätzlich werden sämtliche banküblichen Spesen und Gebühren den Konten zusätzlich verrechnet. Ab Fälligkeit ist IMB zu einer Direktverrechnung gegen die Konten berechtigt.

bringt die Beklagte in der Berufung vor, der Verbraucher habe der Beklagten die notwendigen und nützlichen Aufwendungen zu ersetzen. Damit wäre der Verbraucher ohnedies verpflichtet, Spesen und Gebühren, die die Beklagte selbst an Dritte abzuführen hätte, zu ersetzen. Eine genauere Festlegung zu Beginn des Vertragsverhältnisses sei nicht möglich, weil die konkreten Dispositionen über das veranlagte Vermögen noch nicht im Einzelnen feststünden.

Dem ist zu erwidern, dass die Klausel 5 die Einschränkung nicht enthält, wonach nur Spesen und Gebühren gemeint wären, die die Beklagte selbst an Dritte zahlen müsste und die banküblich seien. Bei der gebotenen für den Verbraucher nachteiligsten Auslegung dieser Klausel könnte ihr auch der Sinn unterstellt werden, die Beklagte wäre aus eigenem berechtigt, bankübliche Spesen und Gebühren zu verrechnen, ohne dass sie diese Last von dritter Seite träge. Den Ausführungen in der Berufungsbeantwortung ist daher zuzustimmen.

Die Klausel verstößt gegen das Transparenzgebot von § 6 Abs 3 KSchG.

Damit ist die Behandlung des inhaltlichen Vorbringens der Beklagten in ihrer Berufung erschöpft.

Zur Berufung des Klägers:

Er wendet sich gegen die Abweisung des Unterlas-

sungsbegehrens hinsichtlich der Klausel 4:

4. Managementgebühr für die laufende Vermögensverwaltung: Diese beträgt 1 % pro Halbjahr und bemisst sich jeweils am Gesamtwert der Konten an den beiden Stichtagen 30. Juni und 31. Dezember und ist im Vorhinein mit Ausweis auf der halbjährlichen Depotabrechnung fällig. Wird der Vermögensverwaltungsvertrag während eines laufenden Kalenderhalbjahres abgeschlossen, so ist die Managementgebühr aliquot für die vollen Monate des betreffenden Halbjahres geschuldet. Im Falle der Vertragsauflösung während eines Kalenderhalbjahres ist die Managementgebühr bis Halbjahresende geschuldet.

Dazu kann auf die bereits zitierte Entscheidung 3 Ob 12/09z verwiesen werden (vgl dort Punkt III.14. der rechtlichen Beurteilung zur dort inkriminierten Klausel 17). Der OGH sieht als gröblich benachteiligend die Verpflichtung an, das Leasingentgelt für ein Fahrzeug für den ganzen restlichen Monat zu zahlen, wenn - im ungünstigsten für den Verbraucher heranzuziehenden Fall - dieser das Fahrzeug bereits am ersten Tag des Monats zurückstellt. Diese Überlegung ist auch hier anwendbar, wobei die vorliegende Klausel 4 sogar auf einen längeren Zeitraum, nämlich auf ein halbes Jahr abstellt.

Die Überlegungen des Erstgerichts treffen zwar für sich genommen zu, beschäftigen sich jedoch nicht mit der hier vorliegenden Frage, ob entsprechende Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zulässig sind. Es trifft auch in dieser Allgemeinheit nicht zu, wonach es bei einer vorzeitigen Änderung eines Dauerschuldverhältnisses grundsätzlich zu keiner Aliquotierung des Entgelts käme, vgl nur zur Frage des Mietzinses bei vorzeitiger Beendigung des Bestandverhältnisses nach § 1117 ABGB: *Würth in Rummel* ³ § 1117 Rz 5.

In Stattgebung der Berufung war somit der Beklagten die Verwendung dieser den Verbraucher gröblich benachteiligenden Klausel zu untersagen.

Zur Klausel 10

10. Der/die Depotinhaber entbindet(n) daher – soweit gesetzlich zulässig – IMB von jeglicher Haftung für die von IMB leicht fahrlässig getroffenen Verfügungen und Maßnahmen wie insbesondere die Auswahl und den Zeitpunkt für Kauf und Verkauf der Wertpapiere oder anderer Vermögenswerte, für auftretende Kurs-, Währungs- und sonstige Vermögensverluste oder sonstige Wertminderungen.

macht der Kläger geltend, die Beklagte dürfe sich nicht von jeder Haftung für leichte Fahrlässigkeit befreien, weil eine solche Freizeichnung bei der Verletzung von Hauptleistungspflichten („Kardinalpflichten“) des Unternehmers unzulässig sei.

Zu Recht verweist der Kläger dazu auf die Rechtsprechung (zB 4 Ob 179/02f, dort zur inkriminierten Bestimmung Z 9 Abs 1 Satz 1), wonach § 6 Abs 1 Z 9 nicht den Umkehrschluss zulässt, das Verbot der Freizeichnung von Haftung für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz erlaube grundsätzlich eine unbeschränkte Freizeichnung für Haftung aus leichter Fahrlässigkeit oder eine Freizeichnung für Haftung für andere als Personenschäden. Aus der Tatsache, dass die Beklagte hier ohnedies nur die Haftung für Vermögensschäden, die sie leicht fahrlässig herbeigeführt hat, ausschließen will, kann sie nichts gewinnen, weil im Bereich der Vermögensverwaltung die Erhaltung des Vermögens und der Schutz vor Schäden am Vermögen im zentralen Interesse der Vertragspartner stehen. Überdies trifft jedenfalls zu, dass die Klausel 10 den Kern der Verpflichtung der Beklagten berührt. Der Ausschluss von der Haftung für leicht fahrlässig herbeigeführte Schäden benachteiligt die Verbraucher wegen des besonderen Vertrauens in die Fähigkeiten eines Vermögensverwalters und der auf diesem Vertrauen basierenden Auslieferung des Vermögens an ihn (vgl auch 4 Ob 221/06p, dort die Klausel

2.39). Der Einschub „- soweit gesetzlich zulässig -“ ändert an dieser Gesamteinschätzung der Klausel nichts. Er dient nicht der Klarheit und leistet keinen Beitrag dazu, kasuistische Rechtsfragen im einzelnen Streitfall zu vermeiden.

Das angefochtene Urteil war somit abzuändern und der Beklagten zu verbieten, auch die Klauseln 4 und 10 im geschäftlichen Verkehr zu verwenden.

Die Kostenentscheidung für das Berufungsverfahren beruht auf §§ 41 und 50 ZPO.

Da das Berufungsgericht von der zitierten Judikatur des OGH nicht abgewichen ist, war die ordentliche Revision nicht zuzulassen.

Oberlandesgericht Wien
1016 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 1, am 29.April 2010

Dr. Regine Jesionek
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG