



**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Sailer als Vorsitzenden sowie die Hofräte Univ.-Prof. Dr. Bydlinski, Mag. Wurzer, Mag. Dr. Wurdinger und die Hofrätin Dr. Hofer-Zeni-Rennhofer als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, Wien 4, Prinz-Eugen-Straße 20–22, vertreten durch Dr. Walter Reichholf, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei Steiermärkische Bank und Sparkassen AG, Graz, Sparkassenplatz 4, vertreten durch die Brandl & Talos Rechtsanwälte GmbH, Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht vom 22. März 2017, GZ 5 R 67/16m-14, mit dem das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Graz vom 8. März 2016, GZ 41 Cg 66/15t-8, abgeändert wurde, zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens bleibt dem Erstgericht vorbehalten.

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

Die Beklagte führt ein Kreditinstitut und schließt im Rahmen ihrer Tätigkeit auch mit Verbrauchern Verträge. Im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern verwendet sie die im Folgenden auszugsweise wiedergegebenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblätter:

A  
„*WERTPAPIERAUFTRAG*  
*Auftragsart*

*WERTPAPIERDEPOT*

*Kauf außerbörslich*

*[...]*

*Es werden Spesen in Höhe von 0,7 % auf Basis des abgerechneten Kurswertes verrechnet, zumindest jedoch die Mindestspesen in Höhe von EUR 36,33.*

*Bei Auftragsänderungen, Storno und Orderablauf werden Auftragsspesen von EUR 4,00 verrechnet.*

*Fremde Spesen bzw Devisenspesen sind nicht berücksichtigt.*

*[...]*

*Risikohinweise bei Engagements in Wertpapieren: höheren Ertragschancen stehen auch höhere Risiken gegenüber!*

*Ich/Wir bestätige(n), dass ich/wir über alle wesentlichen Bedingungen, Risiken und Konsequenzen betreffend das oben angeführte Geschäft im Rahmen meiner/unserer Kundenangaben verständlich informiert wurde(n) [Klausel 1] und dass diese Transaktion über meinen/unseren ausdrücklichen Wunsch durchgeführt wird [Klausel 2].*

*Für die Abwicklung von Wertpapieraufträgen gelten insbesondere die in- und ausländischen Börsenrisikoprüfungen [Klausel 3], Verkaufsaufträge beziehen sich mangels anderer Weisungen auf die zuerst erworbenen Werte.*

*[...]*

*Ich/Wir wurde(n) vorab über etwaige anfallende Kosten und Vorteile dieses Auftrages [Klausel 4] sowie über den konkreten Ausführungsplatz informiert [Klausel 5] und es wurden mir/uns sämtliche Produktunterlagen angeboten [Klausel 6].*

*Vorbehaltlich einer von mir/uns ausdrücklich erteilten Weisung akzeptiere(n) ich/wir die mir/uns übermittelten Durchführungsgrundsätze des Kreditinstitutes [Klausel 7].*

---

*Kundenunterschrift/Losungswort/Schriftzug*

**B**

**WERTPAPIERAUFTRAG**

**WERTPAPIERDEPOT**

*Auftragsart*

*Kauf aus Anlageliste*

*[...]*

*Ich bestätige, dass ich über alle wesentlichen Bedingungen und Konsequenzen betreffend das oben angeführte Geschäft im Rahmen meiner Kundenangaben verständlich informiert wurde [Klausel 1] und dass diese Transaktion über meinen ausdrücklichen Wunsch durchgeführt wird [Klausel 2].*

*Ich/Wir wurde(n) vorab über etwaige anfallende Kosten und Vorteile dieses Auftrages [Klausel 4] sowie über den konkreten Ausführungsplatz informiert [Klausel 5] und es wurden mir/uns sämtliche Produktunterlagen angeboten [Klausel 6].*

*Vorbehaltlich einer von mir/uns ausdrücklich erteilten Weisung akzeptiere(n) ich/wir die mir/uns übermittelten Durchführungsgrundsätze des Kreditinstitutes [Klausel 7].*

---

*Kundenunterschrift/Losungswort/Schriftzug*

C

WERTPAPIERAUFTRAG

WERTPAPIERDEPOT

*Auftragsart*

*Kauf aus Anlageliste*

*[...]*

*Ich bestätige, dass ich über alle wesentlichen Bedingungen und Konsequenzen betreffend das oben angeführte Geschäft im Rahmen meiner Kundenangaben verständlich informiert wurde [Klausel 1] und dass diese Transaktion über meinen ausdrücklichen Wunsch durchgeführt wird [Klausel 2].*

*Das gegenständliche Geschäft erfolgt auf meinen ausdrücklichen Wunsch und nicht auf Empfehlung des Beraters. Eine Eignungsprüfung gem. § 44 WAG wurde daher nicht durchgeführt. Auch im Fall eines negativen Ergebnisses bei der Angemessenheitsprüfung gem. § 45 WAG bestehe ich dennoch auf der Durchführung des gegenständlichen Auftrages [Klausel 8].*

*Ich/Wir wurde(n) vorab über etwaige anfallende Kosten und Vorteile dieses Auftrages [Klausel 4] sowie über den konkreten Ausführungsplatz informiert [Klausel 5] und es wurden mir/uns sämtliche Produktunterlagen angeboten [Klausel 6].*

*Vorbehaltlich einer von mir/uns ausdrücklich erteilten Weisung stimme(n) ich/wir den mir/uns übermittelten Durchführungsgrundsätzen des Institutes zu und erkläre(n) mich/uns ausdrücklich einverstanden, dass Aufträge sowohl an geregelten Märkten (Börsen) und MTFs (Handelsplattformen), als auch außerhalb dieser Ausführungsplätze ausgeführt werden können.*

---

 Kundenunterschrift/Losungswort/Schriftzug

D

Kundenprofil  
 Angaben gemäß § 44 Wertpapieraufsichtsgesetz  
 bzw. § 75 Z 2 Versicherungsaufsichtsgesetz  
 Zu Kundenakt  
 [...]

<b>Kundenvermögen</b> Frei verfügbares Nettovermögen: 7.860 EUR Renten, Rentenfonds: 240.000 EUR Versicherungen (Rückkaufswert): 150.000 EUR
<b>Kundenerklärungen</b> <input type="checkbox"/> Es gibt KEINE ausreichenden flüssigen Mittel. („Notgroschen“)/Liquidität. ... <input type="checkbox"/> Ich bestehe trotz Beratung auf Spar- und Geldmarkteinlagen (Spartyp) (Wertpapierveranlagungen lehne ich grundsätzlich ab.) <input type="checkbox"/> Die betrieblichen Veranlagungen werden ausschließlich zur Deckung gesetzlicher Erfordernisse (Abfertigungs- und Pensionsrückstellungen) getätigt (Sozialkapitalkunde). <input type="checkbox"/> Ich bin nicht bereit, über all meine Veranlagungen (zB bei anderen Geldinstituten) Auskunft zu geben.
<b>Kenntnisse (nach erfolgter Beratung)</b> <input type="checkbox"/> Index- oder fondsgebundene Versicherung <input type="checkbox"/> Fremdwährungs-Veranlagungen <input type="checkbox"/> Immobilienwerte (Aktien, Fonds, ...) <input checked="" type="checkbox"/> Renten / Rentenfonds <input type="checkbox"/> Aktien / Aktienfonds / Gemischte Fonds <input type="checkbox"/> Termingeschäfte (Optionsscheine, Derivate, Futures)
<b>Erfahrungen in den letzten fünf Jahren</b> <input type="checkbox"/> Einschlägige berufliche Erfahrungen im Veranlagungsgeschäft <input type="checkbox"/> Index- oder fondsgebundene Versicherung: 1 – 3 Transaktionen <input type="checkbox"/> Index- oder fondsgebundene Versicherung: mehr als 3 Transaktionen <input type="checkbox"/> Fremdwährungsveranlagungen: 1 – 5 Transaktionen <input type="checkbox"/> Fremdwährungsveranlagungen: mehr als 5 Transaktionen <input type="checkbox"/> Immobilienwerte (Aktien, Fonds, ...): 1 – 5 Transaktionen <input type="checkbox"/> Immobilienwerte (Aktien, Fonds, ...): mehr als 5 Transaktionen <input type="checkbox"/> Renten / Rentenfonds: 1 – 3 Transaktionen <input type="checkbox"/> Renten / Rentenfonds: mehr als 3 Transaktionen <input checked="" type="checkbox"/> Aktien / Aktienfonds: 1 – 5 Transaktionen <input type="checkbox"/> Aktien / Aktienfonds: mehr als 5 Transaktionen <input type="checkbox"/> Termingeschäfte (Optionsscheine, Futures, Derivate): 1 – 5 Transaktionen <input type="checkbox"/> Termingeschäfte (Optionsscheine, Futures, Derivate): mehr als 5 Transaktionen
<b>Anlagezweck</b> <input type="checkbox"/> Laufender (regelmäßiger) Ertrag <input checked="" type="checkbox"/> Vermögensaufbau / Vorsorge <input type="checkbox"/> Absicherung einer Finanzierung (Veranlagung für endfällige Finanzierung, Lombardkredit, Zinnsicherung, ...) <input type="checkbox"/> Sonstige Anlageziele
<b>Anlagedauer</b> <input type="checkbox"/> Kurz- oder mittelfristig (bis 5 Jahre) <input checked="" type="checkbox"/> Langfristig (über 5 Jahre) <input type="checkbox"/> Bis auf weiteres (kein bestimmter Zeitraum)
<b>Risikobereitschaft (Risikotyp)</b> <input checked="" type="checkbox"/> Sicherheitsbetont Weitestgehend risikoarme Wertpapier (bis zu 10 % risikoreiche Wertpapiere) <input type="checkbox"/> Dynamisch – Risikobewusst

<p><i>Forcierung des Anteils risikoreicher Wertpapiere im Finanzvermögen, um höhere Ertragschancen zu nutzen (bis zu 60 % risikoreiche Wertpapiere)</i></p> <p><input type="checkbox"/> <i>Spekulativ</i></p> <p><i>Überwiegender Anteil in risikoreichen Wertpapieren im Finanzvermögen und/oder Geschäften mit ungedeckten Optionen (bis zu 100 % risikoreiche Wertpapiere)</i></p> <p>...</p>
<p><b>Sonstige Hinweise, die für die Anlageberatung wichtig sind:</b></p>

*Achtung:*

*Wir weisen darauf hin, dass die Angaben in diesem Kundenprofil für eine kundengerechte und gesetzeskonforme Anlagenberatung nötig sind. Es liegt daher in Ihrem Interesse, uns alle Informationen, die wir für Ihre Beratung und Veranlagung benötigen, zur Verfügung zu stellen.*

*Mit Ihrer Unterschrift bestätigen Sie, dass Sie über die Chancen und Risiken von Veranlagungsprodukten aufgeklärt wurden [Klausel 9].*

-----  
*Unterschrift*

E

*Kundenprofil*

*Angaben gemäß § 44 Wertpapieraufsichtsgesetz*

*Zu Kundenakt*

*[...]*

<b>Kundenvermögen</b>	
<i>Liquide/unverpf. Bar-/Spar-/Kontobestände:</i>	<i>24.354 EUR</i>
<i>Anleihen, Anleihenfonds, Zertifikate:</i>	<i>603.100 EUR</i>
<i>Aktien, Aktienfonds, Immobilienfonds:</i>	<i>2.400 EUR</i>
<i>Versicherungen (Rückkaufswert):</i>	<i>120.000 EUR</i>
<i>Regelmäßiges Jahreseinkommen (-gewinn):</i>	<i>24.000 EUR</i>
<b>Kundenerklärungen</b>	
<input type="checkbox"/> <i>Es gibt KEINE ausreichenden flüssigen Mittel. („Notgroschen“)/Liquidität.</i>	
...	
<input type="checkbox"/> <i>Ich bestehe trotz Beratung auf Spar- und Geldmarkteinlagen (Spartyp) (Wertpapierveranlagungen lehne ich grundsätzlich ab.)</i>	
<input type="checkbox"/> <i>Die betrieblichen Veranlagungen werden ausschließlich zur Deckung gesetzlicher Erfordernisse (Abfertigungs- und Pensionsrückstellungen) getätigt (Sozialkapitalkunde).</i>	
<input type="checkbox"/> <i>Ich bin nicht bereit, über all meine Veranlagungen (zB bei anderen Geldinstituten) Auskunft zu geben.</i>	
<b>Kenntnisse (nach erfolgter Beratung)</b>	
<input type="checkbox"/> <i>Index- oder fondsgebundene Versicherung</i>	
<input type="checkbox"/> <i>Fremdwährungs-Veranlagungen</i>	
<input type="checkbox"/> <i>Immobilienwerte (Aktien, Fonds, ...)</i>	
<input checked="" type="checkbox"/> <i>Renten / Rentenfonds</i>	

- 
- Aktien / Aktienfonds / Gemischte Fonds
  - Termingeschäfte (Optionsscheine, Derivate, Futures)
- 

---

**Erfahrungen in den letzten fünf Jahren**

- Einschlägige berufliche Erfahrungen im Veranlagungsgeschäft
  - Index- oder fondsgebundene Versicherung: 1 – 3 Transaktionen
  - Index- oder fondsgebundene Versicherung: mehr als 3 Transaktionen
  - Fremdwährungsveranlagungen: 1 – 5 Transaktionen
  - Fremdwährungsveranlagungen: mehr als 5 Transaktionen
  - Immobilienwerte (Aktien, Fonds, ...): 1 – 5 Transaktionen
  - Immobilienwerte (Aktien, Fonds, ...): mehr als 5 Transaktionen
  - Renten / Rentenfonds: 1 – 3 Transaktionen
  - Renten / Rentenfonds: mehr als 3 Transaktionen
  - Aktien / Aktienfonds: 1 – 5 Transaktionen
  - Aktien / Aktienfonds: mehr als 5 Transaktionen
  - Termingeschäfte (Optionsscheine, Futures, Derivate): 1 – 5 Transaktionen
  - Termingeschäfte (Optionsscheine, Futures, Derivate): mehr als 5 Transaktionen
- 

**Anlagezweck**

- Laufender (regelmäßiger) Ertrag
  - Vermögensaufbau / Vorsorge
  - Absicherung einer Finanzierung  
(Veranlagung für endfällige Finanzierung, Lombardkredit, Zinssicherung, ...)
  - Sonstige Anlageziele
- 

**Anlagedauer**

- Kurz- oder mittelfristig (bis 5 Jahre)
  - Langfristig (über 5 Jahre)
  - Bis auf weiteres (kein bestimmter Zeitraum)
- 

---

**Risikobereitschaft (Risikotyp)**

- Sicherheitsbetont  
Weitestgehend risikoarme Wertpapier  
(bis zu 10 % risikoreiche Wertpapiere)
  - Dynamisch – Risikobewusst  
Forcierung des Anteils risikoreicher Wertpapiere im Finanzvermögen, um höhere Ertragschancen zu nutzen  
(bis zu 60 % risikoreiche Wertpapiere)
  - Spekulativ  
Überwiegender Anteil in risikoreichen Wertpapieren im Finanzvermögen und/oder Geschäften mit ungedeckten Optionen  
(bis zu 100 % risikoreiche Wertpapiere)
  - ...
- 

**Sonstige Hinweise, die für die Anlageberatung wichtig sind:**

---

**Achtung:**

*Wir weisen darauf hin, dass fehlende oder unzureichende Angaben in diesem Kundenprofil eine Anlagenberatung (gemäß § 44 WAG) einschränken oder verhindern können. Es liegt daher in Ihrem Interesse, uns alle Informationen, die wir für Ihre Beratung und Veranlagung benötigen, zur Verfügung zu stellen. Mit Ihrer Unterschrift bestätigen Sie, dass Sie über die Risiken der Veranlagung aufgeklärt und über Ihre Einstufung als Kunde informiert wurden [Klausel 10]. Rechte und Möglichkeiten, die sich aus Ihrer gegenwärtigen Einstufung ergeben, erklärt Ihnen gerne Ihr Kundenbetreuer.*

-----  
Unterschrift

F

*RISIKOHINWEISE**Zu Kundenakt**[...]*

*Das Wertpapieraufsichtsgesetz verpflichtet Banken zur Einholung von spezifischen Kundendaten. Es ist unter anderem vor Empfehlung einer Veranlagung bzw. vor Erteilung eines Wertpapierauftrags zu prüfen, ob der Anleger für ein bestimmtes Finanzinstrument das dafür nötige Wissen bzw. Verständnis aufbringt.*

*Um dies festzustellen hat der Kundenbetreuer mit mir eingehend die Chancen und Risiken meiner Veranlagung anhand der folgenden Risikohinweise besprochen und mir diese Risikohinweise in Folge übergeben:*

- Anleihen*
- Aktien*
- Investmentfonds*

*Ich bestätige hiermit, dass ich über die Risiken der angeführten Produkte aufgeklärt wurde und diese verstanden habe [Klausel 11].*

-----  
*Unterschrift“*

Die Klägerin forderte die Beklagte auf, hinsichtlich der Klauseln 1 bis 7 eine mit angemessener Konventionalstrafe besicherte Unterlassungserklärung im Sinn des § 28 Abs 2 KSchG bis zum 7. 8. 2015 abzugeben. Im Antwortschreiben berief sich die Beklagte darauf, dass die Klauseln als reine Wissenserklärungen und Bestätigungen nicht der Kontrolle des § 28 Abs 1 KSchG unterlägen und überdies keine Unterlassungsverpflichtung bestehe.

Die Klauseln sind Bestandteil von Formularen, die von der Beklagten in unterschiedlicher Kombination im Zusammenhang mit Wertpapieraufträgen verwendet werden. Hinsichtlich der Wertpapieraufträge gab es eine Änderung bei der Ausgestaltung der ersten beiden Klauseln, sodass diese nunmehr in sämtlichen Formularen wie folgt lauten:

*„[...] Ich bestätige, dass ich über alle wesentlichen Bedingungen und Konsequenzen betreffend das oben angeführte Geschäft im Rahmen meiner Kundenangaben verständlich informiert wurde und dass diese Transaktion über meinen ausdrücklichen Wunsch durchgeführt wird. [...]“*

Im Zuge eines Beratungsgesprächs wird von Mitarbeitern der Beklagten zunächst das Anlegerverhalten und der Kundenwunsch erforscht und im Kundenprofil festgehalten. Zur Abwicklung eines Wertpapierauftrags muss ein Wertpapierdepot eröffnet werden. Neben dem Depotvertrag und den Allgemeinen Geschäftsbedingungen wird dem Kunden auch eine Informationsbroschüre ausgefolgt, die über das Unternehmen und seine Wertpapierdienstleistungen Auskunft gibt. In dieser Broschüre finden sich die „Durchführungsgrundsätze“ der Beklagten.

Die Wertpapieraufträge samt den Risikohinweisen werden dem Kunden bei Auftragserteilung ausgefolgt. Die Klausel 8 wird nur dann in den Wertpapierauftrag aufgenommen, wenn kein Kundenprofil für den jeweiligen Kunden erstellt wurde, weil es sich beispielsweise um kein Anlageberatergeschäft handelt oder der Kunde über die Risiken des von ihm veranlagten Geschäfts aufgeklärt wurde und trotz Aufklärung und hohem Risiko auf der Durchführung des Auftrags bestanden hat.

Die Beklagte betreibt Filialen ausschließlich in der Steiermark, betreut aber auch Kunden mit Wohnsitz von außerhalb. Sämtliche Kunden können die Einrichtung des E-Banking nutzen.

Die Klägerin erhebt gegen die Beklagte hinsichtlich elf Klauseln Unterlassungs- und Veröffentlichungsbegehren. Dazu brachte sie im Wesentlichen

vor, Klausel 1 verstoße gegen § 6 Abs 3, § 6 Abs 1 Z 11 sowie § 6 Abs 1 Z 9 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB. Die darin enthaltene Bestätigung lasse den Verbraucher völlig im Unklaren, über welche Bedingungen, Risiken und Konsequenzen er tatsächlich informiert worden sei. Die Beweislast betreffend die Erteilung der notwendigen Information werde auf den Verbraucher überwältigt. Die Klausel führe zu einem Ausschluss einer möglichen Haftung des Unternehmers und sei daher gröblich benachteiligend. Die Klausel sei in der beanstandeten Form im Zeitpunkt der Abmahnung verwendet worden; bei der nunmehr verwendeten Klausel sei nur der Ausdruck „Risiken“ entfallen, sodass sich der Sinn nicht verändert habe. Klausel 2 bezwecke, dem Verbraucher Einreden wegen der Nichteinhaltung der §§ 44 und 45 WAG 2007 abzuschneiden, weshalb sie gegen § 879 Abs 3 ABGB bzw § 6 Abs 1 Z 9 KSchG verstoße. Sie erwecke den Eindruck, dass es sich nach dem Willen des Kunden um ein execution-only-Geschäft handle, sodass der Verbraucher im Sinn des § 6 Abs 1 Z 11 KSchG verbotswidrig mit dem Beweis belastet werde, dass es sich nicht um ein solches Geschäft handle. Die Klausel sei auch für den Verbraucher in ihrer Zweckrichtung unklar und damit intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG. Klausel 3 sehe pauschal die Geltung in- und ausländischer Börsenusancen vor, ohne diese zu konkretisieren und dem Verbraucher zur Kenntnis zu bringen, was zur Intransparenz nach § 6 Abs 3 KSchG führe. Klausel 4 sei aus den bereits zur ersten Klausel angeführten Gründen unzulässig. Die Transparenz einer Klausel dürfe nicht davon abhängig sein, dass diese erst durch Informationen hergestellt werden müsse, die außerhalb des Klauselwerks liege. Klausel 5 ziele als Tatsachenfeststellung, die dem Kunden den Gegenbeweis auferlege, nicht informiert worden zu sein, auf

eine unzulässige Beweislastumkehr ab und sei darüber hinaus intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG. Klausel 6 laufe auf einen unzulässigen Haftungsausschluss und auf eine Beweislastverschiebung im Sinn des § 6 Abs 1 Z 11 KSchG hinaus. Sie sei auch intransparent, weil nicht einmal offengelegt werde, welche Produktunterlagen dem Kunden tatsächlich angeboten worden seien. Klausel 7 unterstelle dem Kunden, er habe die darin als Durchführungsgrundsätze bezeichnete Durchfüh­rungs­politik erhalten und akzeptiert. Die Information über die Kundenpolitik und die Zustimmung des Kunden würden fingiert, weshalb die Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG verstoße. Zudem ziele die Klausel in intransparenter Form darauf ab, die Rechtsposition des Verbrauchers zu verschlechtern und mögliche Haftungen der Bank abzuwenden. Klausel 8 belaste als unzulässige Tatsachenbestätigung den Kunden mit dem Beweis, er habe kein execution-only-Geschäft im Sinn des § 46 WAG 2007 bzw ein beratungsfreies Geschäft im Sinn des § 45 WAG 2007 geschlossen, und sei daher nach § 6 Abs 1 Z 11 KSchG unzulässig. Der offenbar intendierte Haftungsausschluss des Unternehmers führe auch zur Unzulässigkeit der Klausel gemäß § 879 Abs 3 ABGB bzw § 6 Abs 1 Z 9 KSchG. Schließlich sei die Klausel nicht hinreichend deutlich und verschlei­ere dem Kunden, dass sie zu seinem Nachteil den Entfall der in den §§ 44 und 45 WAG 2007 vorgesehenen Prüfpflichten bewirken solle. Die Klauseln 9 und 10 zielten auf einen Ausschluss der Haftung des Unternehmers wegen Verletzung der Informationspflicht gemäß § 40 WAG 2007 ab und verstießen daher gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG. Jedenfalls intendierten sie eine unzulässige Beweislastverschiebung zu Lasten des Kunden im Sinn des § 6 Abs 1 Z 11 KSchG. Die Klauseln seien auch intransparent, weil sie hinsichtlich des

Inhalts der erfolgten Aufklärung unklar blieben. Die Klauseln seien zudem nicht Bestandteil einer schriftlichen Risikoaufklärung, sondern eines vom Kunden zu unterfertigenden Kundenprofils, das gerade nicht der Aufklärung des Kunden über das allfällige Risiko bestimmter Finanzprodukte diene. Sie seien daher überraschend und aufgrund der darin enthaltenen Tatsachenbestätigung auch offenkundig nachteilig, was zu deren Unwirksamkeit nach § 864a ABGB führe. Klausel 11 ziele darauf ab, dem Kunden den Einwand abzuschneiden, die ihm erteilten Informationen seien nicht verständlich bzw nicht hinreichend detailliert gewesen, und verstoße daher gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG. Zudem bewirke sie eine nach § 6 Abs 1 Z 11 KSchG unzulässige Beweislastumkehr. Schließlich solle die Klausel beim Anleger den unrichtigen Eindruck erwecken, er habe durch die Unterfertigung des Formblatts die Durchsetzung von allfälligen Schadenersatzansprüchen wegen mangelhafter Risikoaufklärung verwirkt (§ 6 Abs 3 KSchG). Auch Wissenserklärungen in Form sogenannter „Tatsachenbestätigungen“ seien Gegenstand der Klauselkontrolle. Nur soweit es sich um reine Empfangsbestätigungen oder um Tatsachenbestätigungen handle, die in den „Gesprächsnotizen“ eines Wertpapierdienstleisters enthalten seien, liege keine Vertragsbestimmung vor, die der Inhaltskontrolle unterliege. Die gegenständlichen Klauseln fänden sich indes auf Formularen für die Erteilung eines Wertpapierauftrags bzw für die Dokumentation des Kundenprofils und zielten auf die Erschwerung der Beweissituation des Verbrauchers ab.

Die Beklagte wandte im Wesentlichen ein, die Klauseln beinhalteten reine Wissenserklärungen und unterlägen als solche nicht der Klauselkontrolle. Die Klauseln

bezogen sich nur auf den Erhalt von Informationen, hätten nicht die Wirkung einer Beweislastvereinbarung und seien daher jedenfalls zulässig. Für den Fall, dass die Klauseln grundsätzlich der Prüfung nach § 28 Abs 1 KSchG unterlägen, wandte sie bezogen auf Klausel 1 ein, sie sei gesetzlich verpflichtet, ihren Kunden in verständlicher Form angemessene Informationen zur Verfügung zu stellen. Die Klausel stelle sicher, dass die Kunden die Information tatsächlich empfangen. Zudem schärfe sie das (Risiko-)Bewusstsein der Kunden. Eine Beweislastüberwälzung sei nicht intendiert. Als reine Wissenserklärung schaffe die Klausel lediglich ein Beweismittel, das im Individualprozess zu würdigen sei. Weder komme es zu einem Haftungsausschluss noch zu einer sonstigen gröblichen Benachteiligung des Kunden. Die ausdrückliche Auflistung aller Bedingungen, Risiken und Konsequenzen im Formular sei nicht erforderlich und würde die Kunden überfordern, weshalb die Klausel jedenfalls transparent sei. Klausel 2 intendiere weder einen Haftungsausschluss betreffend die Nichteinhaltung der §§ 44 und 45 WAG 2007, noch sei sie gröblich benachteiligend oder verschiebe auf unzulässige Weise die Beweislast. Im Kontext der übrigen Klauseln sei sie klar und verständlich. Hinsichtlich Klausel 3 sei zu berücksichtigen, dass sie im Rahmen eines Kommissionsgeschäfts im eigenen Namen, jedoch auf Rechnung des Kunden mit einer Gegenpartei kontrahiere, wobei auf dieses Unternehmensgeschäft die jeweiligen Börsenusancen als Handelsbrauch zwingend anwendbar seien. Die Klausel solle dies den Kunden bloß verdeutlichen. Im Übrigen würde der Umfang der Börsenusancen das bewusst knapp gehaltene Auftragsformular sprengen und die Kunden erhielten auf Anfrage ohnedies den

exakten Inhalt der Usancen. Hinsichtlich Klausel 4 sei zu berücksichtigen, dass im verwendeten Formular ohnedies eine Information über die anfallenden Kosten enthalten sei. Zudem enthalte das sogenannte „WAG-Infopaket“, das allen Kunden bei Depotöffnung ausgehändigt werde, detailliertere Informationen zu den Kosten und Vorteilen. Die Klausel sei daher nicht intransparent. Die Klauseln 5 und 6 dienten der zusätzlichen Information des Kunden und schafften weitergehende Transparenz. Diese beabsichtigten keine Beweislastverschiebung. Klausel 6 bewirke auch keinen unzulässigen Haftungsausschluss. Klausel 7 betreffe nur die allgemein erforderliche Zustimmung gemäß § 53 Abs 1 WAG 2007, berühre indes nicht eine allfällige Ausführung gemäß § 52 Abs 2 WAG 2007 und die Nachweispflicht gemäß § 52 Abs 6 leg cit. Klausel 8 diene nur der Bestätigung durch den Kunden, dass er mit dem entsprechenden Verlangen an die Beklagte herangetreten sei. Sie diene nur der zusätzlichen Information und solle mit den schriftlichen und mündlichen Auskünften der besseren Verständlichkeit dienen. Die Finanzmarktaufsicht habe die Klausel nicht beanstandet und sei nicht von einer rechtsgeschäftlichen Erklärung ausgegangen. Klausel 9 sei in Kundenprofilen durchaus üblich und solle die lückenlose Aufklärung des Kunden sicherstellen. Sie sei somit für den Kunden vorteilhaft und auch nicht überraschend. Zudem bewirke die Klausel weder einen Haftungsausschluss noch eine Beweislastumkehr und sei auch nicht intransparent, zumal sie dem Kunden nochmals verdeutliche, dass er über Chancen und Risiken aufzuklären sei. Entsprechendes gelte für die Klausel 10. Die beiden Klauseln befänden sich ebenso wie Klausel 11 zudem unmittelbar über dem Unterschriftenfeld und seien daher nicht versteckt. Die Urkunden seien übersichtlich und klar

gestaltet. Um das Kundenprofil (insbesondere betreffend die Risikobereitschaft) ausfüllen zu können, sei ein allgemeines Gespräch über Anlageklassen und deren Risiken erforderlich. Der Erhalt dieser Informationen werde im Sinn einer Quittung bestätigt. Die Bestätigung sei auch richtig, weil der Kunde bei Depotöffnung eine Risikobroschüre mit umfangreichen Risikohinweisen zu den einzelnen Anlageprodukten erhalte. Der Wortlaut der Klausel 11 erwecke nicht den Eindruck, dass Kunden durch die Unterfertigung des Dokuments die Durchsetzung allfälliger Schadenersatzansprüche verwirkten.

Das Erstgericht gab dem Unterlassungsbegehren der Klägerin in Bezug auf die Klauseln 3 und 7 statt und wies das Mehrbegehren auf Unterlassung der Klauseln 1, 2, 4 bis 6 und 8 bis 11 ab. Zugleich ermächtigte es die Klägerin, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruchs im redaktionellen Teil einer Samstag-Ausgabe einer bestimmten Tageszeitung zu veröffentlichen. Der Unterlassungsanspruch nach § 28 Abs 1 KSchG beziehe sich auf gesetz- oder sittenwidrige Vertragsbedingungen und erfasse grundsätzlich die Kontrolle von Willenserklärungen, nicht aber von Wissenserklärungen, weil diese den Vertragsinhalt nicht gestalteten und daher begrifflich und logisch nicht der Inhaltskontrolle unterliegen könnten. Eine Bestätigung, die lediglich ein Beweismittel schaffe, das der richterlichen Beweiswürdigung im Individualprozess unterliege, unterfalle daher nicht § 28 Abs 1 KSchG. Tatsachenbestätigungen in Klauseln seien zwar bereits in einer Reihe von Verbandsprozessen vom Obersten Gerichtshof nach § 6 Abs 1 Z 11 KSchG als unwirksam erkannt worden, weil sie im Ergebnis eine Verschiebung der Beweislast oder (zumindest) eine Erschwerung der Beweissituation zu Lasten des Verbrauchers zu bewirken vermochten. Diese Tatsachenbestätigungen seien allerdings

jeweils in „echten“ Vertragstexten enthalten gewesen, die aus Sicht eines Konsumenten dem klassischen Bild von Allgemeinen Geschäftsbedingungen entsprachen und auch keine Möglichkeit vorgesehen hätten, das Vertragsverhältnis durch Streichung, handschriftliche Zusätze oder Ankreuzen verschiedener Punkte individuell zu gestalten. Die vorliegenden Formulare sähen indes die Möglichkeit vor, individuelle Daten des Kunden (zB Vermögen, Einkommen, Risikobereitschaft und Erfahrung) festzuschreiben. Es entstehe dadurch für den Kunden der Eindruck, die Urkunden dienten dazu, bestimmte Punkte des Beratungsgesprächs zu dokumentieren und nicht das Vertragsverhältnis zum Unternehmer umfassend zu regeln. Die Verwendung von standardisierten Formularen zur Bestätigung von Kundenangaben sowie zur Dokumentation erfolgter Risikohinweise sei zulässig. Mit Ausnahme der Klauseln 3 und 7 handle es sich bei den Klauseln um Tatsachenbestätigungen, die nicht § 28 Abs 1 KSchG unterlägen. Mit der Klausel 8 komme die Beklagte nur ihrer Warnpflicht nach § 46 Z 3 WAG 2007 nach, wobei nach dieser Bestimmung die Warnung auch in standardisierter Form erfolgen könne. Demgegenüber bewirkten die Klauseln 3 und 7 sehr wohl die Gestaltung der vertraglichen Beziehung und ließen den Verbraucher aufgrund des Verweises auf die Börsenusancen sowie auf die Durchführungsgrundsätze des Kreditinstituts, ohne diese jeweils offen zu legen, über den Vertragsinhalt im Unklaren, weshalb beide Klauseln gegen § 6 Abs 3 KSchG verstießen. Die Beklagte habe sich insoweit nicht dem Anspruch der Klägerin gemäß § 28 Abs 2 KSchG unterworfen; eine Absichtserklärung, nach Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung die notwendigen Änderungen unverzüglich vorzunehmen, lasse die Wiederholungsgefahr

nicht entfallen. Die Veröffentlichung des klagsstattgebenden Teils des Urteilsspruchs in einer österreichweiten Tageszeitung sei zulässig, weil die Beklagte nicht nur Kunden in der Steiermark, sondern auch in anderen Bundesländern betreue.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten nicht, jener der Klägerin jedoch Folge und den Unterlassungs- und Veröffentlichungsbegehren zur Gänze statt. Rechtlich führte es aus, die Tatsachenerklärungen in den Klauseln 1, 4 bis 6 und 9 bis 11, die sich auf den Erhalt von Informationen bzw die Erteilung der erforderlichen Aufklärung bezögen, hätten keine Auswirkung auf die Beweislastverteilung, führten also weder zu einer Verschiebung der Beweislast zu Lasten des Kunden noch zu einer maßgeblichen Erschwerung seiner Beweissituation. Ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG liege jeweils nicht vor. Die Hauptzielrichtung hinter Art 5 der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. 4. 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, die der Regelung des § 6 Abs 3 KSchG zugrunde liege, spreche dafür, auch Wissenserklärungen, die dem Vertragspartner des AGB-Verwenders einen unrichtigen Eindruck über seine Rechtsposition vermittelten, dem Regime des § 6 Abs 3 KSchG zu unterstellen, wobei die allfällige Intransparenz einer solchen Klausel im Sinn dieser Gesetzesstelle als Verstoß gegen ein gesetzliches Gebot nach § 28 Abs 1 KSchG auch im Verbandsverfahren aufgegriffen werden könne. Das wesentliche Motiv des Richtliniengebers hinter Art 5 der (Klausel-)Richtlinie 93/13/EWG sei die Vermeidung von Verheimlichung. Der Verbraucher solle sich durch die Lektüre des Vertrags ein realistisches Bild von seiner eigenen Rechtsposition machen können und durch ausreichende Information und Aufklärung in die Lage versetzt

werden, seine Interessen und Marktchancen selbst zu verfolgen. Dass der Richtliniengeber oder der österreichische Gesetzgeber vor dem Hintergrund dieser ratio beim Transparenzgebot danach differenzieren wollte, ob es sich bei der in der Vertragsklausel aufgenommenen, die Rechtsposition verschleiernenden Klausel um eine Willenserklärung oder um eine Wissenserklärung handle, sei – auch mangels entsprechender Anhaltspunkte in den Materialien – nicht zu unterstellen. Eine solche Differenzierung würde auch dem unionsrechtlichen Prinzip der praktischen Wirksamkeit (effet utile) widersprechen. Daher unterlägen auch Tatsachenbestätigungen in Vertragsformblättern der Kontrolle des § 6 Abs 3 KSchG im Verbandsprozess. Hätten diese den potentiellen Effekt, den verständigen, für das jeweilige Geschäft typischen Durchschnittskunden von der Durchsetzung seiner Rechte abzuhalten, indem sie einen unrichtigen Eindruck von dessen Vertragsposition vermittelten, liege ein Verstoß gegen das Transparenzgebot vor. Die Klauseln 1, 4 bis 6 und 9 bis 11 entfalteten nicht nur im Einzelnen, sondern auch – soweit sie im selben Vertragsformblatt aufscheinen – in ihrem Zusammenwirken den angesprochenen Verschleierungseffekt, indem sie bei typischen Durchschnittskunden den Eindruck erweckten, durch die (Blanko-)Bestätigung habe er sich im Fall einer tatsächlich erfolgten Aufklärungspflichtverletzung der Möglichkeit der Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen begeben. Hinzu komme, dass die Klauseln 1, 6 sowie 9 bis 11 den Verbraucher gänzlich darüber im Unklaren ließen, in welchem Umfang Informationen erteilt, Unterlagen angeboten und über Risiken der Finanzprodukte aufgeklärt worden sein solle, sodass sich der Verbraucher aufgrund des Textes des Vertragsformblatts auch kein Bild darüber machen könne, ob

es zu einer vollständigen und verständlichen Aufklärung gekommen sei oder nicht. Wenn die Beklagte hinsichtlich der Klausel 4 betreffend die Information über etwaig anfallende Kosten eines Wertpapierauftrags darauf verweise, dass im Wertpapierauftrag tatsächlich eine Information über die anfallenden Kosten enthalten sei, so reiche dieser Hinweis nicht aus, weil sich diese Klausel jedenfalls auch im Formblatt B finde, wo aber – anders als in anderen Formblättern – keine (weiteren) Informationen zu allfälligen Kosten des Wertpapierauftrags erteilt würden. Die in den Klauseln 2 und 8 enthaltene Tatsachenbestätigung, wonach das Geschäft über den ausdrücklichen Wunsch des Kunden erfolgt sei, führe insoweit im Ergebnis zu einer Beweislastverschiebung zu dessen Lasten, als dieser immer dann, wenn das Wertpapiergeschäft auf Empfehlung des Beraters hin abgeschlossen worden sei, mit dem Beweis belastet werde, dass es sich beim Wertpapiergeschäft entgegen der in der Klausel 4 enthaltenen Tatsachenbestätigung in Wahrheit um kein execution-only-Geschäft im Sinn des § 46 WAG 2007 oder beratungsfreies Geschäft im Sinn des § 45 WAG 2007 gehandelt habe, weshalb der Wertpapierdienstleister jedenfalls dazu verpflichtet gewesen wäre, die Eignung des empfohlenen Wertpapiers für den Kunden nach § 44 WAG 2007 zu prüfen. Diese Klauseln verstießen daher – auch bei vernetzter Betrachtung – gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG, was deren Nichtigkeit zur Folge habe. Durch Klausel 3 werde nicht nur durch die darin angesprochenen in- und ausländischen Börsenusancen auf ein allfälliges Kommissionsgeschäft im Außenverhältnis abgestellt, sondern gerade auch auf den Wertpapierauftrag im Innenverhältnis und damit der Vertragsinhalt näher determiniert. Damit handle es sich insoweit um eine Willenserklärung. In dieser Klausel

finde überhaupt keine Konkretisierung der Rechte und Pflichten des Verbrauchers aus den dort angeführten in- und ausländischen Börsenusancen statt. Der Klausel 3 fehle es auch an der Vollständigkeit, werde doch der Kunde über die sich aus den Börsenusancen ergebenden Rechtsfolgen gänzlich im Unklaren gelassen. Der bloße Umstand, dass dem Kunden die Börsenusancen über Nachfrage ausgehändigt würden, ändere daran nichts. Klausel 7 verstoße gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG, weil sie die Übermittlung der „Durchführungsgrundsätze“ an den Kunden und dessen Zustimmung enthalte und dadurch die Beweislast auf den Kunden verschiebe, wenn sich der Wertpapierdienstleister auf seine Durchführungs politik berufe. Grundsätzlich liege es am Wertpapierdienstleister, nachzuweisen, dass der Kunde seiner Durchführungs politik zugestimmt habe, wenn er diese Politik auf einen Wertpapierauftrag dieses Kunden anwenden wolle (§ 53 Abs 1 WAG 2007). Mit Ausnahme der Fälle außerbörslichen Handels (§ 52 Abs 5 Z 1 WAG 2007) sei keine „ausdrückliche“ Zustimmung des Kunden erforderlich, sodass der Durchführungs politik auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Wertpapierdienstleisters zugestimmt werden könne. Dies setze aber voraus, dass die Durchführungs politik in die Geschäftsbedingungen einbezogen, also in den Vertragstext aufgenommen worden sei. In der Klausel 7 erfolge die Einbeziehung der Durchführungs politik der Beklagten allerdings nur durch einen Verweis, ohne dass im Vertragstext darüber hinaus auf die Durchführungs politik Bezug genommen werde. Da für den Kunden aus dem Vertragstext folglich nicht hervorgehe, welche konkreten Rechte und Pflichten sich für ihn aus den „Durchführungsgrundsätzen“ der Beklagten ableiten ließen, er daher keinen realistischen Überblick über seine

Vertragsposition gewinnen könne, bleibe auch diese Klausel unvollständig und sei daher intransparent (§ 6 Abs 3 KSchG). Der Umstand, dass Kunden der Beklagten im Zuge des Vertragsabschlusses ein „WAG-Infopaket“ ausgehändigt werde, aus dem sich deren Durchführungsgrundsätze entnehmen ließen, ändere nichts am Verstoß gegen das Transparenzgebot.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands je beanstandeter Klausel 5.000 EUR, nicht aber 30.000 EUR übersteige, und erklärte die ordentliche Revision für zulässig, weil eine „einheitliche“ Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage der Anwendbarkeit von § 6 Abs 1 Z 11 bzw § 6 Abs 3 KSchG auf Wissenserklärungen in vorgedruckten und standardmäßig verwendeten Formblättern ebenso fehle wie zur Beweislast betreffend eine allfällige Verletzung von Aufklärungspflichten nach dem WAG 2007.

Die dagegen erhobene und von der Klägerin beantwortete Revision der Beklagten ist zur Klarstellung der Rechtslage zulässig. Sie ist aber nicht berechtigt.

I. Zu den Klauseln 1, 4 bis 6 und 9 bis 11

*[1] Ich bestätige, dass ich über alle wesentlichen Bedingungen und Konsequenzen betreffend das oben angeführte Geschäft im Rahmen meiner Kundenangaben verständlich informiert wurde. [...]*

*[4] Ich/Wir wurde(n) vorab über etwaige anfallende Kosten und Vorteile dieses Auftrages [...] informiert [...].*

*[5] Ich/Wir wurde(n) vorab [...] über den konkreten Ausführungsplatz informiert [...].*

*[6] [...] Es wurden mir/uns sämtliche Produktunterlagen angeboten.*

*[9] Mit ihrer Unterschrift bestätigen Sie, dass Sie über die Chancen und Risiken von Veranlagungsprodukten aufgeklärt wurden.*

*[10] Mit Ihrer Unterschrift bestätigen Sie, dass Sie über die Risiken der Veranlagung aufgeklärt und über Ihre Einstufung als Kunde informiert wurden.*

*[11] Ich bestätige hiermit, dass ich über die Risiken der angeführten Produkte aufgeklärt wurde und diese verstanden habe.*

1. Die Beklagte führt zu diesen Klauseln aus, dass ein Verstoß gegen das Transparenzgebot zu verneinen sei, weil der Verbraucher ohnehin die Beweislast für Aufklärungsfehler trage. Es liege auch keine unzulässige Verschleierung der Möglichkeit zur Durchsetzung von Haftungsansprüchen aus einer Aufklärungspflichtverletzung vor, weil nach § 1427 ABGB Empfangsquittungen zulässig seien und sie nach § 22 Abs 1 WAG 2007 die Einhaltung ihrer Informationspflichten überprüfen müsse.

2. Nach § 22 Abs 1 WAG 2007 hat der Rechtsträger Aufzeichnungen über alle seine Dienstleistungen und Geschäfte zu führen, aufgrund der die FMA (Finanzmarktaufsicht) die Einhaltung der Anforderungen dieses Bundesgesetzes überprüfen und sich vor allem vergewissern kann, ob der Rechtsträger sämtliche Verpflichtungen gegenüber seinen Kunden eingehalten hat. Die Aufzeichnungspflicht dient lediglich der Kontrolle der Einhaltung der Wohlverhaltensregeln. Ihre Verletzung bildet keine Grundlage für quasivertragliche oder deliktische Schadenersatzansprüche (RIS-Justiz RS0123044). Es handelt sich um eine Verpflichtung des Kreditinstituts; ein Rechtsanspruch des Kreditinstituts gegenüber dem Kunden auf Abgabe bestimmter Erklärungen lässt sich daraus aber

nicht ableiten.

3. Wer im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er seinen Verträgen zugrunde legt, oder in hiebei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, kann nach § 28 Abs 1 KSchG auf Unterlassung geklagt werden. Der Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie auch jener des Vertragsformblatts (zB § 28 KSchG, §§ 864a und 879 Abs 3 ABGB) sind im Gesetz nicht definiert (RIS-Justiz RS0123499 [T1]). Nach der Rechtsprechung sind unter Allgemeinen Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen zu verstehen, die eine Vertragspartei (der Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt (RIS-Justiz RS0123499 [T2]). Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in der Vertragsurkunde selbst aufgenommen sind, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat (4 Ob 117/14f mwN = RIS-Justiz RS0123499 [T7]).

In 1 Ob 46/10m (= VRInfo 2010 H 9, 2 [krit *Kolba*]) hatte sich der Oberste Gerichtshof mit der Frage zu beschäftigen, ob „Gesprächsnotizen“ über das Zustandekommen eines Vertrags und die Vermittlung von Aktien der Beurteilung als Allgemeine Geschäftsbedingungen bzw Vertragsformblättern zu unterziehen seien. Diese Gesprächsnotizen über Beratungsverträge waren Formulare, in denen die individuelle Tatsachen des Kunden, wie dessen Einkommensverhältnisse, Risikobereitschaft etc im Sinne der Aufklärungs- und Dokumentationspflichten des WAG (2007) festgehalten wurden. Der erkennende Senat kam zum

Ergebnis, dass die enthaltenen Tatsachenbestätigungen im Zusammenhang mit der Beratung und Belehrung über die Risiken oder die dem Kunden nach dem Gesetz zustehenden Rechte nicht § 28 Abs 1 KSchG unterlägen, sondern Beweismittel für den Individualprozess seien. Andererseits sah er aber in diesen Aufzeichnungen vorgedruckte und standardmäßig verwendete Formulierungen, die eine Gestaltung der vertraglichen Beziehung bewirkten und damit als Willenserklärungen zu werten wären, als der Überprüfung im Verbraucherschutzprozess zugänglich an und untersagte deshalb auch die Verwendung einer bestimmten Klausel als intransparent.

4. Nach § 6 Abs 1 Z 11 KSchG sind für den Verbraucher besonders solche Vertragsbestimmungen im Sinn des § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen ihm eine Beweislast auferlegt wird, die ihn von Gesetzes wegen nicht trifft.

Mit den Klauseln 1, 4 bis 6 und 9 bis 11 bestätigt der Kunde, dass er von der Beklagten (umfassend) aufgeklärt wurde. Eine solche Tatsachenbestätigung ist eine widerlegbare Erklärung des Verbrauchers über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Tatsache (RIS-Justiz RS0121955). Wissenserklärungen haben bloß deklarative Wirkung und sind widerlegbar, dienen aber als Beweismittel und haben dabei typischerweise eine Umkehr der Beweislast zur Folge (vgl. RIS-Justiz RS0032812 [T1]). Eine Tatsachenbestätigung, die in einem Vertragsformular zum Abschluss eines Schuldverhältnisses enthalten ist, unterliegt der Klauselkontrolle nach § 28 Abs 1 KSchG. Erschwert eine solche Tatsachenbestätigung die Rechtsdurchsetzung des Verbrauchers, indem sie ihn mit einem Beweis belastet, den er sonst nicht erbringen müsste, ist die Klausel nach § 6 Abs 1

Z 11 KSchG nichtig (RIS-Justiz RS0121955; zu bloßen Tatsachenbestätigungen ohne Beweislastumkehr vgl dagegen RIS-Justiz RS0121188). Diese Bestimmung ist analog anzuwenden, wenn zwar keine formelle Beweislastvereinbarung getroffen wird, der Konsument aber eine Wissenserklärung abgibt, die zumindest im Ergebnis den Wirkungen einer entsprechenden Vereinbarung nahekommen kann. Immer ist aber zu fordern, dass durch eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Tatsachenbestätigung eine Erschwerung der Beweissituation für den Konsumenten denkbar ist (2 Ob 1/09z = SZ 2010/41 = RIS-Justiz RS0121955 [T6]).

Stützt sich der Verbraucher auf eine Informationspflichtverletzung der Beklagten, so hat er als Geschädigter grundsätzlich zu beweisen, dass sich der Schädiger in der konkreten Lage nur in bestimmter Weise rechtmäßig verhalten hätte, sich aber tatsächlich anders verhalten hat (RIS-Justiz RS0026338 [T1]). Die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB greift erst Platz, wenn der Geschädigte zunächst beweist, dass der Schädiger objektiv seine Pflicht nicht erfüllt hat (RIS-Justiz RS0026290 [T1]). Auch im Fall einer fehlerhaften Anlegerberatung muss der Geschädigte deshalb nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs die unterbliebene Aufklärung beweisen (vgl 1 Ob 115/11k; 3 Ob 225/11a; 2 Ob 99/16x, jeweils mwN). Die Bestätigung der erfolgten Aufklärung bewirkt deshalb – wie dies vom Berufungsgericht zutreffend erkannt wurde – keine Verschiebung der Beweislast, wodurch die genannten Klauseln nicht gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG verstoßen.

5. Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder

unverständlich abgefasst ist. Das Transparenzgebot in § 6 Abs 3 KSchG beruht auf der Umsetzung der Richtlinie über rechtsmissbräuchliche Vertragsklauseln (93/13/EWG). Nach der Rechtsprechung müssen Allgemeine Geschäftsbedingungen so gestaltet sein, dass der Verbraucher durch ihre Lektüre klare und verlässliche Auskunft über seine Rechtsposition erhält (RIS-Justiz RS0115217 [T14]). Das Transparenzgebot nach § 6 Abs 3 KSchG begnügt sich nicht mit formeller Textverständlichkeit, sondern verlangt, dass Inhalt und Tragweite vorgefasster Vertragsklauseln für den Verbraucher durchschaubar sind (RIS-Justiz RS0122169 [T2]). Aufgrund des Richtigkeitsgebots widersprechen Bestimmungen, welche die Rechtslage verschleiern oder undeutlich darstellen, dem Transparenzgebot, zumal dadurch der rechtsunkundige Verbraucher über die tatsächliche Rechtslage getäuscht werden kann (RIS-Justiz RS0115217 [T31]). Der Kunde darf insbesondere durch die Formulierung einer Klausel in Allgemeinen Vertragsbedingungen nicht von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten werden. Der Zweck des Verbandsprozesses nach den §§ 28 ff KSchG ist es nämlich nicht nur, das Verbot von Klauseln zu erreichen, deren Inhalt gesetzwidrig ist, sondern es sollen – dem Zweck des Transparenzgebots entsprechend – auch jene Klauseln beseitigt werden, die dem Verbraucher ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position vermitteln (RIS-Justiz RS0115219 [T1, T43]).

Unzulässig sind deshalb Begriffe, die so unbestimmt sind, dass sich ihr Inhalt jeder eindeutigen Festlegung entzieht. Der durch ihre Verwendung geschaffene weite Beurteilungsspielraum schließt es aus, dass der Verbraucher Klarheit über seine Rechte und Pflichten gewinnen kann (RIS-Justiz RS0115217 [T3]). Wenn die

genannten Klauseln auf „*alle wesentlichen Bedingungen und Konsequenzen*“, „*etwaige anfallende Kosten und Vorteile*“, „*sämtliche Produktunterlagen*“ und auf die Aufklärung „*über die Chancen und Risiken*“ abstellen, so sind sie aufgrund der Unbestimmtheit dieser Begriffe unklar im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG. Wenn Informationen über den „*konkreten Ausführungsplatz*“ bestätigt werden, so ist dies unverständlich im Sinn dieser Bestimmung. Maßstab für die Transparenz ist nämlich das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden (RIS-Justiz RS0126158).

6. Ob Tatsachenbestätigungen in Vertragsformblättern dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG unterliegen, wurde bislang in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung noch nicht beantwortet. Der Wortlaut des § 6 Abs 3 KSchG bezieht sich ausdrücklich auf in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene „Vertragsbestimmungen“, was gegen die Anwendbarkeit auf Tatsachenbestätigungen spricht.

*Rummel* (ÖBA 2007/1450, 997 f [Glosse zu 4 Ob 221/06p]) vertritt die Auffassung, dass gewisse Fälle eines komplizierteren, für den Verbraucher undurchschaubaren Zusammenwirkens von Tatsachengeständnis und anderen AGB-Klauseln oder Rechten des Vertragspartners auch dem Transparenzgebot (§ 6 Abs 3 KSchG) zum Opfer fallen.

*T. Aigner* (Die unzulässige Beweislastverteilung des § 6 Abs 1 Z 1 KSchG, ÖJZ 2011/47, 437 [444 f]) spricht sich angesichts des Gesetzeszwecks für eine analoge Anwendung des § 6 Abs 3 KSchG aus, wenn dem Verbraucher seine Rechtsposition insofern verschleiert wird, als er fälschlich von einer Veränderung der Beweislastverteilung zu seinen Lasten ausgeht.

*M. Leitner* (JBl 2007, 249 f [Glosse zu 6 Ob 140/06s]) meint zwar, die Klauselkontrolle sei auf Wissenserklärungen schon definitionsgemäß nicht anwendbar, weil diese keine vertraglichen Vereinbarungen (Gestaltungen der Rechtslage) seien, die allein der Inhaltskontrolle unterliegen könnten. Er erkennt jedoch an, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen auch für den Kunden insofern gefährlich werden könnten, als sie diesen einen falschen Eindruck der Rechtslage vermitteln, und der Kunde im Vertrauen darauf einen Schaden erleide. Insbesondere verweist er auf den Umstand, dass eine Wissenserklärung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen den Kunden über die Rechtslage in die Irre führen könnte. Er plädiert dafür, dass eine solche Klausel im Verbandsverfahren nach § 28 KSchG untersagt werden könne, deren Verwendung vorvertragliche Verhaltenspflichten verletze, weil auch eine Klausel, deren Verwendung als culpa in contrahendo zu qualifizieren sei, gegen ein „gesetzliches Verbot“ im Sinn dieser Norm verstoße.

7. Dazu hat der erkennende Senat erwogen:

Die Frage, ob die Richtlinie 93/13/EWG auch Tatsachenbestätigungen erfasst, muss nicht geklärt werden, können doch die Mitgliedstaaten gemäß Art 8 dieser Richtlinie strengere Bestimmungen erlassen, um ein höheres Schutzniveau für den Verbraucher zu gewährleisten (Mindestharmonisierung).

Im Ergebnis macht es keinen Unterschied, ob der Verbraucher regelungstechnisch von der Durchsetzung seiner Rechte durch eine Vertragsklausel oder durch eine vorgefertigte intransparente Bestätigung abgehalten wird. Der erkennende Senat geht davon aus, dass der österreichische Gesetzgeber in § 6 Abs 3 KSchG vor dem Hintergrund des

Zwecks des Transparenzgebots, dass der Verbraucher durch die Lektüre eine klare und verlässliche Auskunft über seine Rechtsposition erhält, nicht danach differenzieren wollte, ob es sich bei der in ein Vertragsformular aufgenommenen, die Rechtsposition des Verbrauchers verschleiernden Klausel um eine Willenserklärung oder eine Wissenserklärung handelt, weshalb eine planwidrige Gesetzeslücke vorliegt. Völlig unklare Tatsachenbestätigungen zu Lasten des Verbrauchers in Vertragsformblättern und Allgemeinen Geschäftsbedingungen unterliegen daher in analoger Anwendung der Kontrolle des § 6 Abs 3 KSchG im Verbandsprozess. Solche Tatsachenbestätigungen, die als wenig aussagekräftiges, aber doch Indizien für die Richtigkeit der Behauptung der Beklagten enthaltendes Beweismittel Verwendung finden können, sind für den Verbraucher insofern nachteilig, als beim typischen Durchschnittskunden der Eindruck erweckt wird, durch die (Blanko-)Bestätigung der erfolgten Aufklärung habe er sich im Falle einer tatsächlich erfolgten Aufklärungspflichtverletzung der Möglichkeit der Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen begeben. Zudem kommt im vorliegenden Fall hinzu, dass in den Klauseln 1, 4 bis 6 und 9 bis 11 dem Verbraucher überhaupt nicht eindeutig dargelegt wird, in welchem Umfang ihm Informationen erteilt worden, Unterlagen angeboten worden und er über Risiken der Finanzprodukte aufgeklärt worden sein soll(en). Inhalt und Tragweite der Klauseln sind damit für den Verbraucher nicht durchschaubar. Ihm wird ein (möglicherweise) unzutreffendes, jedenfalls aber ein unklares Bild von seiner Rechtslage vermittelt, wodurch der Konsument von der Durchsetzung seiner berechtigten Ansprüche abgehalten werden kann.

II. Zu den Klauseln 2 und 8

*[2] Ich bestätige, dass diese Transaktion über meinen ausdrücklichen Wunsch durchgeführt wird.*

*[8] Das gegenständliche Geschäft erfolgt auf meinen ausdrücklichen Wunsch und nicht auf Empfehlung des Beraters. Eine Eignungsprüfung gemäß § 44 WAG wurde daher nicht durchgeführt. Auch im Fall eines negativen Ergebnisses bei der Angemessenheitsprüfung gem. § 45 WAG bestehe ich dennoch auf der Buchführung des gegenständlichen Auftrages.*

8. Die Beklagte wendet ein, dass den Kunden jedenfalls die Beweislast für das Bestehen einer Empfehlung treffe und diese Klauseln keine Beweislastverschiebung bewirkten.

9. Nach § 45 Abs 1 WAG 2007 muss das Wertpapierdienstleistungsunternehmen vom Kunden Informationen einholen, um beurteilen zu können, ob die angebotenen oder vom Kunden gewünschten Produkte oder Dienstleistungen für diesen angemessen sind. Nach § 46 Abs 1 leg cit besteht diese Verpflichtung bei der bloßen Ausführung von Kundenaufträgen unter bestimmten weiteren Voraussetzungen nicht, wenn die Dienstleistungen „auf Veranlassung des Kunden“ erbracht werden (Z 2). Diese Ausnahme beruht auf Art 9 Abs 6 der Richtlinie 2004/39/EG.

10. Grundsätzlich trägt der Kunde die Beweislast für die Aufklärungspflichtverletzung (RIS-Justiz RS0106890 [T9, T23]). Der Oberste Gerichtshof hat zu 2 Ob 207/10w ausgesprochen, dass auch die unzutreffende Einordnung als „beratungsfreies Geschäft“ nichts an der Beweislast des Kunden hinsichtlich der unterbliebenen Aufklärung ändert (ebenso *Brandl/Klausberger* in *Brandl/Saria*, WAG § 46 Rz 15). Dementsprechend trägt der Geschädigte auch die Beweislast für jene tatsächlichen Umstände, die eine

Verletzung der Pflicht zur Aufklärung begründen (*G. Graf* in *Gruber/Raschauer*, Wertpapieraufsichtsgesetz § 38 WAG Rz 130; vgl *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 16/14). Dabei ist es aber ausreichend, dass der Geschädigte die Voraussetzungen der Verpflichtung zur Angemessenheitsprüfung nach § 45 WAG 2007 nachweist, woraufhin die Umstände, welche nach § 46 WAG 2007 eine Ausnahme von dieser Verpflichtung begründen können, vom Wertpapierdienstleister zu beweisen wären. Dies entspricht dem allgemeinen Grundsatz, dass jede Partei die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm zu behaupten und zu beweisen hat (RIS-Justiz RS0037797; RS0039939 [T7]). Wer behauptet, dass eine Ausnahme von einer allgemeinen Regel vorliegt, den trifft dafür grundsätzlich die Beweislast. Ausnahmen sind regelmäßig von demjenigen zu beweisen, der sich darauf beruft (RIS-Justiz RS0040188). Wenn sich die Beklagte auf das Vorliegen eines beratungsfreien Geschäfts nach § 46 WAG 2007 beruft, muss sie den Umstand beweisen, dass sie ihre Leistungen „auf Veranlassung des Kunden“ erbracht hat.

Die Klauseln 2 und 8 ändern demnach die Beweislastverteilung für das Vorliegen eines beratungsfreien Geschäfts nach § 46 WAG 2007 zu Lasten des Konsumenten, weshalb diese Klauseln nach § 6 Abs 1 Z 11 KSchG unzulässig sind.

### III. Zur Klausel 3

*[3] Für die Abwicklung von Wertpapieraufträgen gelten insbesondere die in- und ausländischen Börsenusancen.*

11. Die Beklagte wendet ein, dass die Börsenusancen begrifflich nur die Durchführung des Wertpapierauftrags betreffen, dieser Handelsbrauch auch ohne

eine entsprechende Vereinbarung gelte und diese Klausel daher für den Konsumenten nur ein Mehr an Information bedeute.

12. Usancen werden (in einem weiteren Sinn) sehr oft begrifflich mit Handelsbräuchen gleichgesetzt. Im engeren Sinn versteht man unter Usancen Geschäftsbedingungen, die in gewissen Branchen (zB Börsen) publiziert werden (*Krammer in Straube*, HGB<sup>3</sup> § 346 HGB Rz 7), wobei diese Usancen nicht unbedingt dem Handelsbrauch entsprechen müssen. Wenn die Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren vorbringt, dass sie dem Kunden auf Anfrage den „exakten Inhalt der Usancen“ zur Verfügung stellen würde, versteht sie diesen Begriff im Sinn der publizierten Geschäftsbedingungen. Entgegen ihrer Behauptung gelten solche Börsenusancen aber nur, wenn die Parteien des Vertrags einverständlich festlegen, dass die Usancen gelten sollen, oder wenn wenigstens die Berufung des einen Vertragsteils auf die Usancen vom anderen Teil widerspruchslos zur Kenntnis genommen wurde (5 Ob 318/59 = SZ 32/118).

Der Wortlaut der Klausel, wonach die Börsenusancen „für die Abwicklung von Wertpapieraufträgen“ gelten, beinhaltet eine Anwendung dieser Regelungen auf das Vertragsverhältnis der Beklagten zum Kunden. Da die Börsenusancen auch Regelungen über die Erteilung von Wertpapieraufträgen sowie vom dispositiven Recht abweichende Bestimmungen enthalten können, ist es nicht ausgeschlossen, dass die dort enthaltenen Regelungen auch auf das Verhältnis zwischen Wertpapierdienstleistungsunternehmen und Kunden angewendet werden.

13. Ein Querverweis in einem Klauselwerk und ein Verweis auf Preislisten führt an sich nach der

Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs noch nicht zur Intransparenz im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG, doch kann im Einzelfall unklar sein, welche Rechtsfolgen sich aus dem Zusammenwirken der aufeinander bezogenen Bestimmungen ergeben (RIS-Justiz RS0122040 [T13]). Der Oberste Gerichtshof nimmt die Intransparenz von Klauseln an, die generell auf bestimmte Allgemeine Geschäftsbedingungen verweisen, weil ein Pauschalverweis typischerweise dazu führt, dass sich der Kunde aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen erst jene Regelungen heraussuchen muss, die auch für das mit ihm geschlossene Vertragsverhältnis gelten sollen (6 Ob 120/15p = RIS-Justiz RS0122040 [T18]). Die Bedeutung des Verweises auf die Börsenusancen ist für den durchschnittlichen Verbraucher nicht verständlich und es bleibt unklar, inwieweit diese Börsenusancen die im Wertpapierauftrag getroffenen Vereinbarungen abändern oder zumindest dispositives Auftragsrecht verdrängen, und unklar bleibt auch, welche Börsenusancen gemeint sind und wie der Kunde den Inhalt dieser Usancen in Erfahrung bringen kann. Insofern liegt jedenfalls die Intransparenz der Klausel nach § 6 Abs 3 KSchG vor.

#### IV. Zur Klausel 7

*[7] Vorbehaltlich einer von mir/uns ausdrücklich erteilten Weisung akzeptiere(n) ich/wir die mir/uns übermittelten Durchführungsgrundsätze des Kreditinstitutes.*

14. Die Beklagte wendet ein, dass sie nach § 53 WAG 2007 verpflichtet sei, dem Kunden ihre Durchführungspolitik mitzuteilen und seine Zustimmung einzuholen, weshalb sie dem Kunden diese Durchführungsgrundsätze im Rahmen eines „WAG-Infopakets“ übermittle.

15. Tatsachenbestätigungen, die eine Beweislastumkehr bewirken, verstoßen – wie dargelegt – gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG. So hat der Oberste Gerichtshof zu 9 Ob 15/05d (Klausel 25) ausgesprochen, dass eine Klausel unzulässig ist, die die „Kenntnisnahme von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und sein Einverständnis mit diesen“ enthält, weil es dadurch zu einer Verschiebung der Beweislast auf den Verbraucher kommt, wenn sich der Unternehmer auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen beruft. Hat der Kunde bereits in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen bestätigt, dass er diese zur Kenntnis genommen und ihnen zugestimmt hat, wird ihm im Zuge der Rechtsverfolgung oder -verteidigung eine Beweislast auferlegt, die ihn von Gesetzes wegen nicht trifft, wenn er nämlich seinerseits dartun muss, dass er ungeachtet der Bestätigung beispielsweise in Wahrheit gar nicht die Möglichkeit gehabt habe, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen zur Kenntnis zu nehmen. In der Entscheidung 7 Ob 217/16m (Klausel 12) hat der Oberste Gerichtshof die Bestätigung des Verbrauchers, dass er einen Durchschlag seiner „Beitrittserklärung“ erhalten hat, wegen der Umkehr der Beweislast ebenfalls im Hinblick auf diese Überlegungen als unzulässig qualifiziert.

Da dem Konsumenten, wenn er hinsichtlich der Durchführungsgrundsätze seine Möglichkeit zur Kenntnisnahme und damit die Einbeziehung in das Vertragsverhältnis bestreitet, die Beweislast dafür auferlegt wird, dass ihm die Durchführungsgrundsätze nicht übermittelt wurden, verstößt die Klausel 7 gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG.

V. Die Beklagte wendet sich im Revisionsverfahren nicht (mehr) gegen das Bestehen der Wiederholungsgefahr und die Berechtigung zur Urteilsveröffentlichung.

VI. Der Revision ist daher ein Erfolg zu versagen.

Da das Berufungsgericht die Kostenentscheidung gemäß § 52 Abs 1 und 2 ZPO vorbehielt, entscheidet auch über die Kostenersatzpflicht im Revisionsverfahren das Erstgericht nach rechtskräftiger Erledigung der Streitsache (§ 52 Abs 3 ZPO; 7 Ob 5/13f mwN).

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 30. August 2017  
Dr. S a i l e r  
**Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG**