

# TE OGH 2004/4/16 1Ob30/04z

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 16.04.2004

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schlosser als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Gerstenecker, Dr. Rohrer, Dr. Zechner und Univ. Doz. Dr. Bydlinski als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Marco Z\*\*\*\*\*, Italien, vertreten durch Dr. Thaddäus Schäfer, Rechtsanwalt in Innsbruck, wider die beklagte Partei T\*\*\*\*\*aktiengesellschaft \*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Erwin Markl, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen Übertragung eines Wertpapierdepots (Streitwert 180.515,31 EUR sA) infolge Rekurses der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht vom 2. Oktober 2003, GZ 2 R 143/03a-27, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichts Innsbruck vom 11. April 2003, GZ 59 Cg 129/02z-16, aufgehoben wurde, folgenden

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Kosten des Verfahrens erster Instanz.

## Text

Begründung:

Der Kläger betreibt in Italien einen Campingplatz. Er ist italienischer Staatsangehöriger und - wie auch seine Ehegattin - der deutschen Sprache nicht mächtig. 1997 wollte er Geld für seine Altersversorgung anlegen. Er nahm deshalb mit einem freien Mitarbeiter der beklagten Partei, eines Bankunternehmens mit Sitz in Innsbruck, Kontakt auf. Dieser wurde 1971 in Verona geboren und ist seit 1986 österreichischer Staatsbürger. Er war vom 1. 9. 1990 bis 30. 6. 1992 Angestellter der beklagten Partei und danach bis 31. 1. 1996 Angestellter einer Leasinggesellschaft, eines Tochterunternehmens der beklagten Partei. Dort arbeitete er in der Abteilung für Vermögensberatung und war für Devisenausländer zuständig. Danach übersiedelte er nach Italien und wurde nun auf Grund eines Provisionsvertrags für die beklagte Partei tätig. Seine Aufgabe war die Akquirierung und Betreuung italienischer Kunden. Über eine Konzession als Vermögensberater verfügte er nicht. Zwischen 1996 und 1999 hatte er bei der beklagten Partei "kein eigenes Büro", durfte jedoch deren Computer und "gerade freistehende Büroräumlichkeiten" benützen. Dann hatte er dort ein eigenes Büro, das mit einem Schreibtisch und einem Schrank eingerichtet, an dessen Eingang jedoch kein Namensschild angebracht war. Im Oktober 1997 besuchte er den Kläger an dessen Wohnort in Italien. Er verfügte über Formulare für einen Antrag auf Eröffnung eines "Nummerndepot/-kontos", die Erstellung eines "Kundenprofils" (Angaben des Kunden gemäß § 13 WAG) und eine "Verwaltungsvollmacht für Drittpersonen". Letzteres Formular hatte (auszugsweise) folgenden Wortlaut:

1. Der (die) Unterzeichnende(n) .... bevollmächtigt(en) hiermit ... (den Mitarbeiter der beklagten Partei) ... über die auf dem oben angeführten Depot bei der ... (beklagten Partei) ... ohne vorherige Einholung von Weisungen in seinem Namen und auf seine Rechnung zu disponieren.

Diese Vermögensverwaltungsvollmacht berechtigt:

\* zur Zeichnung, zum Kauf und Verkauf von Wertpapieren und Effekten aller Art (Aktien, Investmentzertifikate, Partizipations-, Genuss- und Optionsscheine etc.),

\* zum Kauf und Verkauf von derivativen Produkten (Optionen, Futures etc.),

\* zum Kauf und Verkauf von Devisen,

\* zur Eröffnung und Aufhebung von Festgeld- und anderen Konten in beliebiger Währung sowie zum Einzug des vereinbarten Honorars zugunsten des Bevollmächtigten. Eine Verfügung des Bevollmächtigten über das oben angegebene Depot und die (dazugehörigen) Festgeld- und anderen Konten ist ausschließlich in Ausführung der oben genannten Geschäfte zulässig.

2. Die Abwicklung der in Punkt 1. genannten Geschäfte hat ausschließlich über die ... (beklagte Partei) ... zu erfolgen.

3. Alle im Rahmen dieser Vollmacht getätigten Maßnahmen des Bevollmächtigten werden vom Vollmachtgeber als für ihn verbindlich anerkannt. ...

4. ... Der Bevollmächtigte haftet mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes; die Haftung für leichte Fahrlässigkeit ist ausgeschlossen. Weiters übernimmt der Bevollmächtigte keine Haftung für eine bestimmte Vermögensentwicklung und/oder für mögliche Kurs- oder Währungsverluste oder Verluste durch Ausfälle von Banken oder Brokern, wenn diese nach sorgfältiger Prüfung durch den Bevollmächtigten nicht vorhersehbar waren. Ebenso bestätigt der Vollmachtgeber, auf die Verlustrisiken der geplanten Wertpapiergeschäfte und sonstiger Börsentransaktionen vom Bevollmächtigten ausführlich und ausdrücklich hingewiesen worden zu sein.

...

9. Der Vollmachtgeber entbindet die ... (beklagte Partei) ... im Voraus von jeglicher Haftung für Handlungen und/oder Unterlassungen des Bevollmächtigten.

...

12. Dieses Vollmachtsverhältnis unterliegt österreichischem Recht. Gerichtsstand ist das sachlich zuständige Gericht in Innsbruck."

Das Antragsformular für die Eröffnung eines Wertpapierdepots samt Verrechnungskonto hatte ua folgenden Inhalt:

"Ich (Wir) beauftrage(n) die Eröffnung eines Wertpapierdepots (Nummerndepots) samt Verrechnungskonto(en) unter der Bezeichnung 'Nummerndepot' bzw. 'Nummernkonto'. Es gelten die umseitig genannten Bestimmungen, die ich (wir) ausdrücklich (Anm: Hervorhebungen im Original) zur Kenntnis nehme(n)."Ich (Wir) beauftrage(n) die Eröffnung eines Wertpapierdepots (Nummerndepots) samt Verrechnungskonto(en) unter der Bezeichnung 'Nummerndepot' bzw. 'Nummernkonto'. Es gelten die umseitig genannten Bestimmungen, die ich (wir) ausdrücklich Anmerkung, Hervorhebungen im Original) zur Kenntnis nehme(n).

Die dem Formular angehefteten "Bedingungen für das Nummerndepot/-Konto" enthalten kleingedruckt und ohne Hervorhebung folgende Bestimmungen:

"Unterbleibt in der Rubrik 'gem. mit (zeichne gemeinsam mit)' eine entsprechende Angabe, so gilt jeder als einzeln zeichnungsberechtigt. Ich (Wir) nehme(n) zur Kenntnis, dass Depotschließungen und Erteilungen von Zeichnungsberechtigungen nur im Einverständnis aller Depotinhaber gemeinsam erfolgen können.

...

Ich (Wir) nehmen zur Kenntnis, dass für den Geschäftsverkehr mit Ihnen die in Ihrem Schalterraum durch Aushang bzw. Auflage kundgemachten 'Allgemeinen Geschäftsbedingungen der österr Kreditunternehmen', die 'Sonderbedingungen für Auslandsgeschäfte in Wertpapieren und ähnlichen Werten', die 'Besonderen Bedingungen für den Giroverkehr der österr Sparkassen' sowie die 'Bedingungen für die Selbstabholung von Briefen' in ihrer jeweils gültigen Fassung Anwendung finden. Diese derzeit geltenden Bedingungen habe ich zur Kenntnis genommen. ...

...

Für alle Streitigkeiten aus diesem Vertragsverhältnis ist österreichisches Recht anzuwenden und wird der Gerichtsstand Innsbruck vereinbart."

Der Kläger, der mit dem Mitarbeiter der beklagten Partei italienisch verhandelte, wollte das "Nummerndepot/-Konto" für sich privat, demnach nicht im Rahmen seiner Tätigkeit als Unternehmer eröffnen. Er und seine Ehegattin unterfertigten das Antragsformular für die Eröffnung eines Wertpapierdepots samt Verrechnungskonto blanko. Sie fügten nur das Losungswort "'Tuni'" handschriftlich bei. Die "'Verwaltungsvollmacht'" unterschrieb der Kläger gleichfalls blanko. Das ebenso nicht ausgefüllte "'Kundenprofil'" unterschrieb er mit dem Losungswort "'Tuni'". Der Mitarbeiter der beklagten Partei wusste, dass der Kläger der deutschen Sprache nicht mächtig ist. Zur Verwaltungsvollmacht sagte er dem Kläger lediglich, "dass es sich um eine Vollmacht für ihn handle". Der Vollmachtsinhalt wurde dem Kläger "weder übersetzt noch sonst zur Kenntnis gebracht". Zum "Nummerndepot/-konto- -Eröffnungsantrag erschöpften sich die Erklärungen" des Mitarbeiters der beklagten Partei "darin, dass die Unterschrift für die Eröffnung des Kontos notwendig sei". Der Kläger hatte den Kontoeröffnungsantrag, die Verwaltungsvollmacht und das Kundenprofil somit unterfertigt, "ohne über den genauen Inhalt dieser Urkunden Bescheid zu wissen; er verließ sich dabei ausschließlich auf die Angaben" des Mitarbeiters der beklagten Partei. Dieser händigte dem Kläger keine schriftlichen Hinweise "über Chancen und Verlustrisiken bei Termingeschäften" aus. Er klärte den Kläger über diese Risiken auch nicht mündlich auf, sondern sagte bloß, er habe "mit der Verwaltungsvollmacht freie Hand für die Vermögensverwaltung". Nicht feststellbar ist, "ob im Zuge der Kontoeröffnung darüber gesprochen wurde, dass das Anlagerisiko gering sein solle". Der Mitarbeiter der beklagten Partei "fasste das Gespräch jedoch so auf, dass der Kläger eine vorsichtige Anlagestrategie und nicht eine solche in riskanten Aktien wünsche". Weder der Kläger noch seine Ehegattin waren jemals in den Geschäftsräumen der beklagten Partei in Innsbruck. Deren Mitarbeiter beförderte die blanko unterfertigten Formulare nach Innsbruck und füllte sie dort aus. Unter der Rubrik "Meine Anlageerfahrungen: Ich habe bereits Anlageerfahrungen mit:" kreuzte er die Punkte "Anleihen, Schuldverschreibungen, Renten, Aktien, Optionsscheine, Investmentfonds, Derivate" an. Den Kontoeröffnungsantrag versah er mit dem Datum 13. 10. 1997 und fügte den Kläger und dessen Ehegattin als Antragsteller ein. Die Rubrik "gem. mit" füllte er nicht aus. Diesen Antrag gab er am 15. 10. 1997 in der Wertpapierabteilung der beklagten Partei ab, "worauf die Kontoeröffnung erfolgte".

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der österreichischen Kreditunternehmungen, Fassung vom 15. 9. 1979 (im Folgenden nur AGBKr), waren im streiterheblichen Zeitraum in den Geschäftsräumen der beklagten Partei ausgehängt. Deren Punkt 23 Abs 2 lautet:

Die in die Innehabung irgendeiner Stelle der Kreditunternehmung gelangten, insbesondere auch die ihr zur Sicherstellung übertragenen Werte oder Wertgegenstände jeder Art (zB Wertpapiere, Sammeldepotanteile, Schecks, Wechsel, Devisen, Waren, Konnossemente, Lager- und Ladescheine, Konsortialbeteiligungen, Bezugsrechte und sonstige Rechte jeder Art einschließlich der Ansprüche des Kunden gegen die Kreditunternehmung selbst) sind, soweit gesetzlich zulässig, für alle gegenwärtigen oder künftigen - auch bedingten, befristeten oder noch nicht fälligen - Ansprüche der Kreditunternehmung gegen den Kunden oder seine Firma verpfändet, gleich viel, ob sie aus gewährten Krediten aller Art einschließlich übernommener Haftungen, Darlehen, diskontierten oder akzeptierten Wechseln, Akkreditiven oder sonst aus der Geschäftsverbindung entstanden oder im Zusammenhang mit dieser auf die Kreditunternehmung übergegangen sind. Es macht keinen Unterschied, ob die Kreditunternehmung die mittelbare oder unmittelbare Innehabung über die Werte oder Wertgegenstände erlangt hat."

Punkt 24 Abs 1 dieser Bedingungen lautet:

"Kommt der Kunde seinen Verbindlichkeiten bei Fälligkeit nicht nach oder gerät er mit der Bestellung oder Verstärkung von Sicherheiten in Verzug, so ist die Kreditunternehmung befugt, Sicherheiten welcher Art immer unter Einhaltung der zwingenden gesetzlichen Bestimmungen ohne gerichtliches Verfahren und unter tunlichster Rücksichtnahme auf den Kunden zu verwerten. Unter mehreren Sicherheiten hat die Kreditunternehmung die Wahl. Die Kreditunternehmung kann jedoch auch dann, wenn sie über Sicherheiten verfügt, im Interesse der raschen Regelung ihrer Forderung zunächst in einem sonstigen Vermögen des Kunden Befriedigung suchen."

Anlässlich der Kontoeröffnung übergab der Kläger dem Mitarbeiter der beklagten Partei rund 25.000 EUR. Dieser Betrag wurde auf dem Verrechnungskonto gebucht. Dessen Veranlagung im Einzelnen ist nicht feststellbar, es wurden damit jedoch auch "Aktien und Anleihen" erworben. Von 1997 bis 2000 schloss der Mitarbeiter der beklagten Partei

namens des Klägers auch Derivatgeschäfte in Gestalt von - mit hohem Verlustrisiko behafteten - "Short-Calls" und "Short-Puts", informierte aber den Kläger über "die von ihm gewählte Anlageform" nicht. Die Veranlagungen waren zunächst "in der Summe gewinnbringend", weshalb sich der Kläger 1999 entschloss, für seine Altersversorgung weitere 180.000 EUR anzulegen. Er kümmerte sich nicht darum, wie der Mitarbeiter der beklagten Partei diesen Betrag anlegte, sondern "schaute bei den ... etwa halbjährlich übermittelten Depotauszügen immer nur auf den Endbetrag". Da die Kurse auf den Aktienmärkten 2001 fielen, schloss der Mitarbeiter der beklagten Partei "in weit größerem Ausmaß" als bisher Optionsgeschäfte, "ohne den Kläger hiervon zu informieren oder sein Einverständnis einzuholen". Am 7. 9. 2001 orderte er namens des Klägers "30 Kontrakte ... auf den deutschen Aktienindex mit Laufzeit 2001 und Basis 5000". Diese Kontrakte wurden von der beklagten Partei nach dem 11. 9. 2001 "im Rahmen des einberufenen Krisenmanagement am 25. 9. 2001 glatt gestellt", nachdem deren Mitarbeiter zuvor aufgefordert worden war, seine Auftraggeber "zur Nachschussleistung" zu bewegen. Dieser sah "keine Chance", vom Kläger einen solchen Nachschuss zu erwirken, weshalb er ihn insoweit gar nicht informierte. Hätte die beklagte Partei die "Kontrakte vom 7. 9. 2001 ... nicht glatt gestellt", sondern wären sie im Dezember 2001 "ausgelaufen, so hätte sich kein Verlust ergeben". Der Kläger verlor durch die vom Bevollmächtigten in seinem Namen geschlossenen Optionsgeschäfte "sein gesamtes eingesetztes Kapital". Überdies wies sein Verrechnungskonto zum Stichtag 12. 11. 2001 einen Sollsaldo von 340.485,55 EUR auf, der sich bis zum 16. 8. 2002 auf 346.686,90 EUR erhöhte. Ein Teil dieses Betrags (186.817,61 EUR) ist Gegenstand eines anhängigen Widerklageverfahrens. Bei Schluss der mündlichen Verhandlung befanden sich im "Nummerndepot/-konto des Klägers" noch die - im Spruch des Ersturteils - bezeichneten Wertpapiere.

Der Kläger begehrte zuletzt (ON 14 S. 20) die spesenfreie Übertragung der auf seinem Konto verbuchten Wertpapiere auf ein Konto bei einer anderen Innsbrucker Bank. Er brachte vor, sein Bevollmächtigter sei zur Gänze in die Betriebsorganisation der beklagten Partei eingebunden gewesen. Dieser habe nicht als selbständiger Anlageberater, sondern als deren Erfüllungsgehilfe gehandelt. Vertragsbestimmungen zur Eröffnung und Führung des Nummerndepots und des Verrechnungskontos seien ihm nie zur Kenntnis gebracht worden. Mangels Beherrschung der deutschen Sprache hätte er solche im Fall deren Mitteilung auch nicht verstanden. In das Vertragsverhältnis seien keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen einbezogen worden. Von den AGBKr hätte er überdies wegen seines Wohnsitzes in Italien und mangels Beherrschung der deutschen Sprache in zumutbarer Weise gar nicht Kenntnis nehmen können. Die Verwaltungsvollmacht für den Mitarbeiter der beklagten Partei sei ihm weder übersetzt noch in seiner Muttersprache erklärt worden. Die dort enthaltene Haftungsfreizeichnung zu Gunsten der beklagten Partei sei sittenwidrig. Derivatgeschäfte, die mit hohem Verlustrisiko behaftet seien, habe er nicht in Auftrag gegeben. Über das Verlustrisiko bei derartigen Termingeschäften sei er nicht aufgeklärt worden. Auf die beklagte Partei seien die Wohlverhaltensregeln nach den §§ 11 ff WAG anzuwenden. Diese hätte die maßgebenden Wertpapiergeschäfte faktisch ohne Kontrolle gegenüber ihrem Mitarbeiter nicht abwickeln dürfen. Die beklagte Partei habe an den im Depot erliegenden Wertpapieren kein Pfandrecht erworben. Daher dürfe sie die begehrte Übertragung nicht von der vorherigen Deckung des auf dem Verrechnungskonto ausgewiesenen Sollsaldo abhängig machen. Die beklagte Partei habe ferner keinen Anspruch auf Zahlung, müsse sie doch den durch die Wertpapiergeschäfte eingetretenen Verlust selbst tragen. Sie hätte die Dezember-Kontrakte nicht ohne Kontaktaufnahme mit ihm glatt stellen dürfen, sondern sie hätte ihn unter Fristsetzung zu einer Nachschussleistung unter Androhung sonstiger Glattstellung auffordern müssen.

Die beklagte Partei wendete ein, sie habe "nur die vertragliche Verpflichtung zur Verwahrung und Verwaltung der auf dem klägerischen Nummerndepot erliegenden Wertpapiere" übernommen und nur auf Weisung des Bevollmächtigten des Klägers gehandelt, somit "nur depotgeschäftliche Leistungspflichten der Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren" erfüllt. Demnach habe sie die Wohlverhaltensregeln nach den §§ 11 ff WAG nicht beachten müssen (ON 7 S. 4). Ihre Aufgabe sei es nur gewesen, auf Weisung des Bevollmächtigten des Klägers "konkret spezifizierte Dispositionsaufträge im Namen und auf Rechnung des Klägers" durchzuführen. Sie sei für ihn nicht als Kommissionärin eingeschritten und habe auch keine Anlageberatung oder Vermögensverwaltung zu besorgen gehabt. Ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen seien in das Vertragsverhältnis einbezogen worden. Der Kläger habe zur Kenntnis genommen, dass die AGBKr, die im Schalterraum der Bank ausgehängt seien, auf die Geschäftsbeziehung anzuwenden seien. Nach Punkt 23 und 24 dieser Bedingungen habe sie ein umfassendes Pfandrecht zur Sicherung bestehender und künftiger Ansprüche gegen den Kläger an allen in ihre Innehabung gelangten Werten sowie ein Zurückbehaltungs- und Aufrechnungsrecht. Die Geltung dieser Geschäftsbedingungen folge schon aus Handelsbrauch und Verkehrssitte. Es sei allgemein bekannt und entspreche mitteleuropäischem Standard, dass Banken Verträge nur unter Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen abschließen. Somit habe der Kläger mit der Vereinbarung

eines Pfandrechts an den im Depot erliegenden Wertpapieren rechnen müssen. Er hätte sich von diesen Bedingungen in ihren Geschäftsräumen auch Kenntnis verschaffen können. Wegen des vereinbarten Pfand- und Zurückbehaltungsrechts bestehe keine Verpflichtung, in die begehrte Übertragung von Wertpapieren einzuwilligen, folge doch aus dem Verrechnungskonto des Klägers ein zur Zahlung fälliger Sollsaldo von 349.942,23 EUR, der sich durch Zinsen, aber auch Spesen ständig erhöhe. Ursache dieses Saldos sei eine Kontoüberziehung zur Finanzierung spekulativer Optionsgeschäfte mit hohem Verlustrisiko. Die Handlungen des Bevollmächtigten seien nur dem Kläger zuzurechnen, sei er doch nicht ihr Erfüllungsgehilfe gewesen. Sie habe auch nicht den Anschein einer Gehilfentätigkeit erweckt. Für dessen Handlungen habe sie daher nicht einzustehen. Der Bevollmächtigte sei als selbständiger Anlageberater professioneller Marktteilnehmer gewesen, sodass sie auch Pflichten nach § 13 WAG nicht habe erfüllen müssen. Der Kläger sei im Weg über seinen Bevollmächtigten vor Glattstellung der Optionskontrakte nach dem Verfall des deutschen Aktienindex als Folge der Ereignisse vom 11. 9. 2001 ergebnislos zu einer angemessenen Nachschussleistung aufgefordert worden.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Nach dessen Ansicht kann sich der Kläger bei Lösung der Frage, ob Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) in das Vertragsverhältnis einbezogen worden seien, nicht erfolgreich auf mangelnde Deutschkenntnisse berufen. Wer eine Urkunde unterfertige, mache deren durch die Unterschrift gedeckten Wortlaut auch dann zum Inhalt seiner Erklärung, wenn er ihn nicht gekannt habe. Das gelte auch für Urkundeninhalte in einer Fremdsprache und ganz allgemein für den Fall, das solche Inhalte nicht verstanden worden seien. Der durch die Unterschrift des Klägers gedeckte Wortlaut des Kontoeröffnungsantrags enthalte einen deutlichen Hinweis auf umseitige Bedingungen. Diese seien daher Vertragsinhalt geworden. Auf das Vertragsverhältnis sei bereits kraft Vereinbarung österreichisches Recht anzuwenden. In den Bedingungen über das Nummerndepot/-konto finde sich auch die Wendung, der Kunde nehme zur Kenntnis, dass im Geschäftsverkehr mit der Bank die im Schalterraum der beklagten Partei ausgehängten AGBK in der jeweils gültigen Fassung anzuwenden seien. Das führe zur Frage, ob auch diese Bedingungen Vertragsbestandteil geworden seien. Da der Kläger nicht als Unternehmer, sondern als Verbraucher gehandelt habe, könnten die AGBK nicht schon gemäß § 346 HGB in das Vertragsverhältnis der Streitteile einbezogen worden sein. Deren Geltung setze demnach eine entsprechende Vereinbarung voraus. Der Verwender von AGB müsse deutlich zum Ausdruck bringen, nur auf deren Grundlage kontrahieren zu wollen. Der andere Teil müsse sich damit ausdrücklich oder schlüssig einverstanden erklären. Die AGBK seien dem Kläger weder in deutscher noch in italienischer Sprache ausgehändigt worden. Eine stillschweigende Unterwerfung des Kunden unter AGB dürfe indes nur angenommen werden, wenn er wenigstens die Möglichkeit gehabt habe, sie zur Kenntnis zu nehmen. An deren Einbeziehung durch schlüssiges Verhalten sei ein strenger Maßstab anzulegen. Hier seien die Einbeziehungsvoraussetzungen nicht erfüllt. In dem durch die Unterschrift des Klägers gedeckten Vertragswortlaut sei nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit auf die Geltung der AGBK hingewiesen worden. Der vorhandene Hinweis habe nur umseitig genannte Bedingungen betroffen. Erst in deren Rahmen sei - "ohne auffällige Kennzeichnung" - (auch) ein Hinweis auf die Geltung der AGBK zu finden. Wegen der Entfernung zwischen dem Wohnort des Klägers und dem Sitz der beklagten Partei könne überdies nicht davon ausgegangen werden, dass sich der Kläger von den in den Geschäftsräumen der beklagten Partei ausgehängten Bedingungen in zumutbarer Weise hätte Kenntnis verschaffen können. Dagegen hätte die beklagte Partei die AGBK ohne weiteres "dem unterfertigten Vertrag" beischließen können. Diese seien ferner in deutscher Sprache, deren der Kläger nicht mächtig sei, abgefasst. Die Verhandlungssprache sei jedoch Italienisch gewesen. Der Oberste Gerichtshof habe bereits ausgesprochen, dass die rechtsgeschäftliche Geltung der AGB eines Vertragsteils, die in einer dem anderen Teil fremden Sprache abgefasst seien, einen Hinweis auf diese Bedingungen "in der Verhandlungs- und Vertragssprache" vor dem Vertragsabschluss voraussetze. Seien aber die AGBK - wie hier - nicht in das Vertragsverhältnis der Streitteile einbezogen worden, so könne sich die beklagte Partei auch nicht auf deren Punkte 23 Abs 2 und 24 Abs 1 stützen. Demnach müsse sie dem Kläger die in dessen Eigentum stehenden, im Depot verwahrten Wertpapiere herausgeben. Über den Anspruch der klagenden Partei auf Zahlung eines Teils des Sollsaldo auf dem Verrechnungskonto sei im Widerklageverfahren abzusprechen.

Das Berufungsgericht hob dieses Urteil auf und verwies die Rechtssache zur Ergänzung des Verfahrens und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurück. Im übrigen sprach es aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei. Es erwog in rechtlicher Hinsicht, dass das Erstgericht auf das Vertragsverhältnis der Streitteile zu Recht österreichisches Recht angewendet habe. Auf ein gesetzliches Zurückbehaltungs- oder Leistungsverweigerungsrecht habe sich die beklagte

Partei in erster Instanz nicht berufen. Daher verletzten deren Ausführungen zum Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 1052 ABGB das Neuerungsverbot. Nicht beizutreten sei indes der Ansicht des Erstgerichts, auf die AGBKr sei als Voraussetzung wirksamer Einbeziehung nicht ausreichend hingewiesen worden. Der Kläger hätte die Ausfolgung oder Übersendung dieser Bedingungen verlangen können. Anhaltspunkte dafür, dass einem solchen Ersuchen nicht entsprochen worden wäre, bestünden nicht. Wäre der Kläger der deutschen Sprache soweit mächtig gewesen, dass er den Inhalt der unterschriebenen Urkunden erfassen konnte, so bestünde an der Geltung der AGBKr kein Zweifel. Der Oberste Gerichtshof habe allerdings bereits ausgesprochen, dass das "Sprachrisiko nicht ausschließlich den Kunden" des AGB-Verwenders treffe. Danach komme es für die Einbeziehung von AGB in das Vertragsverhältnis "nicht ausschließlich auf die Muttersprache des Kunden, sondern auf die Verhandlungs- und Vertragssprache" an. Abgesehen von diesem Fall dürfe der AGB-Verwender das Sprachrisiko nicht einseitig auf einen ausländischen Kunden abwälzen, wenn der Verwender erkannt habe oder hätte erkennen müssen, dass er die deutsche Sprache nicht ausreichend beherrsche. Die österreichische Rechtslage unterscheide sich von der deutschen dadurch, dass sie die Voraussetzungen der Unterwerfung unter die Geschäftsbedingungen von Unternehmen, die "ihrem objektiven Charakter nach dem Massenbetrieb gewidmet" seien, deutlich erleichtere. Solche Bedingungen würden auch ohne Kenntnis deren Inhalts Vertragsbestandteil. Insoweit bleibe es dem Kunden überlassen, "sich um die Kenntnisnahme zu bemühen", sollte er daran interessiert sein. Das gelte auch für die AGB von Banken. Komme es daher für die Unterwerfung unter solche Bedingungen nicht auf deren Kenntnis an, so könne es nicht ausschlaggebend sein, weshalb der Kunde keine Kenntnis hiervon erlangt habe oder mit welchem Aufwand er sich die Kenntnis verschaffen hätte können. Der Kläger habe nicht behauptet, dass er mit AGB der beklagten Partei nicht gerechnet habe oder diese Bedingungen zur Verpfändung von Werten einen von der Rechtslage in seinem Heimatland abweichenden unüblichen Inhalt hätten. Somit seien aber auf das Vertragsverhältnis der Streitparteien auch die AGBKr anzuwenden. Danach sei es entscheidend, ob das vertragliche Pfand- und Zurückbehaltungsrecht, auf das sich die beklagte Partei berufe, noch bestehe oder allfällige gesicherte Ansprüche durch die vom Kläger behauptete Aufrechnung mit Schadenersatzansprüchen bereits erloschen seien. Nach den getroffenen Feststellungen könne noch nicht abschließend beurteilt werden, ob der Bevollmächtigte des Klägers als selbständiger Vermögensberater (auch) als Erfüllungsgehilfe der beklagten Partei anzusehen sei. Das wäre zu bejahen, wenn die beklagte Partei die Erfüllung ihrer Schutz- und Sorgfaltspflichten gegenüber dem Kläger an den Vermögensberater delegiert hätte. Von Bedeutung sei auch die Art der Zusammenarbeit zwischen der beklagten Partei und dem selbständigen Vermögensberater nach der getroffenen Aufgabenverteilung. Je stärker die Rolle der Bank im Dreiecksverhältnis Bank - Vermögensberater - Kunde sei, umso eher werde der Vermögensberater (auch) Erfüllungsgehilfe der Bank sein. Es sprächen gewichtige Umstände "für eine letztlich untergeordnete Rolle" des Bevollmächtigten des Klägers im Verhältnis zur beklagten Partei. Diese Frage werde erst dann abschließend beurteilt werden können, wenn feststehe, welche Leistungen der Vermögensberater und die beklagte Partei "nach dem konkreten Ablauf der Geschäftsbeziehung" des Ersteren mit dem Kläger erbracht hätten. Dabei sei zu klären, wer diese Geschäftsbeziehung dominiert habe. Eine Bank könne die von ihr zu erfüllenden Schutz- und Sorgfaltspflichten nicht ohne weiteres an einen ehemaligen Angestellten "auslagern", wenn diesem "faktisch - abgesehen von der Form der Entlohnung und einer gewissen Selbständigkeit - dieselbe Rolle" zukomme, die er zuvor als Angestellter gehabt habe. Hätte der Bevollmächtigte des Klägers "eine so starke Stellung als Vermögensberater" gehabt, dass er nicht Erfüllungsgehilfe der beklagten Partei gewesen sei, so sei noch die "Art der Zusammenarbeit" mit der beklagten Partei festzustellen. Diese werde insofern näher darlegen müssen, weshalb sie die Dispositionen des Bevollmächtigten des Klägers ohne jede Kontrolle habe ausführen dürfen. Dabei sei von Interesse, ob der Bevollmächtigte des Klägers "über alle fachlichen und rechtlichen Voraussetzungen" verfügt habe, "um in der konkreten Situation als selbständiger Vermögensberater tätig zu sein". Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof sei zulässig, weil es "zur Frage der Unterwerfung unter fremdsprachliche Allgemeine Geschäftsbedingungen einer Bank" an einer höchstgerichtlichen Rechtsprechung fehle.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Rekurs des Klägers ist zulässig; er ist jedoch nicht berechtigt.

#### **1. Rechtswahl**

1. 1. Fragen des Kollisionsrechts sind hier gemäß § 50 Abs 2 IPRG nach diesem Gesetz in seiner Fassung vor der Neufassung des § 35 IPRG und der Aufhebung der §§ 36 bis 45 IPRG durch das BGBGBI I 1999/18 zu beurteilen, weil die Vertragsbeziehung der Streitparteien vor dem 1. 12. 1998 begründet wurde.

Die Parteien befassen sich im Rekursverfahren nicht mit der Frage nach dem anzuwendenden Recht. Bei allseitiger Prüfung der Rechtslage ist jedoch zu klären, ob der zur Entscheidung vorliegende Sachverhalt nach dem österreichischen internationalen Privatrecht Anhaltspunkte für die Anwendung ausländischen Rechts erkennen lässt. Wäre danach ausländisches Recht anzuwenden, so wäre es vom Gericht gemäß § 3 IPRG von Amts wegen zugrunde zu legen, auch wenn die Parteien diese Frage unbeachtet ließen, liegt doch in der unzutreffenden Lösung eines Problems des internationalen Privatrechts eine Verletzung inländischer Kollisionsnormen, die in rechtlicher Beurteilung der Streitsache - selbst gegen den Willen der Prozessparteien - wahrzunehmen ist (1 Ob 138/97v = SZ 70/145 mwN; Schwimann in Rummel, ABGB<sup>2</sup> § 2 IPRG Rz 1). Die Parteien befassen sich im Rekursverfahren nicht mit der Frage nach dem anzuwendenden Recht. Bei allseitiger Prüfung der Rechtslage ist jedoch zu klären, ob der zur Entscheidung vorliegende Sachverhalt nach dem österreichischen internationalen Privatrecht Anhaltspunkte für die Anwendung ausländischen Rechts erkennen lässt. Wäre danach ausländisches Recht anzuwenden, so wäre es vom Gericht gemäß Paragraph 3, IPRG von Amts wegen zugrunde zu legen, auch wenn die Parteien diese Frage unbeachtet ließen, liegt doch in der unzutreffenden Lösung eines Problems des internationalen Privatrechts eine Verletzung inländischer Kollisionsnormen, die in rechtlicher Beurteilung der Streitsache - selbst gegen den Willen der Prozessparteien - wahrzunehmen ist (1 Ob 138/97v = SZ 70/145 mwN; Schwimann in Rummel, ABGB<sup>2</sup> § 2 IPRG Rz 1).

1. 2. Wären die "Bedingungen für das Nummerndepot/-Konto" in das Vertragsverhältnis einbezogen worden, so hätten die Streitteile (auch) eine Vereinbarung getroffen, dass auf deren Rechtsbeziehung österreichisches Recht anzuwenden ist. Eine solche das maßgebende Recht insgesamt berufende Rechtswahl verdrängt in ihrer Eigenschaft als kollisionsrechtliche Rechtswahl - abgesehen von Eingriffsnormen - auch zwingendes Recht der andernfalls kraft gesetzlicher Verweisung berufenen Rechtsordnung (Schwimann aaO § 11 IPRG Rz 1; ders, Internationales Privatrecht<sup>2</sup> [1999] 30). Ob eine solche Vereinbarung zustande gekommen ist (Schwimann aaO § 11 IPRG Rz 7) und - bejahendenfalls -, welche Rechtswirkungen sie entfaltet, ist nach der lex fori - hier daher nach österreichischem Sachrecht - zu beurteilen (1 Ob 658/90; 8 Ob 533/85 = EvBl 1987/2; Schwimann aaO § 11 IPRG Rz 7, § 35 IPRG Rz 4). Das Vorliegen einer Rechtswahl, die die gesetzliche Anknüpfung - abgesehen von der bereits erwähnten Einschränkung - verdrängt, ist primär zu prüfen. Erst nach Bejahung einer wirksamen Rechtswahl wird die weitere Frage aufgeworfen, ob diese Wahl einer Sonderanknüpfung vor Eingriffsnormen weichen muss (Schwimann aaO § 35 IPRG Rz 2). Eine Bestimmung zur Rechtswahl in AGB teilt deren "Wirksamkeitsschicksal" (Schwimann aaO § 35 IPRG Rz 8). Hier ist daher zunächst nach österreichischem Sachrecht zu prüfen, ob die Rechtswahlbestimmung jener AGB, auf deren Anwendung sich die beklagte Partei beruft, Vertragsinhalt wurde.

## 2. AGB - Einbeziehung

### 2. 1. Allgemeines

Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs bedürfen AGB, die nicht kraft Gesetzes oder Verordnung gelten, zu ihrer Geltung der rechtsgeschäftlichen Einbeziehung in das Vertragsverhältnis. Ihre Anwendung setzt daher voraus, dass sie durch einen entsprechenden Hinweis im Vertragswortlaut oder zumindest stillschweigend zum Vertragsinhalt gemacht wurden. Ob der andere Vertragsteil einen solchen Hinweis ausdrücklich zur Kenntnis nahm oder ihm die AGB vor Vertragsabschluss ausgehändigt wurden, ist nicht entscheidend. Maßgebend ist nur, dass der Vertragspartner die Möglichkeit hatte, vom Inhalt der AGB Kenntnis zu erlangen (1 Ob 1/00d = SZ 73/158 mwN). Die stillschweigende Unterwerfung unter die AGB deren Verwenders darf jedoch nur dann angenommen werden, wenn für den anderen Vertragsteil deutlich erkennbar war, dass jener nur unter Einbeziehung seiner AGB kontrahieren wollte (7 Ob 535/87 = SZ 60/75; 4 Ob 562/79 = HS 10.570/26); andernfalls darf der objektive Sinn der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung des anderen Vertragsteils nicht als Einwilligung in die Einbeziehung der AGB in das Vertragsverhältnis verstanden werden (4 Ob 562/79 = HS 10.570/26). Bei der Lösung der Frage, ob AGB schlüssig Vertragsinhalt wurden, ist überdies ein strenger Maßstab anzulegen (1 Ob 533/94 = HS 25.405). Auch in diesem Zusammenhang ist es bedeutsam, dass die Bank bei Abschluss von Verträgen mit Hilfe der von ihr verfassten Formulare die Pflicht zur Aufklärung geschäftlich unerfahrener Kunden hat, um diesen die erforderlichen Kenntnisse über den Umfang von deren Pflichten zu verschaffen. Diese Aufklärungspflicht, die auch durch das Schweigen der Bank verletzt werden kann, darf zwar nicht überspannt werden, weil dem Bankkunden an sich zugemutet werden kann, seine wirtschaftlichen Interessen selbst ausreichend zu wahren, von einem Kreditinstitut ist jedoch zu fordern, dass es keine Vertragsgestaltung wählt, die das Ausmaß von Verpflichtungen unklar lässt und so zu Irrtümern Anlass gibt

(1 Ob 29/01y = ÖBA 2002, 654). Diese Grundsätze können, wie sogleich näher zu erörtern sein wird, auch fruchtbar gemacht werden, wenn sich die Bank einer Vertragssprache bedient, die deren Kunde nicht beherrscht und die außerdem von der Verhandlungssprache abweicht.

## 2. 2. Geltungsgrund der AGB von Banken und Versicherungen

### 2. 2. 1. Banken

Der Oberste Gerichtshof erkannte in der Entscheidung 5 Ob 237/71 (= ÖBA 1974, 281), dass die AGB der österr Kreditinstitute als Unternehmen, die dem "Massenbetrieb" dienen, "auch dann Inhalt der Verträge eines solchen Unternehmens mit seinen Kunden werden, wenn die Kunden die Geschäftsbedingungen im Einzelnen nicht kennen - es sei denn, dem Kunden wäre die Kenntnisnahme der Bedingungen unmöglich gemacht worden, oder die Bedingungen enthielten sittenwidrige Bestimmungen oder solche, die in ihnen nicht hätten vermutet werden können". Diese Rechtsprechung lief im Ergebnis darauf hinaus, die AGB von Banken - abgesehen von den angesprochenen Einschränkungen - gleichsam wie generelle Normen gelten zu lassen, war doch von deren konkreten, durch eine rechtsgeschäftliche Willenserklärungen im jeweiligen Einzelfall getragenen Einbeziehung in das Vertragsverhältnis nicht die Rede. Das ist jedoch mit dem Grundsatz der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre unvereinbar, dass Unternehmer für den Verkehr mit ihren Vertragspartnern nicht einseitig objektives Recht schaffen können. Infolgedessen haben AGB, die nicht kraft Gesetzes oder Verordnung gelten, den gleichen Geltungsgrund wie sonstige Vertragsbestimmungen (Kozio/Welser, Grundriss I 12 119; Rummel in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 864a Rz 2). Diese Auffassung machte sich in der Folge auch die Rechtsprechung zu eigen. Bereits in der zu den ABGKr ergangenen Entscheidung 7 Ob 535/87 (= SZ 60/75), deren Sachverhalt die Frage nach der Anwendbarkeit von Punkt 23 ABGKr aufwarf, ist die Rede davon, es fehle an einer "klaren Feststellung" darüber, dass "jemals eine - ausdrückliche oder doch schlüssige (etwa dadurch, dass für ... [den Bankkunden] ... deutlich erkennbar war, dass die beklagte Partei nur zu ihren AGB abschließen will und er sich daraufhin mit ihr eingelassen hat und wenigstens die Möglichkeit hatte, vom Inhalt dieser Bedingungen Kenntnis zu nehmen ...) - Vereinbarung der AGB ... zustande gekommen ist". Verdeutlicht wurde demnach, dass auch die ABGKr nur kraft rechtsgeschäftlicher Einbeziehung in das jeweilige Vertragsverhältnis gelten können. Diese Entwicklung der Rechtsprechung deckt sich, wie sogleich zu erörtern sein wird, mit jener, die die Geltungsgrundlage der AGB von Versicherungsunternehmen zum Gegenstand hat.

### 2. 2. 2. Versicherungen

Mit Bankunternehmen sind - was den Geschäftsumfang und die angesprochenen Verkehrskreise betrifft - Versicherungsunternehmen vergleichbar. Auch deren Geschäftstätigkeit dient dem "Massenverkehr". Die ältere Rechtsprechung erblickte die Geltungsgrundlage Allgemeiner Versicherungsbedingungen (AVB) bereits in einem widerspruchsfreien Vertragsabschluss, sei doch dieses Verhalten seinem objektiven Erklärungswert nach als Einverständnis mit den - jedermann zugänglichen - AVB aufzufassen, weil allgemein bekannt sei, dass Versicherungsunternehmen nur auf deren Grundlage kontrahierten. In der neueren ständigen Rechtsprechung wird dagegen die Auffassung verfochten, dass die Geltung von AVB im Einzelfall deren Vereinbarung voraussetze; anderenfalls komme der Versicherungsvertrag - wenn die Versicherungsart, das versicherte Risiko und die Prämie feststünden - ohne die Einbeziehung von AVB zustande. Für den Kunden (Versicherungsnehmer) müsse deutlich erkennbar sein, dass der Unternehmer (Versicherer) nur unter Einbeziehung seiner AVB kontrahieren wolle; diesem Willen müsse sich der Kunde unterworfen haben. Ein solcher Schluss erfordere jedoch, dass in den Vertragsunterlagen zumindest ein deutlicher Hinweis auf die Einbeziehung der AVB enthalten sei und der Kunde die Möglichkeit habe, sich die AVB zu beschaffen oder deren Inhalt zu erfahren. Insofern reiche für deren Einbeziehung in das Vertragsverhältnis die Anführung der maßgebenden AVB auf dem vom Kunden unterfertigten Antragsformular aus, ohne dass es noch auf deren Aushändigung an den Versicherungsnehmer ankäme (7 Ob 31/03i mwN aus der älteren und jüngeren Rsp).

## 3. Unterfertigung von Vertragsurkunden - Bindung an deren Wortlaut

Der erkennende Senat sprach zuletzt in der Entscheidung 1 Ob 29/01y (= ÖBA 2002, 654) - gestützt auf die ständige Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs - aus, dass derjenige, der eine Urkunde ungelesen unterfertigt, ihren durch die Unterschrift gedeckten Wortlaut zum Inhalt seiner Erklärung mache, es sei denn, der Urkundeninhalt wäre so außergewöhnlich, dass ein Einverständnis damit nicht angenommen werden könne. Dieser Grundsatz gilt an sich auch dann, wenn ein Teil den durch seine Unterschrift gedeckten Vertragswortlaut gar nicht verstand (8 Ob 2172/96m; 7 Ob 639/85 = SZ 58/69; 1 Ob 691/84 = SZ 58/183). Diese Leitlinie galt in erster Linie wohl dem fehlenden Verständnis



mangels ausreichender Rechtskenntnisse oder des erforderlichen geistigen Fassungsvermögens, sie wurde jedoch in der älteren Rechtsprechung - beim Geschäftsverkehr unter Kaufleuten - auch auf Fälle angewendet, bei denen sich der Mangel des Verständnisses eines Vertragsteils aus der fehlenden Beherrschung der als Vertragssprache verwendeten Fremdsprache ergab (5 Ob 289/66 = RZ 1967, 70 [Französisch]).

#### 4. Einbeziehung von AGB - Sprachenproblem

4. 1. Der Oberste Gerichtshof referierte in der Entscheidung 7 Ob 176/98b (= JBl 2000, 121 [Gerichtsstandsklausel in Einkaufsbedingungen]) zunächst die deutsche Rechtsprechung. Danach werde die Einbeziehung der für einen Vertragsteil "fremdsprachigen" AGB in das Vertragsverhältnis "trotz dessen Sprachkenntnis" bejaht, wenn der eine Teil im Vertragsangebot auf die Verwendung von AGB "in der Verhandlungs- und Vertragssprache" hingewiesen und der andere Teil daraufhin die uneingeschränkte Annahme erklärt habe. Diesen Erwägungen trat der Oberste Gerichtshof bei. Sie wurden in der Entscheidung 7 Ob 275/03x (Lieferbedingungen im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen) in einem Fall, auf den UN-Kaufrecht anzuwenden war, fortgeschrieben und dahin präzisiert, dass die Abfassung von AGB "in einer anderen als der Vertragssprache (oder der Sprache des Adressaten) eine Einbeziehung in das Vertragsverhältnis" nicht jedenfalls hindere. Die Lösung der Frage, "ob AGB als Bestandteil des Angebotes des erklärenden Vertragspartners anzusehen" seien, hänge vielmehr davon ab, "ob ihre gewollte Einbeziehung für den Adressaten erkennbar und ihm auch zumutbar" sei. Die Erkennbarkeit, "nur zu den Konditionen seiner eigenen AGB kontrahieren zu wollen", setze eine darauf abzielende unmissverständliche Willenserklärung des AGB-Verwenders voraus. Der Hinweis auf Geschäftsbedingungen, die der Offerte nicht beigelegt seien, müsse so deutlich sein, dass ihn eine vernünftige Person verstehen könne. Der Adressat der Offerte müsse in der Lage sein, den Inhalt der AGB kennen zu lernen; insofern müsse ihm eine "Kenntnis- und damit Verständnismöglichkeit" offen gestanden sein. Was man nicht kennen könne, könne man nicht verstehen und auslegen. Insoweit könne auch die Sprache, in der auf AGB verwiesen wird und in der sie abgefasst sind, Bedeutung erlangen. Ob dem Adressaten des Vertragsangebots das Verständnis übermittelter AGB, die in einer anderen als seiner Muttersprache oder der Vertragssprache oder einer ihm sonst geläufigen Sprache abgefasst sind, - etwa durch Herstellung einer zumutbaren Übersetzung - zugesonnen werden könne, sei nach der Länge, Intensität und Bedeutung von Geschäftsbeziehungen sowie auch nach der Verbreitung der verwendeten Sprache im betreffenden Kulturkreis zu beurteilen. Je intensiver und wirtschaftlich bedeutsamer eine Geschäftsbeziehung sei, umso eher werde jemand, der dem Geschäftspartner durch entsprechende Hinweise und wiederholte Übersendung seiner nicht in der Vertragssprache abgefassten AGB unmissverständlich zu erkennen gegeben habe, dass er nur zu diesen Bedingungen kontrahieren wolle, erwarten können, dass sich der Geschäftspartner, falls dies notwendig sei, entweder selbst um eine Übersetzung bemühe oder ihn zur Übermittlung einer Übersetzung auffordere. Es genüge die Übersendung von AGB in einer Sprache, die der Vertragspartner beherrsche, oder in einer Weltsprache. Bei international tätigen Unternehmen müsse der Vertragspartner den in einer Weltsprache abgefassten AGB des anderen Teils unverzüglich wegen mangelnder Sprachkenntnis widersprechen, wenn eine Kenntnis dieser Weltsprache nicht fern liege. Dabei sei Deutsch nach Englisch und Französisch "wohl auch als Weltsprache" anzusehen.

Diese Entwicklung der Rechtsprechung verdeutlicht, dass sich der Oberste Gerichtshof - auch im rechtsgeschäftlichen Verkehr zwischen Unternehmen - eindeutig von der in der Entscheidung 5 Ob 289/66 = RZ 1967, 70 vertretenen, (noch) undifferenzierten Ansicht löste, dass jemand, der die in einer Fremdsprache abgefasste Vertragsurkunde unterschreibe, jedenfalls gebunden sei, gleichviel ob er das, was er unterschrieben habe, auch habe verstehen können. Eine Abkehr davon zeichnete sich bereits in der Entscheidung 7 Ob 2407/96p ab. Nach deren Sachverhalt waren die Vertragsverhandlungen in englischer und deutscher Sprache geführt worden. Die "Auftragsbestätigungen", die dort die beklagte Partei an die dort klagende Partei, eine Gesellschaft mit Sitz in Portugal, - im Rahmen einer ständigen Geschäftsbeziehung - versandt hatte, enthielten auf der Vorderseite einen Hinweis in englischer Sprache auf die umseits in Deutsch und Englisch abgedruckten Einkaufsbedingungen. Angesichts dessen wurde festgehalten, dass "die auf der Rückseite der einzelnen Aufträge abgedruckten Geschäftsbedingungen", gleichviel ob sie von der klagenden Partei ausdrücklich zur Kenntnis genommen worden seien oder nicht, wegen des "als Auftragsüberschrift in englischer Sprache verfassten eindeutigen Hinweises auf die umseitig abgedruckten Bedingungen zum Vertragsinhalt gemacht worden" seien. Ausschlaggebend für diese Lösung sei daher, dass in einer der Verhandlungssprachen, die mit den Vertragssprachen identisch waren, auf die Einbeziehung der in beiden Verhandlungs- und Vertragssprachen auf der Rückseite der Auftragsbestätigungen abgedruckten "Einkaufbedingungen" verwiesen worden war. Das aber lege

eine davon abweichende Lösung der Einbeziehungsfrage dann nahe, wenn der Hinweis auf die Einbeziehung von AGB auf der Vorderseite der Auftragsbestätigungen und/oder die auf deren Rückseite abgedruckten "Einkaufsbedingungen" weder in einer der Verhandlungssprachen noch in Portugiesisch, sondern in einer vierten Sprache abgefasst gewesen wären.

4. 2. In Deutschland wird das Sprachenproblem beim Vertragsabschluss auf dem Boden des § 2 dABGB, der die Einbeziehung von AGB in den Vertrag näher regelt, erörtert. Nach der dort herrschenden Ansicht muss einerseits der gemäß § 2 Abs 1 Nr 1 dABGB erforderliche Hinweis auf die AGB deren Verwenders zur Verdeutlichung der auf die Einbeziehung abzielenden Willenserklärung, andererseits aber auch diese Willenserklärung selbst in der Verhandlungssprache erfolgen. Dabei handelt es sich um jene Sprache, deren sich die Vertragsparteien übereinstimmend tatsächlich bedienten. Weicht die Vertragssprache von der Verhandlungssprache ab, so genügt ein Einbeziehungshinweis in ersterer nur dann, wenn der Kunde des AGB-Verwenders auch dieser Sprache mächtig ist und einen solchen Hinweis deshalb unschwer versteht. Beschränkt sich der AGB-Verwender nach § 2 Abs 1 Nr 1 dABGB im rechtsgeschäftlichen Verkehr mit Kunden auf einen Aushang der AGB in deutscher Sprache, so kann er sich darauf - einem sprachunkundigen Ausländer gegenüber - nicht erfolgreich berufen, wenn die Vertragsverhandlungen nicht in Deutsch geführt wurden; allerdings soll dann ein entsprechender Hinweis in einer Weltsprache wie Englisch oder Französisch genügen (H. Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt, AGB-Gesetz9 [2001] Anh § 2 Rz 15 mwN; vgl auch BGH 31. 10. 1989 VIII ZR 330/88 = IPRax 1991, 326 [Einbeziehungshinweis in Englisch als Verhandlungs- und Vertragssprache]). Der Kunde des AGB-Verwenders hat ferner nur dann eine zumutbare Möglichkeit im Sinne des § 2 Abs 1 Nr 2 dABGB, sich von den AGB Kenntnis zu verschaffen, wenn deren Wortlaut in der Verhandlungssprache abgefasst ist. Liegen nur AGB in der von der Verhandlungssprache abweichenden Vertragssprache vor, so hat der Verwender für eine verständliche Übersetzung in die Verhandlungssprache zu sorgen. Eine Ausnahme davon soll dann gelten, wenn der Kunde (auch) die Vertragssprache beherrscht oder die AGB in einer Weltsprache abgefasst sind. Die Unterfertigung eines nicht in der Verhandlungssprache abgefassten Vertragsformulars reicht im Übrigen für die Annahme eines Verzichts auf die Verschaffung einer zumutbaren Kenntnisnahmemöglichkeit gewöhnlich nicht aus (H. Schmidt aaO Anh § 2 Rz 16 mwN).

4. 2. In Deutschland wird das Sprachenproblem beim Vertragsabschluss auf dem Boden des § 2 dABGB, der die Einbeziehung von AGB in den Vertrag näher regelt, erörtert. Nach der dort herrschenden Ansicht muss einerseits der gemäß § 2 Abs 1 Nr 1 dABGB erforderliche Hinweis auf die AGB deren Verwenders zur Verdeutlichung der auf die Einbeziehung abzielenden Willenserklärung, andererseits aber auch diese Willenserklärung selbst in der Verhandlungssprache erfolgen. Dabei handelt es sich um jene Sprache, deren sich die Vertragsparteien übereinstimmend tatsächlich bedienten. Weicht die Vertragssprache von der Verhandlungssprache ab, so genügt ein Einbeziehungshinweis in ersterer nur dann, wenn der Kunde des AGB-Verwenders auch dieser Sprache mächtig ist und einen solchen Hinweis deshalb unschwer versteht. Beschränkt sich der AGB-Verwender nach § 2 Abs 1 Nr 1 dABGB im rechtsgeschäftlichen Verkehr mit Kunden auf einen Aushang der AGB in deutscher Sprache, so kann er sich darauf - einem sprachunkundigen Ausländer gegenüber - nicht erfolgreich berufen, wenn die Vertragsverhandlungen nicht in Deutsch geführt wurden; allerdings soll dann ein entsprechender Hinweis in einer Weltsprache wie Englisch oder Französisch genügen (H. Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt, AGB-Gesetz9 [2001] Anh § 2 Rz 15 mwN; vergleiche auch BGH 31. 10. 1989 römisch VIII ZR 330/88 = IPRax 1991, 326 [Einbeziehungshinweis in Englisch als Verhandlungs- und Vertragssprache]). Der Kunde des AGB-Verwenders hat ferner nur dann eine zumutbare Möglichkeit im Sinne des § 2 Abs 1 Nr 2 dABGB, sich von den AGB Kenntnis zu verschaffen, wenn deren Wortlaut in der Verhandlungssprache abgefasst ist. Liegen nur AGB in der von der Verhandlungssprache abweichenden Vertragssprache vor, so hat der Verwender für eine verständliche Übersetzung in die Verhandlungssprache zu sorgen. Eine Ausnahme davon soll dann gelten, wenn der Kunde (auch) die Vertragssprache beherrscht oder die AGB in einer Weltsprache abgefasst sind. Die Unterfertigung eines nicht in der Verhandlungssprache abgefassten Vertragsformulars reicht im Übrigen für die Annahme eines Verzichts auf die Verschaffung einer zumutbaren Kenntnisnahmemöglichkeit gewöhnlich nicht aus (H. Schmidtaao Anh § 2 Rz 16 mwN).

4. 3. Wenngleich sich die deutsche Rechtslage von der österreichischen insofern unterscheidet, als in dieser eine § 2 dABGB vergleichbare ausdrückliche Regelung über die Voraussetzungen für die Einbeziehung von AGB in ein Vertragsverhältnis fehlt (siehe dazu 7 Ob 31/03i mwN; Rummel aaO § 864a Rz 2a), so entsprechen doch die vom Obersten Gerichtshof zur Einbeziehungsfrage in der jüngeren Rechtsprechung entwickelten Leitlinien - wie bereits gezeigt - der unter 4. 2. erläuterten deutschen Rechtslage. Insofern ist noch anzumerken, dass die Lösung des Sprachenproblems in Deutschland nicht schon durch den Wortlaut des § 2 dABGB vorgegeben ist.

Somit ist die Rechtslage zur Einbeziehung von AGB in ein Vertragsverhältnis - soweit es um die Lösung der hier anstehenden Frage geht - wie folgt zusammenzufassen:

Unterscheidet sich die Verhandlungssprache von der Vertragssprache, so hat jener Vertragsteil, der unter Einbeziehung bestimmter, in der Vertragssprache gehaltener AGB mit einer Bestimmung über eine kollisionsrechtliche Rechtswahl kontrahieren will, den anderen Vertragsteil - als primäre Voraussetzung deren Geltung - in einem durch dessen (schließliche) Unterschrift gedeckten Abschnitt der Vertragsurkunde in der Verhandlungssprache deutlich auf die Einbeziehung solcher AGB in das Vertragsverhältnis hinzuweisen; mangelt es daran, so werden diese AGB - und daher auch deren Bestimmung über die Rechtswahl - schon deshalb nicht Vertragsbestandteil.

## 5. Ergebnis zur Einbeziehung im Anlassfall

5. 1. Die Verhandlungssprache bei der Vorbereitung des Vertragsabschlusses zwischen den Streitteilen war Italienisch, die Vertragssprache ist dagegen Deutsch. Das vom Kläger unterfertigte Vertragsformular der beklagten Partei in deutscher Sprache zur Eröffnung eines Wertpapierdepots samt Verrechnungskonto enthielt keinen durch dessen Unterschrift gedeckten schriftlichen Hinweis in italienischer Sprache auf die Einbeziehung jener AGB der beklagten Partei in das Vertragsverhältnis, die in der Vertragssprache Deutsch abgefasst und dem Vertragsformular angeheftet waren. Es fehlte ferner an einem schriftlichen Hinweis in italienischer Sprache auf die Einbeziehung der AGBKr. Der Kläger wurde in der Verhandlungssprache auch nicht mündlich auf die Einbeziehung bestimmter AGB in das Vertragsverhältnis der Streitteile hingewiesen. Somit kann dahingestellt bleiben, ob ein vorangegangener mündlicher Hinweis für die Einbeziehung der - eine Rechtswahl enthaltenden - AGB der beklagten Partei in den Vertrag ausgereicht hätte. Schon aus den unter 4. 3. angestellten Erwägungen können somit (auch) die AGBKr nicht Bestandteil des Vertrags zwischen den Streitteilen geworden sein, sollte diese Streitigkeit - nach den Erwägungen unter 6. und 7. - letztlich doch unter Anwendung österreichischen Rechts entschieden werden müssen.

Was nach der unter 4. 1. erläuterten Rechtsprechung für den internationalen Handelsverkehr zwischen Unternehmern gilt, muss - gestützt auf die zuvor ins Treffen geführten Grundsätze der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre - umso mehr für die Geschäftsbeziehung von Banken mit Verbrauchern gelten. Deshalb stellt sich nicht mehr die Frage, ob die - eine Rechtswahl enthaltenden - AGB, die die beklagte Partei in das Vertragsverhältnis einbeziehen wollte, angesichts der von den Streitteilen gewählten Verhandlungssprache überdies nur dann Vertragsbestandteil geworden wären, wenn sie vor dem Vertragsabschluss - den Erwägungen unter 4. 2. folgend - in einer von der beklagten Partei besorgten Übersetzung in die italienische Sprache zur Verfügung gestanden wären, um so dem Kläger auf ihm zumutbare Weise deren Kenntnisnahme zu ermöglichen. Insoweit ist zudem noch anzumerken, dass jedenfalls beim rechtsgeschäftlichen Verkehr mit italienischen Verbrauchern nicht unterstellt werden kann, solche Personen müssten bei der Vermögensanlage im Weg von Geschäftsbeziehungen mit österreichischen Banken mit der Verwendung von Deutsch als "Weltsprache" des Vertragsrechts rechnen. Soweit der 7. Senat des Obersten Gerichtshofs Deutsch zur "Weltsprache" nach Englisch und Französisch erklärte, bezieht sich das auf den internationalen Handelsverkehr zwischen Unternehmern. Ob dieser Annahme beizutreten ist, bedarf hier keiner Erörterung.

5. 2. Aus allen bisherigen Erwägungen folgt, dass sich die Anwendbarkeit österreichischen Rechts im Anlassfall nicht auf die Einbeziehung jener AGB in den Vertrag zwischen den Streitteilen stützen lässt, nach deren Wortlaut Streitigkeiten aus dem Vertragsverhältnis nach österreichischem Recht zu beurteilen wären. Als weiteres Ergebnis der gelösten Einbeziehungsfrage ist festzuhalten, dass die beklagte Partei die begehrte Übertragung von Wertpapieren im Eigentum des Klägers nicht unter Berufung auf Punkt 23 Abs 2 AGBKr oder auf irgendeine andere AGB-Bestimmung verweigern dürfte, sollte diese Streitigkeit im Licht der folgenden Erwägungen letztlich doch nach österreichischem Recht entschieden werden müssen.

## 6. Anwendbares Recht

6. 1. Schon deshalb, weil jene AGB, die auch eine Bestimmung über die Anwendung österreichischen Rechts in Gestalt einer kollisionsrechtlichen Rechtswahl enthalten, nach der lex fori nicht in das Vertragsverhältnis der Streitteile einbezogen wurden und deshalb eine Rechtswahl nicht getroffen wurde, ist das auf diesen Streitfall mit Auslandsberührung anzuwendende Recht nach österreichischem Kollisionsrecht zu klären.

6. 2. Gemäß § 41 Abs 1 IPRG sind Verträge, bei denen das Recht des Staats, in dem eine Partei ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, dieser als Verbraucher besonderen privatrechtlichen Schutz gewährt, nach diesem Recht zu beurteilen, wenn sie im Zusammenhang mit einer in diesem Staat entfalteten, auf die Schließung solcher Verträge gerichteten

Tätigkeit des Unternehmers oder der von ihm hierfür verwendeten Personen zustandegekommen sind. Bankgeschäfte sind dagegen gemäß § 38 Abs 1 IPRG nach dem Recht des Staats zu beurteilen, in dem das Kreditunternehmen seine Niederlassung hat. Ist jedoch das Bankgeschäft ein Verbrauchervertrag im Sinne des § 41 Abs 1 IPRG, so geht diese Verweisungsnorm dem § 38 Abs 1 IPRG vor (1 Ob 2088/96g = SZ 70/45 mwN). Das gilt jedenfalls insoweit, als das im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers geltende Recht besondere Bestimmungen über den Verbraucherschutz auch für Bankkunden enthält (Schwimann aaO § 38 IPRG Rz 1). Ist das der Fall, so sind die jeweils bedeutsamen Bankgeschäfte gemäß § 41

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)