



JUDIKATUR OGH

BANKRECHT

Urteil zu „Holland-Fonds“ – Haftung wegen unterbliebener Offenlegung der Innenprovision?

» ZFR 2017/169

§ WAG 1996: § 13 Z 2 und Z 4
 WAG 2007: § 39 Abs 3
 ABGB: § 1489 S 1, §§ 1304, 1000, 1298

OGH 27. 4. 2017, 2 Ob 99/16x

Leitsätze (der Redaktion)

1. Auch vor Inkrafttreten des WAG 2007 hatte ein Anlageberater den Anleger auf ihm von dritter Seite zufließende Provisionen hinzuweisen, wenn der Anleger – etwa wegen der Verrechnung eines Ausgabeaufschlags durch den Berater – nicht mit solchen (weiteren) Zahlungen und der damit verbundenen Gefahr einer Interessenkollision rechnen musste.
2. Eine Verletzung dieser Pflicht begründet den Anspruch auf Ersatz des im Erwerb einer nicht gewünschten Anlage liegenden Schadens, wenn der Berater nicht nachweist, dass der Erwerb der Anlage mangels Vorliegens einer Interessenkollision nicht im Rechtswidrigkeitssammenhang mit der Pflichtverletzung steht.

Die kl Anlegerin ist RA und wird häufig als Insolvenzverwalterin bestellt. Sie zeichnete von 2004 bis 2006 auf Empfehlung eines Mitarbeiters der bekl Bank unter Zwischenschaltung eines Treuhänders Kommanditbeteiligungen an mehreren deutschen Kommanditgesellschaften („Holland-Fonds“). Der Berater hatte sie auf „prognostizierte Ausschüttungen“ von 7,25 % bis 9 % hingewiesen und weiters erläutert, dass nach zehn Jahren eine „Abschichtung“ (Kapitalauszahlung) möglich sei.

Die Anlegerin traf ihre Entscheidung aufgrund der Beratung durch den Mitarbeiter der bekl Bank. Dabei unterfertigte sie „produktspezifische Anlegerprofile“, die ua auf eine Pflicht zur Rückzahlung von Ausschüttungen hinwiesen, wenn dadurch das Kapitalkonto negativ würde; sie las diese Hinweise aber nicht durch. Sie wusste daher nicht, dass sie Ausschüttungen uU zurückzahlen musste. Hätte sie davon gewusst, hätte sie die Beteiligungen nicht erworben.

Die Anlegerin verhandelte mit dem Berater über die Höhe des der bekl Bank zufließenden Ausgabeaufschlags (Agio) und vereinbarte mit ihm eine Reduktion von 5 % auf 3,5 %. Die bekl Bank hatte mit der NI eine Vertriebsvereinbarung und erhielt von dieser bei Verkauf von Beteiligungen Provisionen zwischen 3 % und 4,5 %.

Der Berater informierte die Anlegerin darüber nicht. Hätte sie davon gewusst, hätte sie die Beteiligungen nicht erworben.

Die Anlegerin erhielt in weiterer Folge „Liquiditätsausschüttungen“, die nicht durch einen Gewinn der Gesellschaften gedeckt waren. Daher ist sie aus gesellschaftsrechtlichen Gründen uU zur Rückzahlung verpflichtet.

Die Anlegerin erhielt ab dem Erwerb der Beteiligungen Berichte über deren Entwicklung. Darin wurde regelmäßig darauf hingewiesen, dass es sich bei den „Liquiditätsausschüttungen“ nicht um eine Kapitalverzinsung handle; die Ausschüttungen seien keine Gewinne und daher „steuerneutral“. In mehreren Schreiben, ua im Februar 2009, wurde die Anlegerin darüber informiert, dass die Ausschüttungen zur Stärkung der „Liquiditätsreserve“ der Fondsgesellschaften reduziert werden müssten. Von den der bekl Bank zu geflossenen Provisionen erfuhr die Anlegerin erst 2012. (...)

Die Anlegerin begehrt mit der am 17. 4. 2014 eingebrachten Klage nach Einschränkung

(a) Zahlung von 118.028 € samt 4 % Zinsen jeweils ab Veranlagung [...], dies Zug um Zug gegen das Angebot auf Abtretung ihrer sämtlichen Rechte aus den Beteiligungen, sowie

(b) die Feststellung der Haftung der bekl Bank für alle künftigen Schäden, die aus dem Erwerb der Beteiligungen entstehen.

Bei der Klagssumme handelt es sich um die investierten Beträge abzüglich der bereits erfolgten Ausschüttungen; als Rechtsgrund nennt die Anlegerin Schadenersatz wegen mangelhafter Beratung. Beratungsmängel bezögen sich einerseits auf das Produkt selbst: Der Berater habe sie nicht auf die hohen Vertriebskosten, das Totalverlustrisiko, die Ausschüttung trotz fehlender Gewinne und die damit uU verbundene Rückzahlungspflicht hingewiesen. Andererseits habe der Berater die „Innenprovisionen“ verschwiegen, die die bekl Bank von der NI erhalten habe. (...)

Das ErstG gab dem Klagebegehren statt. (...)

Das BerufungsG bestätigte die Entscheidung über das Begehren auf Zahlung des Kapitalbetrags samt Zinsen ab Klagezustellung; das Zinsenmehrbegehren und das Feststellungsbegehren wies es ab. (...)

Aus den Entscheidungsgründen

A. Zur Revision der Bekl und der NI

1. Die Auffassung des BerufungsG, der Schadenersatzanspruch könne nicht auf die Verletzung von Aufklärungspflichten über die Veranlagung als solche gestützt werden, trifft zu. Dabei kann offenbleiben, ob und in welchem Ausmaß im konkreten Fall Beratungspflichten bestanden.

1.1. Es steht fest, dass der Berater die Anlegerin nicht über die Gefahr informierte, dass sie Ausschüttungen uU zurückzahlen müsse. Ein darauf gegründeter Schadenersatzanspruch ist allerdings verjährt. (...)



(b) Nach der Rsp (8 Ob 135/10a ecolex 2012, 480 [Wilhelm]; ebenso (wenngleich jeweils obiter) 2 Ob 41/13p ÖBA 2014, 755 [Madl] und 3 Ob 112/15i ÖBA 2016, 207 [Klausberger/Lenz]) kann sich der Anleger nicht darauf berufen, dass er ihm übersandte Mitteilungen, aus denen sich weitere Erkundungsobliegenheiten ergeben, nicht gelesen habe. Maßgebend ist danach der Zugang solcher Mitteilungen (3 Ob 112/15i), nicht deren konkrete Kenntnisnahme. Anderes gilt allerdings in Bezug auf übersandte Geschäftsberichte, wenn der Anleger keinen Grund zu Misstrauen gegenüber dem Berater und zu Nachforschungen hatte (10 Ob 39/11z ZFR 2012, 85 [Bayer] = ÖBA 2013, 278 [Madl 282]).

(c) An dieser Rsp ist trotz der im Schrifttum geübten Kritik (Leitner, ÖJZ 2016, 581) festzuhalten: Anleger, die ihnen übermittelte Unterlagen ignorieren und damit jede Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten vermissen lassen, können nicht besser gestellt sein als solche, die diese Unterlagen lesen (Schopper, ÖBA 2014, 246 [247]; ebenso im Ergebnis für Depotauszüge P. Bydlinski, FS Reischauer [2010] 77 [88]). Das gilt jedenfalls dann, wenn es sich dabei nicht um umfangreiche Geschäftsberichte handelte, zu deren genauer Lektüre ein Anleger aufgrund der Umstände des Einzelfalls bei Fehlen von Anhaltspunkten für eine Fehlberatung keinen Anlass hatte (10 Ob 39/11z).

(d) Im vorliegenden Fall musste die Anlegerin als erfahrene RA und Insolvenzverwalterin wissen, dass sie Kommanditbeteiligungen erwarb. Damit kann sie nicht mit einem „Sparbuchspärer“ verglichen werden, dem ein Berater trotz riskanter Veranlagung eine sichere Verzinsung versprochen hatte und der in diesem Fall tatsächlich ohne Vorliegen weiterer Indizien für eine Fehlberatung keine Veranlassung hätte, umfangreiche Geschäftsberichte zu studieren (10 Ob 39/11z). Vielmehr musste sich die Anlegerin zumindest ab jenem Zeitpunkt, als die Ausschüttungen hinter den Prognosen zurückblieben (also jedenfalls ab Februar 2009), schon im eigenen Interesse die Frage nach der Entwicklung ihrer Beteiligungen stellen und zu diesem Zweck die ihr übersandten Berichte lesen. Darin wurde aber regelmäßig darauf hingewiesen, dass es sich bei den „Liquiditätsausschüttungen“ nicht um eine Kapitalverzinsung handle, sondern dass die Ausschüttungen keine Gewinne und daher „steuerneutral“ seien. Daraus musste die Anlegerin aber aufgrund ihrer zweifellos vorhandenen Gesellschaftsrechtskenntnisse zwingend ableiten, dass sie nicht nur – was einer Kommanditbeteiligung inhärent ist – das Risiko des Totalverlusts ihrer Einlage trug, sondern dass sie uU auch zur Rückzahlung von Ausschüttungen verpflichtet sein könnte, wenn diese zulasten ihres Kapitalkontos erfolgten.

(e) Damit begann die dreijährige Verjährungsfrist in Bezug auf den „Ausschüttungsschwindel“ spätestens im März 2009. Insofern bestehende Ansprüche waren daher bei Einbringung der Klage 2014 bereits verjährt. Es kann daher offenbleiben, ob der Berater eine offenkundig rechtlich und wirtschaftlich versierte Anlegerin, die Anlegerprofile mit ausdrücklichem Hinweis auf die allfällige Rückzahlungspflicht unterschrieb, tatsächlich nochmals auf diesen Umstand hinweisen musste.

1.2. In Bezug auf (allenfalls) überhöhte Fremdkapital- oder Vertriebskosten („Weichkosten“) steht keine Fehlberatung fest.

(a) Den Anlageberater trifft eine Sorgfaltsverbindlichkeit. Nach nunmehr stRsp hat in diesem Fall der Geschädigte das Vorliegen einer Pflichtverletzung zu beweisen; § 1298 ABGB ist insofern nicht anwendbar (8 Ob 700/89 JBl 1990, 732; 1 Ob 87/99x, RIS-Justiz RS0026458 [T1, T4], jeweils zur Anwaltschaft; 1 Ob 115/11k ÖBA 2012, 183; 3 Ob 225/11a JBl 2012, 522; 10 Ob 46/13g ÖBA 2015, 132 [Zahradnik/Schöller], jeweils zur Anlageberatung iwS; vgl auch RIS-Justiz RS0026209 zur Haftung wegen ärztlicher Kunstfehler; zur Beraterhaftung G. Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1298 Rz 35; Schauer, Beraterhaftung, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht [Hrsg], Haftung im Wirtschaftsrecht [2013] 251 [268]; Völkl/Völkl, Beraterhaftung² [2014] Rz 2/22 f; Wagner in G. Kodek/Schwimann⁴ § 1298 Rz 7).

(b) Der Geschädigte hat daher 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); 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]). Gründe für ein Abgehen von dieser Rsp – etwa iS der Ausführungen von A. Reich-Rohrwig (Aufklärungspflichten vor Vertragsabschluss [2015] 790 ff), der allerdings den Meinungsstand im Schrifttum unzutreffend wiedergibt (FN 3492) – zeigen die Rechtsmittelschriften nicht auf. Eine weitere Auseinandersetzung mit dieser Frage kann daher unterbleiben.

(c) Das ErstG konnte – abgesehen von der unterbliebenen Aufklärung über die Rückzahlungspflicht und die Innenprovision – den Inhalt der Beratungsgespräche nicht feststellen. Damit ist nicht erwiesen, dass der Berater die Anlegerin nicht über die Finanzierungs- und Weichkosten aufgeklärt hätte. Es kann daher offenbleiben, ob eine solche Information im konkreten Fall erforderlich war (vgl dazu zuletzt 3 Ob 190/16m mwN) und ob insofern allenfalls bestehende Ansprüche nach der „Trennungsthese“ (dazu näher unten 2.6.d) unabhängig von jenen aufgrund des „Ausschüttungsschwindels“ verjährt.

2. Ob die Nichtoffenlegung der Innenprovision einen Schadenersatzanspruch begründet, kann derzeit noch nicht abschließend beurteilt werden.

2.1. Die Auffassung der Vorinstanzen, dass der Berater die Anlegerin über die der bekl Bank zufließenden „Innenprovisionen“ aufklären musste, trifft zu.

(a) Der 6. Senat des OGH hat eine solche Aufklärungspflicht für „Kick-back-Provisionen“, die ein Vermögensverwalter von der Depotbank erhält, bejaht (6 Ob 110/07f ZFR 2008, 64 [Knobl/Janovsky] = ÖBA 2008, 505 [Koch 475]). Auch in jenem Verfahren war – wie hier – § 39 Abs 3 Z 2 WAG 2007 noch nicht anwendbar. Statt dessen galten die allgemeinen Bestimmungen des § 13 Z 2 und 4 WAG 1996, wonach der Wertpapierdienstleister verpflichtet war,

■ sich bei der Erbringung der Dienstleistung um die Vermeidung von Interessenkonflikten zu bemühen und dafür zu sorgen, dass bei unvermeidbaren Interessenkonflikten der Kundenauftrag unter der gebotenen Wahrung des Kundeninteresses ausgeführt wurde (Z 2)



- dem Kunden alle zweckdienlichen Informationen mitzuteilen, soweit dies zur Wahrung der Interessen des Kunden und im Hinblick auf Art und Umfang der beabsichtigten Geschäfte erforderlich war (Z 4).

Der 6. Senat leitete daraus die Verpflichtung ab, dem Kunden Kickback-Vereinbarungen (Retrozessionen) offenzulegen. Denn durch solche Vereinbarungen entstehe ein Anreiz für den Wertpapierdienstleister, sowohl bei der Auswahl der Bankverbindung als auch hinsichtlich der Anzahl und des Umfangs der für den Kunden über die Bank abzuwickelnden Geschäfte nicht allein das Interesse des Kunden, sondern auch das eigene Interesse an möglichst umfangreichen Vergütungen zu berücksichtigen. Dies könne insb bei der Vermögensverwaltung zu einer Vermehrung der Transaktionen und damit zu einer Preistreiberei führen. In der E 6 Ob 193/15y übernahm der 6. Senat diese Auffassung für die bloße Vermögensberatung. Im konkreten Fall hatte das allerdings keine Folgen, weil die Nichtoffenlegung – anders als hier – nach den Feststellungen der Vorinstanzen nicht kausal für die Veranlagung war.

(b) Die Übernahme der zur Vermögensverwaltung entwickelten Rsp für die bloße Anlageberatung (Vermittlung) durch Banken wurde von *Koch* (ÖBA 2008, 475 [481 f]) abgelehnt, weil der Kunde damit rechnen müsse, dass die Bank „hauseigene Produkte“ verkaufe und dabei, wenn sie nicht selbst Emittent sei, als Agent des Emittenten handle, und weil sie ohnehin verpflichtet sei, das für den Kunden am besten geeignete Produkt ihres Portfolios auszuwählen. Es sei daher nicht ersichtlich, welchen Mehrwert die „Detailinformation“ über die vom Emittenten bezahlten Entgelte für den Kunden haben sollte.

(c) Diese Ansicht mag für Fälle zutreffen, in denen der Kunde tatsächlich damit rechnen muss, dass der Berater Provisionen vom Emittenten oder – wie hier – von dessen Vertriebspartner erhält. Das wird (jedenfalls für die Zeit vor Inkrafttreten des WAG 2007) dann anzunehmen sein, wenn die Beratung für den Kunden unentgeltlich erfolgt. Denn dann liegt auch für ihn auf der Hand, dass eben der Emittent oder dessen Vertriebspartner den Berater entlohnt. Anderes gilt jedoch dann, wenn der Kunde selbst ein Entgelt für die Beratung und Vermittlung der Anlage leistet. In diesem Fall muss er nicht annehmen, dass der Wertpapierdienstleister bei Auswahl bestimmter Produkte zusätzlich Vergütungen von anderer Seite erhält und dadurch – wie auch im Fall einer Vermögensverwaltung (6 Ob 110/07f) – die Gefahr entsteht, dass der Dienstleister nicht ausschließlich in seinem Interesse tätig wird.

(d) Ein solcher Fall liegt hier zweifellos vor. Die Anlegerin leistete der bekl Bank mit dem Ausgabeaufschlag (Agio) ein – noch dazu im Einzelfall ausgehandeltes – Entgelt für die Vermittlung der Anlage und die damit zusammenhängende Beratung. Daher durfte sie darauf vertrauen, dass die bekl Bank nicht zusätzlich auch noch vom Emittenten oder dessen Vertriebspartner eine Provision erhielt. Unter diesen Umständen war die bekl Bank verpflichtet, auf die einen möglichen Interessenkonflikt herbeiführenden Provisionen hinzuweisen. Insofern ist auch ein Verschulden des Beraters zu bejahen, weil er nicht damit rechnen durfte, dass der Anlegerin die (zusätzlichen) Innenprovisionen bewusst waren. Die weitergehende Frage, ob und unter welchen Um-

ständen vor Inkrafttreten des WAG 2007 auch sonst eine Pflicht zur Information über solche Provisionen bestand (vgl dazu BGH XI ZR 147/12 BGHZ 201, 310), kann damit offenbleiben.

2.2. Die Verletzung dieser Aufklärungspflicht hat einen Schaden der Anlegerin verursacht.

Bei einer fehlerhaften Anlageberatung tritt der (reale) Schaden des Anlegers bereits durch den Erwerb der nicht gewünschten Vermögenswerte ein (8 Ob 66/14k SZ 2014/70 = EvBl 2015/25 [*Leupold*], RIS-Justiz RS0129706; zuletzt etwa 3 Ob 112/15i ÖBA 2016, 207 [*Klausberger/Lenz*] und 1 Ob 118/16h ÖBA 2017, 196). Im konkreten Fall haben die Vorinstanzen festgestellt, dass die Anlegerin die strittigen Beteiligungen nicht erworben hätte, wenn der Berater sie über die Provisionen informiert hätte. Damit steht die Verursachung für den OGH bindend fest.

2.3. Hingegen kann nicht abschließend beurteilt werden, ob der Schaden auch im Rechtswidrigkeitszusammenhang mit der Pflichtverletzung steht.

(a) Aufgrund eines rechtswidrigen Verhaltens ist nur für jene verursachten Schäden zu haften, die die übertretene Verhaltensnorm nach ihrem Schutzzweck verhindern sollte (RIS-Justiz RS0022933; *Karner* in KBB⁵ § 1295 Rz 9 mwN). Speziell für die Anlageberatung hat der OGH das dahin präzisiert, dass bei Realisierung eines Anlagerisikos, vor dem der Berater mangels Erkennbarkeit nicht warnen musste, der Rechtswidrigkeitszusammenhang mit einer aus anderen Gründen mangelhaften Beratung dennoch zu bejahen ist, wenn diese Beratung und die darauf beruhende Veranlagung die Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung des tatsächlich eingetretenen Risikos nicht bloß unerheblich erhöhte (4 Ob 62/11p eclex 2011, 805 [*Graf*] = EvBl 2011/146 [*Völkl*] = ÖBA 2011, 892 [*Ramharter*] = wbl 2012, 44 [*van Husen*]; RIS-Justiz RS0127012; zuletzt etwa 10 Ob 62/15p ÖBA 2017, 48).

(b) Zweck der im konkreten Fall verletzten Informationspflicht war die Aufklärung der bekl Bank über eine allfällige Interessenkollision aufseiten der bekl Bank. Lag eine solche Interessenkollision vor, so erhöhte sie das Risiko, dass die bekl Bank aufgrund der Beratung eine Anlage erwarb, die nicht ihren konkreten Wünschen und Bedürfnissen entsprach. Damit wäre der Rechtswidrigkeitszusammenhang zu bejahen. Bestand hingegen keine Interessenkollision, so stehen andere Risiken, die sich im konkreten Fall verwirklichten, aber aus verschiedenen Gründen keine Haftung der bekl Bank begründen (oben 1.), nicht mehr im Rechtswidrigkeitszusammenhang mit der verletzten Pflicht.

(c) Eine Interessenkollision wäre im konkreten Fall dann zu verneinen, wenn die bekl Bank die strittigen Beteiligungen auch dann empfohlen hätte, wenn sie dafür (abgesehen vom offengelegten Ausgabeaufschlag) keine Vergütungen von ihrem Vertriebspartner erhalten hätte. Die Beweislast für diesen Umstand trifft die bekl Bank. Dabei kann offenbleiben, ob die für das Fehlen des Rechtswidrigkeitszusammenhangs maßgebenden Tatsachen – wie etwa beim rechtmäßigen Alternativverhalten (RIS-Justiz RS0111707) – ganz allgemein vom Schädiger zu beweisen sind (so *Wendehorst*, ÖBA 2010, 252 [571]). Denn selbst wenn das nicht zuträfe, könnte im konkreten Fall die Beweisführung von der Anlegerin nicht erwartet werden, weil es sich um Umstände



handelt, die allein in der Sphäre der Gegenseite liegen und daher nur dieser bekannt und damit auch nur durch sie beweisbar sind (RIS-Justiz RS0040182, RS0013491 [T1]).

(d) Nach Auffassung der Anlegerin soll der Rechtswidrigkeitszusammenhang schon deshalb vorliegen, weil die Belastung der Anlage mit der Innenprovision (dh die im Ergebnis unterbliebene Veranlagung des der Innenprovision entsprechenden Betrags) das Risiko des Scheiterns dieser Anlagen erhöht habe. Schon deshalb habe darüber aufgeklärt werden müssen. Damit macht die Anlegerin aber einen anderen Zweck der verletzten Informationspflicht geltend, den diese im konkreten Fall nicht hatte. Denn ein Anleger muss grundsätzlich mit Vertriebskosten („Weichkosten“) rechnen. Insofern entsteht eine von der drohenden Interessenkollision unabhängige Informationspflicht erst dann, wenn diese Kosten eine erhebliche Höhe erreichen (3 Ob 190/16m). Der BGH nimmt in diesem Zusammenhang (bei Vertriebsprovisionen) eine Grenze von etwa 15 % an (III ZR 359/02 BGHZ 158, 110; zuletzt etwa XI ZR 147/12 BGHZ 201, 310 mwN). Dies trifft hier in Bezug auf die Innenprovisionen selbst dann nicht zu, wenn man auch den zusätzlich gewährten Ausgabeaufschlag berücksichtigt. Eine unterbliebene Information über die insgesamt anfallenden (offenbar beträchtlichen) Weichkosten steht, wie bereits ausgeführt, nicht fest.

(e) Entscheidend ist daher im konkreten Fall tatsächlich nur das Vorliegen einer Interessenkollision. Insofern ist aber noch keine abschließende Beurteilung möglich. Denn auch der OGH darf die Parteien nicht mit einer Rechtsansicht überraschen, die sie bisher nicht beachtet hatten und die auch nicht erörtert wurde (RIS-Justiz RS0037300 [T9]). (...)

2.4. Jedenfalls muss sich die Anlegerin ein gleichteiliges Mitverschulden anrechnen lassen.

(a) (...) Bei fehlerhafter Anlageberatung kann ein Mitverschulden nach den Umständen des Einzelfalls in Betracht kommen, wenn dem Kunden die Unrichtigkeit der Beratung hätte auffallen müssen, sei es aufgrund eigener Fachkenntnisse oder weil er deutliche Risikohinweise nicht beachtet und Informationsmaterial nicht gelesen hat (RIS-Justiz RS0102779 [T6, T7]; RS0078931 [T6]; zuletzt etwa 8 Ob 93/14f ÖBA 2016, 64). Eine Minderung der Haftung des Schädigers wegen Nichtbeachtens von Warnungen und Hinweisen durch den Geschädigten kommt nicht in Betracht, wenn sich nur andere als jene Risiken, vor denen gewarnt wurde, verwirklicht haben (8 Ob 93/14f).

(b) Im vorliegenden Fall wusste die Anlegerin, dass sie keineswegs eine „sichere“ Anlage zeichnen, sondern sich an Kommanditgesellschaften beteiligen und damit ein unternehmerisches Risiko eingehen würde. Ihr wurden mehrfach produktbezogene Anlegerprofile vorgelegt, in denen (auch) auf die mögliche Verpflichtung zur Rückzahlung der Ausschüttungen hingewiesen wurde. Dass sie diese Hinweise nicht gelesen hat, ist angesichts ihrer wirtschaftlichen und rechtlichen Erfahrung als grobe Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten zu werten. Dieses Verhalten war ebenfalls kausal für den Schaden (dh für den Erwerb einer nicht gewünschten Anlage), da feststeht, dass die Anlegerin die Anlagen bei Kenntnis der möglichen Rückzahlungspflicht nicht erworben hätte.

(c) Auf dieser Grundlage ist ein gleichteiliges Mitverschulden der Anlegerin anzunehmen. (...) Das Mitverschulden der Anlegerin führt somit zur Abweisung des halben Zahlungsbegehrens von 53.014,14 €.

2.5. (...)

2.6. Gründe für die Abweisung auch des darüber hinausgehenden Zahlungsbegehrens zeigen die Rev nicht auf:

(...)(c) Unmöglichkeit oder Untunlichkeit der Naturalrestitution liegt, wie der OGH bereits in der ebenfalls Holland-Fonds betreffenden E 10 Ob 70/15i ausgeführt hat, nicht vor.

Entschließt sich der Geschädigte, die unerwünschte Anlage vorläufig zu behalten, besteht ein vereinfacht als „Naturalrestitution“ bezeichneter Anspruch, der auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen einen Bereicherungsausgleich durch Übertragung des noch vorhandenen Finanzprodukts an den Schädiger gerichtet ist (RIS-Justiz RS0108267 [T15], RS0120784 [T22]; zuletzt etwa 6 Ob 7/15w ÖBA 2015, 531). Da die Alternativanlage der Anlegerin nach den Feststellungen das Kapital erhalten hätte, bestehen keine Bedenken, tatsächlich – im Umfang der Haftung (oben 2.4.) – den Kaufpreis und nicht etwa die Verschaffung der Alternativanlage zuzusprechen (4 Ob 67/12z JBI 2012, 788 [Dullinger] Punkt 5.2.).

Die Anlegerin hat der bekl Bank nach den Entscheidungen der Vorinstanzen Zug um Zug die Abtretung aller Rechte aus den Beteiligungen anzubieten. Nimmt die bekl Bank dieses Angebot an, stehen ihr sämtliche Erlöse der Beteiligungen (auch Liquidations- oder Abschlusserlöse) zu. Insofern ist nicht erkennbar, dass der Abtretung Gründe des Gesellschaftsrechts entgegenstünden. Hingegen könnte zutreffen, dass eine Übernahme der Gesellschafterstellung der Zustimmung der übrigen Gesellschafter bedarf. Unmöglichkeit der Naturalrestitution (iS eines dauerhaften Hindernisses, vgl RIS-Justiz RS0109496) läge aber nur dann vor, wenn die anderen Gesellschafter ihre Zustimmung bereits verweigert hätten oder schon feststünde, dass sie diese nicht erteilen würden (10 Ob 70/15i).

Abgesehen davon wäre die Anlegerin nach Annahme des Abtretungsangebots durch die bekl Bank jedenfalls aufgrund ergänzender Vertragsauslegung verpflichtet, erforderlichenfalls auf Verlangen (und Rechnung) der bekl Bank gegenüber den Gesellschaften oder dem Treuhänder alle zur Verwertung der Anteile oder Erträge erforderlichen Erklärungen abzugeben und einen ihr allenfalls zufließenden Erlös an die bekl Bank herauszugeben. Schon das steht der Unmöglichkeit der Naturalrestitution entgegen. (...)

(d) Allfällige Ansprüche sind auch nicht verjährt.

Da sich die Verjährung auf den jeweils geltend gemachten Anspruch bezieht, der – wie der Streitgegenstand (RIS-Justiz RS0039255) – durch die zu seiner Begründung vorgebrachten Tatsachen konkretisiert wird, liegen dann, wenn der Kl sein Begehren alternativ auf verschiedene Sachverhaltsvarianten stützt, mehrere Ansprüche vor, die auch verjährungsrechtlich getrennt zu beurteilen sind (3 Ob 112/15i mwN). Daher ist auch in Anlegerhaftungsfällen die Verjährung für jeden Beratungsfehler ge-



trennt zu beurteilen, wenn bei mehreren spezifischen Risiken jeweils eine gesonderte Verletzung von Aufklärungspflichten in Betracht kommt (3 Ob 112/15i ÖBA 2016, 207 [Klausberger/Lenz]; 5 Ob 133/15t VbR 2016, 122 [Kolba]). Nach 5 Ob 133/15t setzt eine gesonderte Prüfung voraus, dass der behauptete Beratungsfehler tatsächlich eine eigenständige, den geltend gemachten Anspruch begründende Pflichtverletzung bildet. An dieser Auffassung hat zuletzt auch der 10. Senat des OGH in ausf Auseinandersetzung mit krit Anmerkungen im Schrifttum festgehalten (10 Ob 70/15i mwN). Auch der hier erk Senat sieht keinen Grund, davon abzugehen.

Im konkreten Fall hat die Anlegerin erst 2012 von den Innenprovisionen an die Anlegerin erfahren. Das Verschweigen der Provisionen ist von den – angeblich oder tatsächlich – unterbliebenen Informationen über den Inhalt der Veranlagung völlig unabhängig. Auch eine Erkundigungsobliegenheit ist zu verneinen. Wenngleich der Anlegerin zumindest ab 2009 Kenntnis von der unterbliebenen Information über den Charakter der Ausschüttungen und die damit möglicherweise verbundene Rückzahlungspflicht unterstellt werden muss, gab es für sie keinen Anlass, auch an eine durch eine Innenprovision verursachte Interessenkollision zu denken. Die Verjährungsfrist begann daher erst mit Kenntnis der Innenprovisionen und der insofern unterbliebenen Aufklärung zu laufen.

3. (...)

B. Zur Revision der kl Anlegerin (...)

C. Ergebnis

1. (...)

2. Die diese Entscheidung tragenden Erwägungen können wie folgt zusammengefasst werden:

Auch vor Inkrafttreten des WAG 2007 hatte ein Anlageberater den Anleger auf ihm von dritter Seite zufließende Provisionen hinzuweisen, wenn der Anleger – etwa wegen der Verrechnung eines Ausgabeaufschlags durch den Berater – nicht mit solchen (weiteren) Zahlungen und der damit verbundenen Gefahr einer Interessenkollision rechnen musste. Eine Verletzung dieser Pflicht begründet den Anspruch auf Ersatz des im Erwerb einer nicht gewünschten Anlage liegenden Schadens, wenn der Berater nicht nachweist, dass der Erwerb der Anlage mangels Vorliegens einer Interessenkollision nicht im Rechtswidrigkeitszusammenhang mit der Pflichtverletzung steht.

(...)

Anmerkung:

I.

Der Fall der vorliegenden E wirft zahlreiche komplexe Rechtsfragen auf. Die folgende Anmerkung widmet sich einem dieser Probleme. Sie greift die Frage auf, ob der geltend gemachte Schaden der kl Anlegerin vom Rechtswidrigkeitszusammenhang der Pflicht der bekl Bank zur Offenlegung der Innenprovisionen erfasst ist, die vom 2. Senat im Ergebnis offen-

gelassen wird, weil im unterinstanzlichen Verfahren noch keine Feststellungen zur Frage getroffen wurden, ob die bekl Bank aufgrund der Innenprovision tatsächlich einer Interessenkollision ausgesetzt war (Punkt 2.3.). Diese Beurteilung gibt Anlass zu ein paar kritischen Gedanken, die nun – ausgehend vom Begriff der Innenprovision – darzulegen sind.

II.

Innenprovisionen sind Courtagen, die ein Finanzintermediär bei erfolgreicher Vermittlung eines Finanzprodukts von Anbieterseite erhält.¹ In terminologischer Hinsicht ist dabei zwischen Retrozessionen, die dem Intermediär aus den (dem Kunden gegenüber offengelegten) Ausgabeaufschlägen bzw dem Agio gezahlt werden, und Innenprovisionen ieS zu unterscheiden, die dem Intermediär aus dem zu veranlagenden Kapital zufließen.² Dieser Differenzierung kommt auch bei der Beurteilung des Schutzzwecks der jeweiligen Aufklärungspflicht Bedeutung zu. Die Pflichten zur Offenlegung von Retrozessionen und Innenprovisionen ieS zielen darauf ab, den (präsumtiven) Anleger auf die Gefährdung der unvoreingenommenen Interessenwahrung durch den Wertpapierdienstleister zu seinen Gunsten aufmerksam zu machen.³ Die Pflicht zur Offenlegung von Innenprovisionen ieS verfolgt darüber hinaus noch einen weiteren Zweck: Der Anleger soll auch über die Werthaltigkeit bzw **Rentabilität seiner Anlageform informiert** werden.⁴

III.

In der gegenständlichen E erhielt die bekl Bank von der NI aufgrund der geschlossenen Vertriebsvereinbarung Innenprovisionen ieS. Ungeachtet dessen misst der 2. Senat der Pflicht zur Offenlegung dieser Courtage jedoch nicht den Zweck bei, die Anlegerin über die Erfolgsaussichten der Anlage zu informieren, weil die Anlegerin neben dem Ausgabeaufschlag von 3,5 % auch mit weiteren Vertriebskosten (gemeint offenbar aus dem zu veranlagenden Kapital!) rechnen hätte müssen (Pkt 2.3.d). Vor diesem Hintergrund geht das Höchstgericht davon aus, dass die Pflicht zur Offenlegung einer Innenprovision erst dann die Schutzfunktion hätte, den (angehenden) Anleger über die Werthaltigkeit der Anlage zu informieren, wenn die Courtage eine erhebliche Höhe erreicht, wobei der Senat die 15%-Grenze des BGH ins Treffen führt (Pkt 2.3.d).

- 1 Monografisch zur Offenlegungspflicht von Innenprovisionen für Deutschland ua *Decker*, Aufklärungspflichten über Innenprovisionen, Kick-backs und Retrozessionen bei der Kapitalanlage (2010); *Besold*, Aufklärungspflichten bei Vertriebsprovisionen im Bereich der Kapitalanlage unter besonderer Berücksichtigung der Innenprovisionen und Rückvergütungen (2010); *Lersch*, Anlageberater als Finanzintermediäre – Aufklärungspflichten über monetäre Eigeninteressen von Finanzdienstleistern in Beratungskonstellationen (2015); ausführlich zu dieser Thematik für Österreich A. *Lamplmayr*, Der arbeitsteilige Vertrieb von Wertpapieren (2015) 267–300.
- 2 Ausführlich zu dieser Unterscheidung zB A. *Lamplmayr*, Vertrieb 272 ff.
- 3 Vgl statt vieler *Brandl/Klausberger* in *Brandl/Saria*, WAG (2015) § 39 Rz 57; *Leupold*, Zivilrechtliche Folgen der Verletzung von Offenlegungspflichten über Rückvergütungen, Zak 2010, 387 (390); *Ekkenga* in *MünchKommHGB VI*³ (2014) Effektengeschäft Rz 343a.
- 4 Vgl statt vieler *Decker*, Aufklärungspflichten 454 f; A. *Lamplmayr*, Vertrieb 275; *Wiechers*, Aktuelle Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, WM 2012, 477 (481).



Etwas unglücklich ist freilich, dass in diesem Zusammenhang ausgerechnet die E BGH XI ZR 147/12⁵ zitiert wird. Schließlich gab das deutsche Höchstgericht gerade in dieser E die Unterscheidung auf, dass ein Finanzintermediär den (präsumtiven) Anleger über Retrozessionen stets aufzuklären hat; über Innenprovisionen ieS hingegen erst dann, wenn diese eine Größenordnung von 15 % des Anlagebetrags übersteigen. Hintergrund dieser Judikaturänderung war in erster Linie, dass die ursprüngliche Differenzierung des BGH vonseiten der Lehre überwiegend als unschlüssig abgelehnt wurde.⁶

IV.

Ähnlicher Kritik könnte nun auch der 2. Senat des OGH ausgesetzt sein, weil er in der gegenständlichen E zwar eine Pflicht der bekl Bank zur Offenlegung der Innenprovision bejaht, aber im gleichsam nächsten Schritt einschränkend anmerkt, dass diese Offenlegungspflicht nur dann den Zweck verfolge, den Anleger über die Rentabilität der Veranlagung zu informieren, wenn die Innenprovision (uU gemeinsam mit einem zu entrichtenden Ausgabeaufschlag) den Wert von 15 % übersteigt.⁷ Die Pflicht zur Offenlegung von Innenprovisionen ieS zielt unabhängig vom Überschreiten eines prozentualen Schwellenwertes (jedenfalls auch) darauf ab, dem (präsumtiven) Anleger die voraussichtlichen Erfolgsaussichten seiner Veranlagung vor Augen zu führen und **schützt** damit dessen **privatautonome Dispositionsfreiheit schlechthin**.

Wird ein Anleger nicht darüber informiert, dass ein Teil des zu veranlagenden Vermögens in Form einer Innenprovision ieS an den Finanzintermediär (ab)fließt und hätte der Kunde das jeweilige Produkt bei Offenlegung der Innenprovision nicht erworben, so gebietet es der Schutz der privatautonomen Gestaltungsfreiheit, den unter falschen Prämissen erworbenen Vermögenswert (dh den realen Schaden; siehe Pkt 2.2.) in den Rechtswidrigkeitszusammenhang der Pflichtverletzung einzubeziehen. Die Frage, ob die Innenprovision tatsächlich zu einer Interessenkollision führte, kann in diesen Fällen dahingestellt bleiben. Dass dem Kunden durch die Geltendmachung des realen Schadens (dh durch die schadenersatzrechtliche Rückabwicklung des jeweiligen Veranlagungsgeschäfts) auch Risiken abgenommen werden, die sich im jeweiligen Fall verwirklicht haben, aber für sich genommen keine Haftung des belangten Finanzintermediärs begründet hätten (vgl dazu auch Pkt 2.3.b), wurzelt im Prinzip der Naturalrestitution und nicht in einem zu weit interpretierten Schutzzweck der Pflicht zur Offenlegung von Innenprovisionen ieS.⁸

Jakob Kepplinger⁹

⁵ BGH 3. 6. 2014, XI ZR 147/12 BGHZ 201, 310.

⁶ Vgl dazu nur die Nw in Rz 20 der Entscheidung BGH XI ZR 147/12.

⁷ Krit zu den Ausführungen des 2. Senats zum Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen der Aufklärungspflichtverletzung über die Zahlung von Innenprovisionen und dem realen Schaden auch *Kronthaler/Schwangler*, Über „Innenprovisionen“ und verbotene „Kick-back-Zahlungen“ – Zugleich eine Besprechung der E des OGH 2 Ob 99/16x, VbR 2017 (in Druck).

⁸ *Forschner*, Wechselwirkungen von Aufsichtsrecht und Zivilrecht (2013) 171 f.

⁹ Dr. Jakob Kepplinger ist Rechtsanwaltsanwärter in der Rechtsanwaltskanzlei Beurle/Oberndorfer/Mitterlehner, Linz, Wien.

Vorlage an den EuGH (Ist ein Online-Sparkonto ein Zahlungskonto?)

» ZFR 2017/170

§ RL 2007/64/EG (Zahlungsdienste-RL): ErwGr 9, Art 4 Nr 3, 5, 6, 8, 10, 11, 12, 14
ZaDiG: § 3 Z 5, 6, 7, 8, 10, 11, 13
BWG: § 31 Abs 1
OGH 28. 3. 2017, 8 Ob 88/16y

Vorlagefrage

Ist Art 4 Nr 14 der RL 2007/64/EG über Zahlungsdienste im Binnenmarkt (Zahlungsdienste-RL) dahin auszulegen, dass auch ein Online-Sparkonto, auf das der jeweilige Kunde (mit täglicher Fälligkeit und ohne besondere Mitwirkung der Bank) im Wege des Telebanking Einzahlungen auf ein auf ihn lautendes und Abhebungen von einem auf ihn lautenden Referenzkonto (ein Girokonto in Österreich) durchführen kann, unter den Begriff des „Zahlungskontos“ (Art 4 Nr 14) zu subsumieren ist und daher vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst wird?

Der Vorlagefrage liegt ein „Klauselprozess“ zugrunde, in dem der kl Verbraucherverband behauptet, 59 der von der bekl Bank verwendeten Klauseln widersprechen dem ZaDiG. Die bekl Bank ist der Ansicht, dass die Bestimmungen des ersten und dritten Hauptstücks des ZaDiG auf die von ihr angebotenen „Direkt-Sparkonten“ nicht anwendbar seien.

Die bekl Bank bietet unter der Bezeichnung „Direkt-Sparen“ Online-Sparkonten an, auf die der jeweilige Kunde selbsttätig Einzahlungen und Abhebungen im Wege des Telebanking durchführen kann, wobei er diese Überweisungen allerdings stets über ein auf ihn lautendes Referenzkonto (ein Girokonto in Österreich, nicht notwendig bei der Bekl) tätigen muss. Der Kunde kann bei täglicher Fälligkeit (und damit auch ohne negative Auswirkungen auf die Verzinsung) ohne Einschränkung entscheiden, ob, wann und wie viel Geld er vom Referenzkonto auf das Direkt-Sparkonto ein- oder auszahlt. Überträge sind zwar nur zwischen dem Sparkonto und dem Referenzkonto möglich, dadurch wird der Kontoinhaber aber nicht gehindert, jederzeit über den auf dem Direkt-Sparkonto erliegenden Geldbetrag zu verfügen.

Beide Vorinstanzen waren in ihren Entscheidungen zum Ergebnis gekommen, dass die von der Bekl angebotenen Online-Sparkonten vom Anwendungsbereich des ZaDiG erfasst seien.

Aus der Begründung

1. RL 2007/64/EG über Zahlungsdienste im Binnenmarkt (Zahlungsdienste-RL)

In der Richtlinie wird der Begriff des Zahlungskontos in Art 4 Nr 14 definiert als „ein auf den Namen eines oder mehrerer Zah-