



2.1. Aus § 1304 ABGB ergibt sich die Verpflichtung des Geschädigten, den eingetretenen Schaden möglichst gering zu halten, wenn und soweit ihm ein entsprechendes Verhalten möglich und zumutbar ist (2 Ob 4/08i mwN; RIS-Justiz RS0027043). Eine Verletzung der Schadensminderungspflicht liegt ua dann vor, wenn der Geschädigte Handlungen unterlassen hat, die geeignet gewesen wären, den Schaden abzuwehren oder zu verringern, obwohl sie – objektiv betrachtet – von einem verständigen Durchschnittsmenschen gesetzt worden wären, um eine nachteilige Veränderung des eigenen Vermögens hintanzuhalten (2 Ob 135/10g mwN; RIS-Justiz RS0023573). Die Verletzung der Schadensminderungspflicht schlägt sich im Regelfall nicht in einer quotenmäßigen Schadensteilung nieder; der Geschädigte hat vielmehr nach überwiegender Rsp die von ihm zu vertretende Schadenserhöhung allein zu tragen (2 Ob 4/08i mwN; RIS-Justiz RS0124232; zuletzt etwa 4 Ob 14/16m; anders 1 Ob 192/09f).

2.2. Im vorliegenden Fall hat sich der Vater der Kl bewusst gegen eine Versicherung entschieden und daher keine ihm jedenfalls leicht mögl Maßnahme zum Abschluss eines Versicherungsvertrags gesetzt (zB durch neuerl Ausfüllen des Antrags und Weiterleitung an die Versicherung). Damit ist das Fehlen der Versicherungsdeckung allein ihm zuzurechnen. Das gilt auch dann, wenn man entgegen der zitierten Rsp auch bei Verletzung der Schadensminderungspflicht im Regelfall eine Schadensteilung für angebracht hält (*Karner* in KBB⁵ § 1304 Rz 10 mwN). Denn das fahrlässige Verhalten von Leuten der Bank tritt gegenüber der bewussten Billigung des unterbliebenen Vertragsabschlusses so eindeutig in den Hintergrund, dass jedenfalls im konkreten Fall bei Abwägung der Zurechnungselemente kein Raum für eine Haftung bleibt (vgl 4 Ob 25/11x: *volenti non fit iniuria*).

3. Da der Anspruch der Kl schon aus diesem Grund nicht besteht, kommt es auf die Ausführungen der Rev zu anderen Abweisungsgründen nicht an. Das Rechtsmittel ist daher zurückzuweisen.

Bearbeiter: Rainer Wolfbauer

ANLEGERRECHT

Anlageberaterhaftung trotz fehlender Kenntnis des Beraters von der Innenprovision

» ZFR 2019/181

§ WAG 1996: § 13
ABGB: §§ 1009, 1013

OGH 26. 2. 2019, 8 Ob 166/18x

Leitsätze (der Redaktion)

1. Nach mittlerweile gefestigter Rsp des OGH begründet eine Verletzung der Pflicht zur Offenlegung von Innen-

provisionen – unabhängig von deren Höhe – einen Anspruch auf Ersatz des im Erwerb der nicht gewünschten Anlage liegenden Schadens.

2. Dass der Berater von der Innenprovision keine Kenntnis hatte, ist jedenfalls dann irrelevant, wenn die bekl Bank durch spezielle vertriebsfördernde Maßnahmen Einfluss auf dessen Beratungstätigkeit und die Anlageentscheidung des Kunden nimmt.

Der Kl wollte Ende 2006 einen Teil seines Vermögens investieren. (...) Es folgten zwei ausführl Beratungsgespräche im Jänner 2007, nach denen sich der Kl entschied, 350.000 € in den „Sachwert Rendite-Fonds Holland 68“ der MPC AG (im Folgenden: MPC) zu investieren. Der Berater teilte ihm mit, dass eine Provision an die Bank zu zahlen sei („Agio“), aufgrund der langjährigen Kundenbeziehung reduziere die Bank als Sonderkondition das Agio auf 3 % (statt 5 %). Der Berater wies den Kl aber nicht darauf hin, dass weitere 3 % der vom Kl geleisteten Investitionssumme von der MPC an die Bekl zurückflossen. Von dieser (zusätzl) Provisionszahlung wusste der Berater nichts. Bei der Bekl waren darüber nur wenige Personen informiert. Hätte die Bekl zusätzl zu den 3 % Agio keine weiteren Vergütungen von der MPC erhalten, hätte sie diese Veranlagungen nicht in ihr Produktportfolio aufgenommen und dem Kl wäre die Veranlagung in den geschlossenen Fonds in einem Beratungsgespräch nicht empfohlen worden. Wenn der Kl von dieser weiteren Provisionszahlung gewusst hätte, hätte er nicht dieses Produkt gekauft, sondern stattdessen in eine Vorsorgewohnung investiert. Bei dieser Geldanlageform wäre das eingesetzte Kapital erhalten geblieben.

Der kl **Anleger** beehrte von der bekl Bank Zahlung von 353.688,79 € sA Zug um Zug gegen die Abgabe des Angebots, ihr die Ansprüche betreffend die Kommanditanteile aus dem Treuhandvertrag abzutreten, sowie die Feststellung der Haftung der Bekl für alle Ansprüche, die gegen ihn im Zusammenhang mit seiner Beteiligung an der Kommanditgesellschaft noch geltend gemacht werden. [...] Die **Vorinstanzen** gaben dem Klagebegehren übereinstimmend statt. (...)

Aus der Begründung

1.1. Der OGH hat in seiner im ersten Rechtsgang ergangenen E 8 Ob 109/16m bereits klargestellt, dass die Bekl im vorliegenden Fall verpflichtet war, den Kl auf weitere – einen mögl Interessenkonflikt herbeiführende – Provisionen hinzuweisen, und dass die (schuldhafte) Verletzung dieser Aufklärungspflicht nach dem festgestellten Sachverhalt einen Schaden beim Kl verursacht hat (§ 511 Abs 1 ZPO). Es konnte nur noch nicht abschließend beurteilt werden, ob dieser Schaden auch im Rechtswidrigkeitszusammenhang mit der Pflichtverletzung stand.

1.2.1. Nach mittlerweile gefestigter Rsp des OGH begründet eine Verletzung der Pflicht zur Offenlegung der Innenprovisionen – unabhängig von deren Höhe – dann einen Anspruch auf Ersatz des im Erwerb der 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 (RIS-Justiz RS0131382).

1.2.2. Dazu hat der OGH ausgeführt, dass eine Interessenkollision im konkreten Fall dann zu verneinen wäre, wenn die Bekl die strittigen Beteiligungen auch dann empfohlen hätte, wenn sie dafür (abgesehen vom offengelegten Ausgabeaufschlag) keine Vergütung von ihrem Vertriebspartner erhalten hätte. In diesem Fall wäre kein unzulässiges besonderes Eigeninteresse der Bekl am Vertrieb (gerade) dieser Beteiligung vorgelegen. Die Beweislast für diesen Umstand trifft die Bekl (8 Ob 109/16m; in diesem Sinne auch 2 Ob 99/16x, 7 Ob 95/17x und 2 Ob 172/17h).

2.1. Es steht nunmehr fest, dass die Bekl, hätte sie keine weiteren Vergütungen von der MPC erhalten, die Veranlagungen nicht in ihr Produktportfolio aufgenommen hätte und dem Kl die Veranlagung, auf die dieser durch eine Werbung in der Bankfiliale der Bekl überhaupt erst aufmerksam wurde, nicht empfohlen worden wäre. Überdies hat das ErstG (disloziert) „spezifische interne Maßnahmen zur Vertriebsunterstützung“ (Bereitstellung von Unterlagen, Produktpräsentationen, Schulungen ua durch Vertreter der MPC, Informationsreisen und Bonifikationen in Form von Golddukaten) festgestellt.

2.2. All dies zeigt aber ein besonderes Eigeninteresse der Bekl am Vertrieb (gerade) dieses Produkts. Dass der Berater von der (zusätzl) Innenprovision keine Kenntnis hatte, ist jedenfalls dann irrelevant, wenn die bekl Bank durch spezielle vertriebsfördernde Maßnahmen – wie hier – Einfluss auf dessen Beratungstätigkeit und die Anlageentscheidung des Kunden nimmt. Eine unabhängige Beratung ist damit – anders als die Rechtsmittelwerberin meint – trotz Unkenntnis des Beraters von den Provisionszahlungen näml nicht sichergestellt.

2.3. Bei Vorliegen entsprechender (positiver) Sachverhaltsfeststellungen bedarf es nicht des Rückgriffs auf die Anwendung von Beweislastregeln, weil es dann keine Rolle mehr spielt, wen die Beweislast trifft, wenn die zu beweisende Tatsache (oder das Gegenteil dieser Tatsache) ohnehin feststeht (RIS-Justiz RS0039939 [T23]; RS0039875 [T1 bis T4]; RS0039872 [T1 und T2]).

Das ErstG ist „zur Überzeugung“ gelangt, „dass seitens der Bekl dem Kl die Veranlagung ohne Innenprovision nicht empfohlen worden wäre“. Es hat daher unter Anwendung des Regelbeweismaßes der ZPO (RIS-Justiz RS0110701) das Gegenteil der Tatsachenbehauptungen der Bekl (positiv) festgestellt.

Damit stellt sich in diesem Fall aber auch die zweite vom BerufungsG und der RevWerberin in diesem Zusammenhang als erhebliche bezeichnete Rechtsfrage nicht, ob der Bekl für den Nachweis einer fehlenden Interessenkollision eine Beweiserleichterung zugutekommen hätte können (vgl 3 Ob 242/99f). (...)

Anmerkung:

1. Die E stellt das Ende eines aufwendigen Verfahrens dar, in dessen erstem Rechtsgang der OGH den Unterinstanzen im Aufhebungs- und Zurückverweisungsbeschluss 8 Ob 109/16m¹

folgende Rechtsansicht überband: Die bekl Bank hätte den Kl Anleger im Rahmen des Beratungsgesprächs darüber aufklären müssen, dass sie für die erfolgreiche Vermittlung des gegenständl Finanzprodukts nicht nur ein Agio von 3 % erhält, sondern darüber hinaus 3 % der geleisteten Investitionssumme in Form von Innenprovisionen an sie zurückfließen. Ausgehend vom Schutzzweck dieser Informationspflicht – der **Offenlegung eines mögl Interessenkonflikts** – eröffnete der OGH der bekl Bank allerdings auf der Ebene des Rechtswidrigkeitszusammenhangs (RWZH) folgenden Entlastungsbeweis: Die Ersatzpflicht der Bank sei zu verneinen, wenn sie die betreffende Veranlagung auch ohne die Innenprovision empfohlen hätte.²

Das Vorbringen der bekl Bank im zweiten Rechtsgang hatte jedoch offenbar eine andere Stoßrichtung: Soweit aus den Feststellungen rekonstruierbar, wurde im fortgesetzten Verfahren (jedenfalls auch) behauptet, dass der **konkrete Kundenbetreuer keine Kenntnis** von der Innenprovision gehabt habe, weshalb der befürchtete Interessenkonflikt nicht vorgelegen hätte. Auch in solchen Konstellationen fehle es am RWZH. Das BerufungsG erachtete die Frage, ob bei der Beurteilung des drohenden Interessenkonflikts auf den Horizont der bekl Bank oder auf jenen des konkret tätigen Kundenbetreuers abzustellen sei, als erheblich iSv § 502 Abs 1 ZPO und ließ die oRev zu.

2. Im vorliegenden Beschluss erteilt der achte Senat sowohl dem Zulässigkeitsausspruch des BerufungsG als auch der Rechtsansicht der bekl Bank eine Absage: Dass der Berater von der Innenprovision keine Kenntnis hatte, sei jedenfalls dann irrelevant, wenn die Bank durch spezielle **vertriebsfördernde Maßnahmen Einfluss auf dessen Beratungstätigkeit** nahm.³ Unter solchen Vorzeichen sei eine unabhängige Beratung trotz Unkenntnis des Beraters von den Provisionszahlungen nicht sichergestellt. Offen blieb allerdings die – für andere Verfahren durchaus bedeutsame – Frage, ob Gleiches auch dann gilt, wenn eine Bank keine solchen vertriebsfördernden Maßnahmen setzt oder bei der entsprechenden Beweisfrage eine negative Feststellung getroffen wird („non liquet“).

3. Die Gefahr von Innenprovisionen besteht darin, dass sie zu Interessenkonflikten führen: Die in Aussicht stehende Courtage kann einen Anreiz für Banken schaffen, nicht im besten Interesse des Kunden zu handeln, sondern die eigenen wirtschaftl Vorteile zu optimieren.⁴ Diese Zwietracht wird nach *Graf*⁵ verhindert, wenn jene Bankmitarbeiter, die im unmittelbaren Kundenkontakt beratend tätig werden, nicht darüber informiert werden, dass die Bank bei erfolgreicher Vermittlung der einzelnen Finanzprodukte des Portfolios eine Innenprovision lukriert. Ist

² Dass für diesen Entlastungsbeweis mE kein Raum besteht, habe ich bereits in der Anm zur E 8 Ob 109/16m (FN 1) ausgeführt, auf die verwiesen werden kann.

³ So liegt auch der Fall der E 2 Ob 99/16x ZFR 2017/169, 341 (*Kepplinger*); im zweiten Rechtsgang 2 Ob 25/19v.

⁴ S dazu nur *Dullinger*, Rechtsfolgen unterlassener Aufklärung über Kick-Back-Provisionen bei der Vermögensanlage, in *Leupold* (Hrsg), Forum Verbraucherrecht 2017, 33 (34 f).

⁵ Schiffs- und Immobilienfonds, ÖBA 2019, 17 (18 f).

¹ ZFR 2017/289, 604 (*Kepplinger*).



dem Kundenbetreuer nicht bewusst, dass aufgrund der Erteilung einer bestimmten Empfehlung ein Nutzen aufseiten der Bank eintritt, sei es ausgeschlossen, dass die „Kick-back-Zahlung“ die Anlageempfehlung beeinflusst. Der drohende Interessenkonflikt werde „immunisiert“. Diese Ansicht scheint jedoch in Anbetracht der allgemeinen Prinzipien der Wissenszurechnung zweifelhaft.

4. Anders als im BGB (§ 166) ist das Institut der Wissenszurechnung im ABGB nicht näher geregelt. Vor allem aufgrund fundierter Untersuchungen von Iro⁶ können aber dennoch wichtige Prinzipien als gesichert betrachtet werden. Sie werden insb aus § 337 ABGB, den Bestimmungen zur (aktiven und passiven) Stellvertretung, zur Gehilfenhaftung, aus Normen des VersVG (§ 2 Abs 3, § 19) sowie aus **Verkehrsschutzerwägungen** erschlossen. Der Verkehr soll durch die Einschaltung von Hilfspersonen nicht schlechter gestellt werden, als wenn der Prinzipal selbst handelte.⁷ Um Schutzlücken zu vermeiden, ist allgemein anerkannt, dass (jedenfalls unselbständig tätigen) Gehilfen das Geschäftsherrnwissen zuzurechnen ist, wenn sie für den Prinzipal rechtsgeschäftlich handeln.⁸ Im Recht der Willensmängel gilt der Grundsatz, dass Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Vertretenen unabhängig von Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis des Vertreters schadet.⁹

Die Regeln der Wissenszurechnung sind auch im schadenersatzrechtl Kontext zu beachten. Setzt ein Geschäftsherr im Stadium der Vertragsanbahnung einen Gehilfen ein, kann er sich nicht der durch das **Rechtsinstitut der culpa in contrahendo auferlegten Verantwortung** entziehen, indem er dem Gehilfen relevante Informationen verschweigt. Es liegt auf der Hand, dass dies nichts anderes bedeutet als eine Zurechnung des Geschäftsherrnwissens an den konkret tätigen Vertragsgehilfen.¹⁰ Dafür spricht auch, dass die Hilfsperson bei der Beratung des (angehenden) Kunden den **Sorgfaltsmaßstab des Geschäftsherrn** zu prästieren hat. Es geht nicht an, dass der Prinzipal einen uninformierten Gehilfen vorschickt, um sich dadurch seiner vorvertragl Aufklärungspflichten zu entledigen.

Diese allgemeinen Regeln gelten auch für die Pflicht von Banken zur Offenlegung von Innenprovisionen. Dem **Kundenbetreuer ist das Wissen der Bank**,¹¹ dass sie einen Teil des zu veranlagenden Vermögens für die Beratung und Vermittlung des jeweiligen Finanzinstruments in Form einer Kick-Back-Zahlung lukriert, **zuzurechnen**. Legt der Bankmitarbeiter die Innenprovision im Rahmen des Beratungsgesprächs infolge eigener Unkenntnis

nicht offen, stellt dies ein Verhaltensunrecht dar, für das die Bank aufgrund der analogen Anwendung von § 1313a ABGB im vorvertragl Bereich gegenüber dem Anleger einzustehen hat. Banken können sich der Pflicht zur Offenlegung von Innenprovisionen nicht dadurch entziehen, dass sie die Kick-Back-Zahlungen (auch) gegenüber ihren Kundenbetreuern verschweigen.

5. Die dargelegten Grundsätze der Wissenszurechnung sind auch bei der Frage zu beachten, ob der verursachte Schaden – nämlich der Erwerb des nicht gewünschten Finanzprodukts¹² – vom **Schutzzweck der Pflicht zur Offenlegung von Innenprovisionen** erfasst ist. Geht man bei dieser Problematik von der Position des OGH aus, bedarf die Prüfung des RWZH in den hier zu erörternden Konstellationen einer doppelten Fiktion: Erstens ist ein Bankmitarbeiter zu fingieren, der wusste, dass die empfohlene Veranlagung mit einer Innenprovision von 3 % belastet ist. Zweitens stellt sich das hypothetische Problem, ob ein solcher Berater das betreffende Produkt auch ohne die Innenprovision empfohlen hätte. Einfacher als diese Betrachtungsweise ist es freilich, wenn man den **Kundenbetreuer** als letztes Glied der „Beratungskette“ bei der Frage nach dem RWZH **außer Betracht** lässt. Da dem jeweiligen Mitarbeiter das Wissen der Bank zuzurechnen ist und umgekehrt das Kreditinstitut für das (auf dieser Grundlage ermittelte) Verhaltensunrecht des Angestellten einzustehen hat, ist diese Reduktion ohne Weiteres zulässig.

So gesehen stellt sich auch bei fehlender Kenntnis des konkreten Kundenbetreuers von der Kick-Back-Zahlung auf der Ebene des RWZH die Frage, ob die **Bank (!)** die strittigen Beteiligungen auch dann empfohlen hätte, wenn sie dafür (abgesehen vom offengelegten Ausgabeaufschlag) keine Vergütung von ihrer Vertriebspartnerin erhalten hätte. Das OLG Wien stellt in diesem Zusammenhang auf den Entschluss der Bank ab, die mit der Provision belastete Veranlagung in ihr Vertriebsportfolio aufzunehmen.¹³ Nur dann, wenn die Auswahl unabhängig von der Courtage im Innenverhältnis getroffen wurde, sei das Vorliegen eines Interessenkonflikts zu verneinen. Dagegen führt *Graf*¹⁴ ins Treffen, die E über die Aufnahme ins Vertriebsportfolio stehe lediglich in einem **mittelbaren Zusammenhang** mit der zeitlich nachgelagerten Empfehlung des Anlageprodukts an einen konkreten Kunden. ME ist die Ansicht des OLG aber dennoch plausibel. Für sie spricht, dass der Entschluss der Bank, das jeweilige Finanzprodukt in das Portfolio aufzunehmen, *conditio sine qua non* für den späteren Rat an den Kunden ist und die Pflicht zur Offenlegung von Innenprovisionen einem **drohenden (!) Interessenkonflikt** vorbeugt.¹⁵ Ob sich auch der OGH der Ansicht des OLG anschließt, bleibt für Fälle, in denen die Bank keine vertriebsfördernden Maßnahmen setzt, mit Spannung zu erwarten.

Jakob Kepplinger

6 Banken und Wissenszurechnung, ÖBA 2001, 3 (I) 112 (II); s auch *dens*, Zurechnung von Gehilfen im Recht der Willensmängel, JBl 1982, 510.

7 Iro, ÖBA 2001, 6.

8 Grundlegend in der Rsp OGH 5 Ob 274/59 SZ 32/77; 4 Ob 541/67 JBl 1967, 426 (zust F. *Bydlinski*); s ferner *Strasser* in *Rummel*, ABGB I³ (2000) § 1018 Rz 12; *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2016) § 1017 Rz 15, jeweils mwN.

9 Statt vieler *Perner* aaO; *Warto*, Wissenszurechnung im Unternehmen (2015) 110 ff.

10 Vgl etwa Iro, ÖBA 2001, 17 ff. Der Autor erörtert die Frage nach der Zurechnung des Geschäftsherrnwissens an den handelnden Gehilfen nicht nur im rechtsgeschäftl Bereich, sondern für alle Vorgänge, für die bestimmte Kenntnisse relevant sind.

11 Die angesprochene Kenntnis erwirbt der Rechtsträger der Bank seinerseits qua Wissenszurechnung.

12 RIS-Justiz RS0131382.

13 S nur die E 5 R 102/18h, die durch die Zurückweisung der Rev mit dem vorliegenden Beschluss vom OGH im Ergebnis bestätigt wurde.

14 ÖBA 2019, 19.

15 S dazu nur *Dullinger* in *Forum Verbraucherrecht* 2017, 40 f.