

durchaus dem Prinzip der Naturalrestitution, wenn der Kl beide Vermögensnachteile ersetzt bekommt. Der Geschädigte ist hinsichtlich des geltend gemachten Vermögensnachteils so zu stellen, wie er ohne das schädigende Ereignis stünde (RS0030228; RS0030153).

Die vorliegende Entscheidung ist auch insg systemkonform: Der Wert der Gesellschaftsanteile hängt weitgehend vom Unternehmenswert ab (*Krejci*, Unternehmensrecht<sup>5</sup> 189). Daher steht der Zuspruch von Schadenersatz für den verringerten Wert des Geschäftsanteils, welcher den Unternehmenswert widerspiegelt, mE im Einklang mit den weiteren Bestimmungen, die ebenfalls den Schutz des unternehmerischen Goodwill als Vermögenswert vorsehen: §§ 22, 24 UGB schützen bspw den Unternehmenswert bei Veräußerung des Unternehmens (*Herda in Artmann* 1.1<sup>3</sup> § 22 Rz 3, § 24 Rz 3), § 203 Abs 5 UGB sieht vor, dass der Erwerber eines Unternehmens den Goodwill als Aktivposten und damit als Vermögensgegenstand in der Bilanz ansetzen kann (*Herda in Artmann* 1.1<sup>3</sup> § 17 Rz 21). Als Konsequenz erscheint es daher überzeugend, wenn dem Inhaber eines „Ein-Mann-Betriebs“ neben dem Verdienstentgang auch eine Entschädigung für die Entwertung des Betriebes als Vermögensobjekt (Goodwill) bei unfallbedingter Betriebsaufgabe zusteht (RS0030277).

Auch die deutsche Rsp hatte sich mit der Frage zu befassen, ob dem Alleingeschafter-Geschäftsführer einer GmbH bei Schadenersatzansprüchen ein Vermögensschaden der Gesellschaft als eigener ersatzfähiger Schaden zugerechnet werden kann (BGH 13. 11. 1973, VI ZR 53/72; BGH 8. 2. 1977, VI ZR 249/74). Der BGH hat diese Rechtsfrage zwar ebenso wie der OGH bejaht, allerdings mit einer anderen Begründung: er sieht darin einen „Durchgriff“, also eine Durchbrechung der rechtlichen Selbstständigkeit der juristischen Person zugunsten des Gesellschafters, dessen Sondervermögen – die GmbH – geschädigt wird (*Roth in Roth/Altmep-*

*pen*, GmbHG<sup>8</sup> § 1 Rn 43; *Fastrich in Baumbach/Hueck*, GmbH-Gesetz<sup>22</sup> § 13 Rz 16). Diese Entscheidung wurde im deutschen Schrifttum heftig kritisiert (*Mann*, NJW 1974, 492; *Roll*, NJW 1974, 492 [493]). Als alternativen Ansatz schlugen Teile der deutschen Lehre vor, den Schadenersatzanspruch mit Hilfe des Geschäftsanteils zu begründen, in dem sich eine Vermögenseinbuße der Gesellschaft als eigener ersatzfähiger Schaden des Gesellschafters niederschlägt (*Berg*, NJW 1974, 933 [934]; *Frank*, NJW 1974, 2313 [2314]). Diesem Ansatz, der im Wesentlichen der Begründung des OGH entspricht, ist der BGH bisher jedoch nicht gefolgt.

In den beiden bisher zu dieser Rechtsfrage ergangenen Entscheidungen (2 Ob 84/77; 2 Ob 29/85) war es zu einer Veräußerung des Unternehmensanteils oder einer Einstellung des Betriebs gekommen. Der Schadenersatz war daher zweifellos an den geschädigten Gesellschafter-Geschäftsführer zu leisten. Auch in der vorliegenden Entscheidung hat der Kl seinen Geschäftsanteil bereits veräußert, sodass der Schadenersatz nach Verfahrensergänzung an den früheren Gesellschafter zu leisten sein wird.

Ein solcher Anspruch könnte aber natürlich auch geltend gemacht werden, bevor der Gesellschafter seinen geschädigten Anteil weiterveräußert. Um dem bereits erwähnten Gedanken der Naturalrestitution bestmöglich zu entsprechen, müsste der Schadenersatzanspruch des Gesellschafters in diesem Fall auf Leistung an die Gesellschaft gerichtet sein. Der durch die Unternehmenswertminderung eingetretene Schaden des Gesellschafters an seinem Geschäftsanteil würde durch die Leistung an die GmbH dann wieder ausgeglichen, wenn sich damit verbunden der Wert des Anteils im Vermögen des Gesellschafters erhöht (so *Frank*, NJW 1974, 2313 [2315]; *Schulte*, NJW 1979, 2230 [2235] zur Rsp des BGH).

Ida Kapetanovic,  
WU Wien



## → Aufklärung über Innenprovision und Mitverschulden

### §§ 1295, 1304 ABGB

Liegt der Anlageentscheidung auch eine dem Geschädigten vorwerfbare Sorglosigkeit zugrunde, kommt grundsätzlich auch bei fehlender „Korrela-

#### Sachverhalt:

Die Kl erwarben über Vermittlung der Bekl (Kreditinstitut) im März 2004 mittelbare **Kommanditbeteiligungen** an einem Immobilienfonds in Höhe von je € 20.000,-. Die Beteiligungen wurden (mittelbar) über eine Treuhandgesellschaft gehalten. Dazu leisteten die Kl je € 20.000,- Kommanditeinlage und je € 1.000,- an 5%igem Agio als Vermittlungsprovision der Bekl. Die Bekl erhielt neben diesem Agio für die Vermittlung vom Immobilienfonds eine **weitere Provision** von 3,125%, die aus den jeweiligen Beteiligungsbeträgen der Kl geleistet wurde. Beide Kl wollten sicher und jedenfalls auch kapitalerhaltend veranlagen; auch eine gute Rendite war ihnen wichtig. Ihnen wurden Verkaufsprospekte und Unterlagen mit näher festgestell-

tion“ zum haftungsbegründenden Aufklärungsfehler eine Minderung des Ersatzes wegen Mitverschuldens in Betracht.

tem Inhalt übergeben bzw von ihnen unterzeichnet. Die Kl hätten ihre Beteiligung nicht gezeichnet, wenn sie gewusst hätten, dass die Bekl neben dem Agio aus dem Beteiligungsnominale eine weitere Provision erhält; in diesem Fall hätten sie das Geld kapitalerhaltend angelegt (Sparbuch mit jährlicher Verzinsung von 1,03%). Von der zusätzlichen Provision erfuhr die Kl erst 2015.

Die Kl begehrten zuzett je € 19.326,46 sA sowie die Feststellung der Haftung der Bekl für alle ihnen aus der Beteiligung entstehenden Schäden. Die **Bekl** wendete ua ein, die Kl treffe ein Mitverschulden. Vor dem Inkrafttreten des WAG 2007 habe keine Aufklärungspflicht bezüglich der Innenprovi-

### EvBl 2020/17

§ 1295 ABGB  
(§ 1304 ABGB)

OGH 29. 8. 2019,  
1 Ob 78/19f  
(OLG Wien  
1 R 155/18y;  
HG Wien  
51 Cg 45/15x)

**Neue Entscheidung des OGH zum Mitverschulden beim Anlegerschaden: Eine Korrelation zwischen der Sorglosigkeit des Geschädigten und dem Aufklärungsmangel wird nicht mehr gefordert.**

sion bestanden; sie hätte den Kl den Immobilienfonds auch dann vermittelt, wenn sie für die Vermittlung zusätzlich zum Agio keine Innenprovision erhalten hätte.

Das ErstG gab dem Leistungs- und Feststellungsbegehren statt.

Das BerG hob die Entscheidung auf. Es behandelte die Beweisrüge zur Negativfeststellung (zur Frage, ob die Bekl den Kl die Beteiligungen auch dann empfohlen oder angeboten hätte, wenn sie dafür keine zusätzliche Vergütung von ihrem Vertragspartner erhalten hätte) nicht.

Der OGH hob das Berufungsurteil zur neuerlichen Entscheidung durch das BerG auf.

### Aus der Begründung:

#### [Aufklärungspflicht über Innenprovision]

Der OGH hat in mehreren, vergleichbare Anlagen betreffenden Entscheidungen klaggestellt, dass eine Aufklärungspflicht betreffend die Innenprovision **schon vor Inkrafttreten des WAG 2007** bestand. Über Innenprovisionen ist **gesondert aufzuklären**, wenn der Anleger – etwa weil er (wie im vorliegenden Fall) ohnedies ein Agio leistet – nicht davon ausgehen muss, ein Wertpapierberater werde zusätzlich noch Zahlungen von dritter Seite erhalten (RS0131382). Die Rechtswidrigkeit eines derartigen Aufklärungsmangels liegt im Verschweigen der damit idR verbundenen Interessenkollision, die grundsätzlich unabhängig von der Höhe der Innenprovision besteht (1 Ob 137/18 f mwN).

Beide Kl wurden von der Bekl nicht darüber aufgeklärt, dass diese (zusätzlich zum vereinbarten Agio als Vermittlungsprovision) eine weitere Provision (Innenprovision) von 3,125% aus dem von ihnen gezeichneten Beteiligungsnominale von der Emittentin erhielt. Die Kl hätten ihre Beteiligung nicht gezeichnet, hätten sie von der zusätzlichen Innenprovision gewusst. In diesem Fall hätten sie das Geld kapitalerhaltend, nämlich auf einem Spargbuch, angelegt. Damit steht fest, dass die Verletzung der Aufklärungspflicht einen Schaden der Kl verursachte. Zweck der im konkreten Fall verletzten Informationspflicht war die Aufklärung über eine allfällige **Interessenkollision**. Nach der zit Rsp hätte die Bekl den Erhalt einer Innenprovision gegenüber den Kl **offenzulegen** gehabt, was sie nicht tat. Insofern besteht auch ihr Verschulden, weil sie nicht damit rechnen durfte, dass den Kl die (zusätzliche) Innenprovision bewusst war, nachdem diese selbst zur Zahlung eines Entgelts (Agio) verpflichtet waren (vgl nur 2 Ob 99/16 x).

#### [Interessenkollision nicht in jedem Fall]

Eine Interessenkollision wäre im konkreten Fall dann zu verneinen, wenn die Bekl die strittigen Beteiligungen auch dann empfohlen hätte, wenn sie dafür keine Vergütungen vom Immobilienfonds erhalten hätte. Die Beweislast für diesen Umstand trifft sie (RS0131382 [T 2, T 3]).

Das ErstG hat dazu die **Negativfeststellung** getroffen, es könne nicht festgestellt werden, dass die Bekl den Kl die strittigen Beteiligungen auch dann empfohlen oder angeboten hätte, wenn sie dafür (abgesehen vom Ausgabeaufschlag von 5% der Beteiligungssumme) keine zusätzliche Vergütung von 3,125% der

Beteiligungssumme von ihrem Vertragspartner erhalten hätte. Diese Negativfeststellung bekämpfte die Bekl, das BerG ging aber davon aus, der Bekl stünde als Schädigerin im Zusammenhang mit dem von ihr zu erbringenden Nachweis des Nichtvorliegens einer Interessenkollision das reduzierte Beweismaß der bloß überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu. Das trifft – wie der OGH bereits zu 2 Ob 25/19 v (zust S. *Schumacher*, Glosse zu 8 Ob 166/18 x, VbR 2019, 114) aussprach – nicht zu. Gründe für eine Beweiserleichterung sind nämlich nicht erkennbar. Das **Regelbeweismaß** der ZPO ist die hohe Wahrscheinlichkeit (RS0110701). Ein die Herabsetzung des Beweismaßes allenfalls rechtfertigender Beweisnotstand liegt nicht vor, weil die Bekl einen hypothetischen Willensentschluss in ihrer eigenen Sphäre zu beweisen hat. Sie kann sich daher ebensowenig auf ein herabgesetztes Beweismaß berufen wie ein Anleger, der seine (hypothetische) Anlageentscheidung (also ebenfalls einen Willensentschluss) nachzuweisen hat (9 Ob 26/14k; 6 Ob 98/15b; 10 Ob 57/16 d; 6 Ob 59/17 w; RS0110701 [T 15]). Das BerG wird daher im fortzusetzenden Verfahren die Beweisrüge der Bekl zu dieser Feststellung zu erledigen haben.

Sollte die genannte Negativfeststellung Bestand haben, wäre der Bekl der ihr obliegende Beweis des Fehlens einer konkreten Interessenkollision nicht gelungen (vgl 1 Ob 137/18 f). Zwar stellte das ErstG fest, dass der **Berater** der Bekl keine Kenntnis von der Innenprovision hatte, jedoch ist dieser Umstand schon deshalb irrelevant, weil sich die fragliche Feststellung auf die bekl **Bank** bezieht, die als Vertragspartnerin der Kl – durch alle ihre Beschäftigten – dafür zu sorgen hat, dass ein Konflikt mit ihren eigenen Interessen vermieden wird.

#### [Mitverschulden des Anlegers]

Hat der Geschädigte selbst durch sorgloses Verhalten eine Ursache gesetzt, die gleichermaßen wie die vom Schädiger gesetzte Ursache geeignet war, allein den Schaden herbeizuführen, haben beide gemeinsam für den Schaden einzustehen (7 Ob 95/17 x). Das Mitverschulden des Geschädigten an der Herbeiführung seines eigenen Schadens iSd § 1304 ABGB setzt die Sorglosigkeit gegenüber den eigenen Gütern voraus (RS0022681; RS0032045). Bei fehlerhafter Anlageberatung kann ein Mitverschulden nach den Umständen des Einzelfalls (RS0078931 [T 5]; RS0102779 [T 8]) 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 (RS0102779 [T 6, T 7]; zuletzt 9 Ob 94/18 s mwN).

In der Rsp wurde geschädigten Anlegern, deren Erwerb vergleichbarer Kommanditbeteiligungen an Immobilienfonds sowohl auf ihre Sorglosigkeit in Bezug (ua) auf einen sog „Ausschüttungsschwindel“ als auch auf die unterbliebene Information über die Innenprovision zurückzuführen war, die die Anlage also sowohl bei Kenntnis des „Ausschüttungsschwindels“ als auch bei Kenntnis über die Innenprovision nicht erworben hätten, ein (gleichteiliges) Mitverschulden angelastet (2 Ob 99/16 x; 7 Ob 95/17 x; vgl auch 10 Ob 58/16 a,

in der die Frage des Aufklärungsfehlers über die Innenprovision noch offenblieb [abl J. *Kepplinger*, ZFR 2017/244, 499]). Begründend wurde dazu – in Ablehnung von *Kronthaler/Schwangler* (Über „Innenprovisionen“ und verbotene „Kick-back-Zahlungen“ – Zugleich eine Besprechung von OGH 2 Ob 99/16 x, VbR 2017/79, 121) und *Dullinger* (Schadenersatzpflicht wegen Verschweigens der Innenprovisionen für die Vermittlung von Vermögensanlageprodukten, JBl 2017, 585 Punkt VII sowie *dies*, Rechtsfolgen unterlassener Aufklärung über Kick-Back-Provisionen bei der Vermögensanlage, in *Leupold* [Hrsg], Forum Verbraucherrecht 2017 [2017] 33 ff Punkt IV.D.) – ausgeführt, dass das Verhalten des Geschädigten eine *conditio sine qua non* für den eingetretenen Schaden sein müsse. Es komme darauf an, welchen Anteil die Sorglosigkeit des Geschädigten gegenüber eigenen Rechtsgütern am Schadenseintritt und nicht an der vom Schädiger konkret zu vertretenden Aufklärungspflichtverletzung habe. Das Verhalten des erfahrenen und sachkundigen Anlegers, der im Zusammenhang mit dem Erwerb der Beteiligung entsprechende Unterlagen mit Risikohinweisen, etwa über die mögliche Verpflichtung zur Rückzahlung von Ausschüttungen, nicht gelesen habe, sei ebenfalls **kausal** für den Schaden, nämlich den Erwerb einer nicht gewünschten Anlage (7 Ob 95/17 x [Punkt 10.2], dazu krit J. *Kepplinger*, Mitverschulden von Anlegern bei mehrfach fehlerhafter Beratung – Zugleich eine Besprechung der Entscheidungen OGH 7 Ob 95/17 x und 1 Ob 112/17 b, ÖJZ 2018/70, 533; vgl RS0129706 [T 3]).

Nach einem weiteren Standpunkt in der Rsp, den (allein) der 1. Senat bisher vertreten hat, kommt bei mehreren Beratungsfehlern eine Minderung des Schadenersatzes nur in Betracht, wenn das sorglose Verhalten des Geschädigten auch in „Korrelation“ zum bzw im **Zusammenhang mit** dem jeweiligen kausalen **Aufklärungsfehler** steht. Wäre bei einem bestimmten Beratungsfehler das Investment unterblieben, kommt die Annahme eines relevanten Mitverschuldens schon grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn dem Anleger vorzuwerfen wäre, dass ihm die Fehlerhaftigkeit (oder Unvollständigkeit) gerade dieser Aufklärung bereits vor/bei Vertragsabschluss auffallen hätte müssen (1 Ob 112/17 b ZFR 2018/116, 235 [J. *Kepplinger*]; zust J. *Kepplinger*, ÖJZ 2018/70, 533 ff; 1 Ob 137/18 f ZFR 2019/17, 39 [zust J. *Kepplinger*]).

Nach neuerlicher Befassung mit dieser Frage schließt sich der erkSen dem Ergebnis der übrigen Senate an. Zur Schadensteilung bei Mitverschulden bestimmt § 1304 ABGB, dass der Beschädiger den Schaden verhältnismäßig zu tragen hat, wenn bei einer Beschädigung zugleich ein Verschulden von Seite des Beschädigten eintritt. Es kommt also darauf an, ob auch dem Geschädigten der Vorwurf sorgfaltswidrigen Handelns (in seinen eigenen Angelegenheiten) gemacht werden kann und ob diese Nachlässigkeit ebenfalls für den Eintritt des konkreten Schadens ursächlich war. Für die Lösung der bisherigen Judikaturdivergenz ist somit entscheidend, ob sich die **Sorgfaltswidrigkeit** des Geschädigten auf **denselben Schaden** bezieht, für dessen Entstehen der Schädiger einzustehen hat, oder ob etwa unterschiedliche Schäden vorliegen.

Im vorliegenden Fall werfen die Kl der Bekl vor, sie rechtswidrigerweise über den Zufluss einer sogenannten Innenprovision nicht aufgeklärt zu haben; bei entsprechender Aufklärung wären sie die Kommanditbeteiligung nicht eingegangen. Die Bekl erblickt ein Mitverschulden der Kl darin, sich mit dem erhaltenen Informationsmaterial nicht näher auseinandergesetzt zu haben; hätten sie dies getan, **hätten** sie das mit einer solchen Beteiligung verbundene **Risiko erkennen** und sich gegen diese Art der Veranlagung entscheiden **können**. Nach den maßgeblichen Tatsachenfeststellungen der Vorinstanzen steht fest, dass die Kl einerseits sicher und jedenfalls auch kapitalerhaltend veranlagen wollten und dass sie ihre Beteiligung nicht gezeichnet hätten, wenn sie gewusst hätten, dass die Bekl die zusätzliche Provision erhält. Da weiters evident ist, dass diese Anlageform ihrem Wunsch nach einer sicheren und kapitalerhaltenden Anlage nicht entsprach, kann – auch nach ihrem eigenen Prozessvorbringen – nicht zweifelhaft sein, dass sie von dieser Anlage auch dann Abstand genommen hätten, wenn ihnen bewusst gewesen wäre, dass mit ihr ein nicht unerhebliches Risiko des Kapitalverlusts verbunden ist. Damit **beziehen sich** sowohl der Verschuldensvorwurf an die Bekl als auch der Mitverschuldensvorwurf an die Kl **auf denselben Schaden**. Nach hA besteht der (reale) Schaden beim Erwerb eines Vermögensanlageprodukts darin, dass sich das Vermögen des Anlegers nach der (irregeleiteten) Anlageentscheidung anders zusammensetzt, als dies nach seinem Anlagewillen der Fall sein sollte (vgl nur RS0022537 [T 12, T 24]; RS0129706 [T 3]).

Hier waren die Kl der unrichtigen Auffassung, die ihnen von der Bekl angebotene Kommanditbeteiligung würde ihren Vorstellungen (in mehrfacher Hinsicht) entsprechen. Bei Kenntnis jedes einzelnen der für ihre Anlageentscheidung maßgeblichen Umstände hätten sie von dieser Investition Abstand genommen. Auch wenn sowohl die Umstände des Erwerbs als auch bestimmte „Produkteigenschaften“ für die hypothetische Entscheidung, vom Erwerb Abstand zu nehmen, von Bedeutung gewesen wären, liegt der (einheitliche) Schaden doch darin, dass die Kl mit den eingesetzten Geldbeträgen ein bestimmtes Anlageprodukt erworben und diese nicht anderweitig (auf einem Sparbuch) angelegt haben (aA etwa J. *Kepplinger*, ÖJZ 2018, 535). Liegt dieser Anlageentscheidung – wie die Bekl behauptet – auch eine den Kl vorwerfbare **Sorglosigkeit** zugrunde, kommt grundsätzlich auch bei fehlender „Korrelation“ zum haftungsbegründenden Aufklärungsfehler eine Minderung des Ersatzes wegen Mitverschuldens in Betracht.

Maßgeblich ist daher die Erledigung der Beweisrüge der Bekl zur Negativfeststellung über ihr hypothetisches Beratungsverhalten und damit eine (konkrete) Interessenkollision bzw deren Fehlen. Sollte diese Feststellung Bestand haben, wird im Rahmen der entsprechenden Einwendung der Bekl das Vorliegen eines allfälligen Mitverschuldens der Kl zu beurteilen und gegebenenfalls im Verhältnis zu den für die Anlageentscheidung kausalen Fehlern der Bekl zu gewichten sein. →

**Hinweis:**

Bei unrichtiger Anlageberatung kann ein Mitverschulden des Kunden in Betracht kommen, das die Schadenersatzpflicht des Anlageberaters mindert, zB dann, wenn der Kunde selbst auf dem Anlagesektor hervorragende Kenntnisse besitzt und ihm daher die Unrichtigkeit der Anlageberatung hätte auffallen müssen (RIS-Justiz RS0102779). Von der E 1 Ob 112/17b (RS0102779 [T 14]), in der ein direkter Zusammenhang zwischen der Sorglosigkeit des geschädigten Anlegers und dem haftungsbegründenden Aufklärungsfehler gefordert wurde, geht der Senat in der hier wiedergegebenen Entscheidung ausdrücklich ab und stellt klar, dass allein maßgeblich ist, dass sich das (eingewendete) Mitverschulden auf denselben Schaden bezieht.

*Martina Weixelbraun-Mohr*

**Anmerkung:**

Der vorliegende Beschluss betrifft die Ersatzpflicht einer anlagevermittelnden Bank wegen Verschweigens von Innenprovisionen. Zu diesem Thema hat der erste Senat zuletzt in zwei E (1 Ob 112/17b; 1 Ob 137/18f) judiziert, dass eine allfällige Sorglosigkeit des Anlegers wegen Nichterkennens sonstiger Eigenschaften des Finanzprodukts nur dann ein relevantes Mitverschulden begründet, wenn das sorglose Verhalten des Geschädigten in **Korrelation** zum Verschweigen der Innenprovisionen steht, was regelmäßig zu verneinen sein wird. Nunmehr ändert dieser Senat jedoch seine Ansicht und schließt sich im Ergebnis der überwiegenden Rsp an. Die Kehrtwende wird damit begründet, dass Anleger auch bei mehrfach fehlerhafter Beratung einen einheitlichen Schaden erleiden würden, der darin bestünde, dass sie mit ihren Geldbeträgen das jeweilige Anlageprodukt erworben und ihre Ersparnisse nicht anderweitig angelegt hätten. Dass die gezeichnete Beteiligung aufgrund unterschiedlicher Informationsfehler in mehrfacher Hinsicht den Vorstellungen der Anleger widerstreite, stehe der Qualifikation als einheitlicher Schaden nicht entgegen (Pkt 4.4).

Diese rechtliche Beurteilung ist jedenfalls dann problematisch, wenn man sie ob der allgemeinen Formulierung (auch) auf mehrere Beratungsfehler über Aspekte bezieht, die (unstreitig) als unterschiedliche Eigenschaften des avisierten Finanzinstruments anzusehen sind (s zu den unterschiedlichen, beratungsrelevanten Eigenschaften von Finanzinstrumenten die tabellarische Zusammenstellung von *Brandstätter*, *ecolx* 2019, 931). Wird ein Anleger im Stadium der Vertragsanbahnung von der beratenden Bank über eine bestimmte Eigenschaft des Finanzprodukts unzutreffend informiert, besteht der (reale) Schaden im irrtümlichen Erwerb eines Finanzinstruments mit der jeweils unerwünschten Eigenschaft (RIS-Justiz RS0129706). Folglich erleidet ein Anleger bei mehreren schuldhaft verursachten Eigenschaftsirrümern mehrere Schäden (*M. Leitner*, *ecolx* 2015, 453; *R. Jesionek*, ÖJZ 2019, 808; *Kronthaler*, ZFR 2019, 523).

Diffiziler ist die Situation, wenn einer der – bzw (wie in casu) der einzige haftungsbegründende – Beratungsfehler in einem Verschweigen von Innenprovi-

sionen besteht. Dass das erworbene Finanzinstrument mit einer verschleierte Innenprovision belastet ist, wird nämlich von der (freilich für sich betrachtet problematischen) Rsp nicht als Eigenschaft des Produkts betrachtet, solange die Courtage nicht den Schwellenwert von rund 15% des Beteiligungsbetrags erreicht (2 Ob 99/16x; dort Pkt 2.3.d). Die Pflicht zur Offenlegung von Innenprovisionen soll dem Kunden lediglich die Gefahr vor Augen führen, dass der Berater aufgrund des daraus resultierenden monetären Anreizes seine Interessen nicht bestmöglich wahren könnte.

Vor diesem Hintergrund hat jüngst *R. Jesionek* die Meinung publiziert (ÖJZ 2019, 809), dass das Verschleiern einer Innenprovision bloß einen unbeachtlichen Motivirrtum verursache, weshalb dieser Umstand auch keinen eigenständigen (realen) Schaden begründe. Sollte diese Argumentation der Vorsitzenden des erk Berufungssenats den ersten Senat des OGH zu seiner Meinungsänderung bewogen haben, wäre dies problematisch: Bejaht man eine Aufklärungspflicht betreffend Innenprovisionen (Pkt 1.), stellt deren Verschweigen nämlich keinen unbeachtlichen Motivirrtum dar (§ 871 Abs 2 ABGB). Vielmehr liegt darin eine relevante Beeinträchtigung der (auch) schadenersatzrechtlich geschützten Willensbildungsfreiheit, sodass durch die Umsetzung des irrtumsbehafteten Willens ein spezifischer Schaden eintritt (dazu allgemein *Pletzer*, JBl 2002, 549 ff; *A. Reich-Rohrwig*, Aufklärungspflichten 649 ff). Konkret ist dieser *eigenständige* Schaden darin zu sehen, dass der Anleger eine Beteiligung zeichnet, ohne zu wissen, dass bei diesem Finanzprodukt ein Bruchstück der Beteiligungsbeträge in Form von Innenprovisionen an die vermittelnde Bank abfließt.

Die Annahme eines selbständigen Schadens führt mE auch zu einem sachgerechteren Ergebnis als die Ansicht der (nunmehr einheitlichen) Judikatur, wie der Fall der vorliegenden Entscheidung zeigt: Die Unterinstanzen stellten fest, dass die Anleger die Beteiligungen bei Kenntnis der Innenprovision nicht gezeichnet hätten. Bzgl des Entlastungsbeweises auf der Ebene des RWZH (RIS-Justiz RS0131382), dass die bekl Bank die Beteiligung auch dann empfohlen hätte, wenn sie keine Innenprovisionen erhalten hätte, blieb es im bisherigen Verfahren (freilich bei offener Tatsachenrüge) bei einer Negativfeststellung. Damit hätte die Bank den Schaden (jedenfalls) allein zu tragen, wären ihr im Stadium der Vertragsanbahnung nicht weitere Beratungsfehler über die tatsächliche Risikoträchtigkeit der Beteiligungen und über die Rechtsnatur der prognostizierten Ausschüttungen unterlaufen. Die Problematik des Mitverschuldens stellt sich nur deshalb, weil sich ausgerechnet jenes Risiko verwirklicht hat, vor dem die Pflicht zur Offenlegung der Innenprovisionen warnen soll, nämlich vor der Gefahr einer interesselgeleiteten und damit – in Bezug auf konkrete Produkteigenschaften – unrichtigen oder zumindest unvollständigen Beratung. Nur aufgrund der zusätzlichen Informationsfehler kommt der (im fortgesetzten Verfahren zu klärende) Vorwurf in Betracht, die Anleger hätten manche der unrichtig oder unvollständig dargestellten Produkteigenschaften (bei deren Kennt-



nis sie die Beteiligung ebenfalls nicht gezeichnet hätten) bei gründlicher Lektüre der übergebenen Produktunterlagen selbst in Erfahrung bringen können. Es wäre sehr befremdlich, wenn das dargestellte, gesteigerte Verhaltensunrecht aufseiten der Bank zu einer Schadensteilung und damit im Ergebnis zu ihrer Begünstigung führte. Diese Schieflage vermeidet man, wenn man in Fällen mehrfach fehlerhafter Beratung – auch bei Verschweigen der Innenprovision – von mehreren (realen) Schäden ausgeht und Sorglosigkeiten der Anleger betreffend jeweils anderer Informa-

tionsfehler unter Schutzzweckerwägungen nicht schadensteilend in Anschlag bringt, mögen diese für den Erwerb der Beteiligung – und damit für den spezifischen, aus der Verschweigung der Innenprovisionen resultierenden Schaden – auch kausal gewesen sein (dem zuletzt angesprochenen Kausalitätsaspekt misst *Kronthaler*, ZFR 2019, 523 zu geringe Bedeutung bei, wenn er sich gegen eine Lösung auf der Ebene des Mitverschuldenszusammenhangs ausspricht).

*Jakob Kepplinger,  
JKU Linz*



## → Zinsanpassungsklausel im Kreditvertrag

### § 879 ABGB

Die Ausnahme von der in § 879 Abs 3 ABGB verankerten Inhaltskontrolle – die Festlegung der beiderseitigen Hauptleistungspflichten – ist möglichst eng zu verstehen und soll auf die individuelle, zah-

lenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistungen beschränkt bleiben. Die individuell ausgehandelte (Mindest-)Verzinsung des Kredits betrifft die Hauptleistungspflicht des Kreditnehmers und unterliegt daher nicht der Inhaltskontrolle.

### Sachverhalt:

Die Kl trat im Jahr 2012 an die Bekl mit dem Wunsch um „Aufstockung“ eines bereits 2011 zur **Finanzierung eines Bauprojekts** gewährten Kredits heran. Im Zuge der Vertragsverhandlungen handelten die Parteien zunächst einen (ersten) Entwurf eines Kreditvertrags (Kreditantrags) aus, der keine Mindestverzinsung vorsah; dann trat die Geschäftsführerin der Kl an die Bekl mit dem Wunsch heran, die bereits für den ursprünglich gewährten Kredit beigestellten **Sicherheiten** – aufgrund eines krankheitsbedingten „Ausstiegs“ des zweiten Geschäftsführers aus dem zu finanzierenden Bauprojekt – gegen Gewährung anderer Sicherheiten **freizugeben**. Dieses Begehren wurde in weiterer Folge vom Vorstand der Bekl diskutiert, der letztlich mit einem Austausch bestehender Sicherheiten gegen neu zu bestellende Sicherheiten unter der Bedingung einverstanden war, dass ein **Mindestzinssatz** von 2,75% vereinbart wird. Damit war wiederum die Geschäftsführerin der Kl einverstanden, die in weiterer Folge den Kreditvertrag (Kreditantrag) für den „aufzustockenden“ Kredit, der einen an den 3-Monats-EURIBOR gekoppelten „Anfangszinssatz“ von 3% sowie einen Mindestzins von 2,75% vorsah, worauf sie bei Vertragsabschluss nochmals hingewiesen wurde, unterfertigte. 2014 gewährte die Bekl der Kl einen weiteren Kredit für ihr Bauprojekt. Der von der Bekl vorformulierte Kreditvertrag sah wieder einen Mindestzinssatz von 2,75% vor, was dem damaligen – wieder an den Drei-Monats-EURIBOR gebundenen – „Anfangszinssatz“ bei Vertragsabschluss entsprach. Die Kl war auch vor Abschluss dieses Vertrags auf den Mindestzinssatz hingewiesen worden, maß diesem aber – da der (Anfangs-)Zinssatz im Vergleich zum früheren Kredit gefallen war – keine besondere Bedeutung bei. Der Aufschlag (die Marge) auf den Referenzzinssatz (Drei-Monats-EURIBOR) betrug bei beiden Krediten jeweils 2%. Die Bekl finanzierte sich aus Spareinlagen und hätte die gegenständlichen Kredite ohne Mindestzinssatz (letztlich) nicht gewährt. 2016 wurde der Mindestzinssatz für beide Kredite auf 2,5% gesenkt.

Die Kl begehrt nun die **Rückzahlung** der von ihr bezahlten Kreditzinsen, soweit diese aufgrund der vertraglich vorgesehenen Mindestverzinsung über den durch den 2%igen Aufschlag auf den jeweiligen Drei-Monats-EURIBOR vereinbarten Zinsen lagen. Die vereinbarten Mindestzinssatzklauseln seien gem § 879 Abs 3 ABGB nichtig, weil sie mangels Höchstzinssatzes dem „Zweiseitigkeitserfordernis“ widersprächen. Die **Bekl** entgegnete, die inkriminierten Mindestzinssatzklauseln seien vor Vertragsabschluss besprochen und individuell vereinbart worden; da der Mindestzinssatz die Hauptleistung betreffe, unterliege er nicht der Inhaltskontrolle des § 879 Abs 3 ABGB.

Das ErstG wies einen Teil des Klagebegehrens (unbekämpft) als verjährt ab und gab der Klage im Übrigen statt.

Das BerG hob den klagestattgebenden Teil des Ersturteils auf und ließ den Rek zu.

Der OGH wies die Klage ab.

### Aus den Entscheidungsgründen:

#### [Inhaltskontrolle des § 879 ABGB]

Gem § 879 Abs 3 ABGB ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die **nicht** eine der **beiderseitigen Hauptleistungen** festlegt, nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt. Diese Regelung ist zwar nicht nur auf AGB und Vertragsformblätter anzuwenden, sondern auch in anderen Fällen, in denen sich ein Vertragsteil der vorformulierten Erklärung des anderen unterwirft (1 Ob 144/04 i RS0119322; vgl auch RS0119323). Ein solcher Fall liegt hinsichtlich des 2012 abgeschlossenen Kreditvertrags („Ausweitung“ eines bereits bestehenden Kredits) aber nicht vor.

Nach den erstinstanzlichen Feststellungen fanden zwischen den Parteien vor Abschluss dieses Kreditvertrags **umfangreiche Vertragsverhandlungen** statt. Im Zuge dieser Verhandlungen wünschte die Kl einen Aus-

EvBl 2020/18

§ 879 ABGB

OGH 25. 6. 2019,  
1 Ob 75/19i  
(OLG Wien  
129 R 84/18y;  
HG Wien  
56 Cg 56/17 d)

Hier befasst sich der OGH mit einem Begehren der Kreditnehmerin auf Rückzahlung vermeintlich zu viel bezahlter Zinsen.