

Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1,02</sup> § 1170b Rz 31; *Schmidinger*, bau aktuell 2012, 42 [44]; kritisch *Maier-Hülle*, imollex 2007, 230 [232]).

3.2 Im Revisionsverfahren ist nicht mehr strittig, dass die klagenden Gesellschaften berechtigt waren, nach § 1170b Abs 2 ABGB die Vertragsaufhebung zu erklären, sodass nicht mehr das Recht dazu, sondern allein die Rechtsfolgen des Rücktritts zu erörtern sind, die sich nach dem Willen des Gesetzgebers an § 1168 Abs 2 ABGB orientieren sollen.

4. § 1168 Abs 2 ABGB gibt dem Unternehmer die Möglichkeit zur Vertragsaufhebung, wenn der Besteller seine Mitwirkungspflicht verletzt. Er kann unter Setzung einer angemessenen Frist erklären, dass der Vertrag „als aufgehoben gelte“, wenn die Mitwirkung weiter unterbleibt. Tatbestandsmäßig liegt ein Sonderfall des § 1168 Abs 1 S 1 ABGB vor, weil die unterlassene Mitwirkung der Bestellersphäre zuzuordnen ist (*M. Bydlinski*, aaO § 1168 Rz 8). Mit der vorzeitigen Auflösung des Vertrags nach § 1168 Abs 2 ABGB entfällt die Herstellungspflicht des Unternehmers (*Rebhahn/Kietaibl* in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup> § 1168 Rz 50). Er behält aber den nach § 1168 Abs 1 S 1 ABGB eingeschränkten Entgeltanspruch, weil die Verhinderung in der Ausführung des Werks dem Besteller zuzurechnen ist. Dem Unternehmer gebührt das vereinbarte Entgelt; er muss sich jedoch anrechnen lassen, was er sich infolge Unterbleibens der Arbeit erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat. Hat der Unternehmer eine Teilleistung erbracht, so ist der darauf entfallene Aufwand vom Besteller zu bezahlen, auch wenn die Teilleistung für ihn wertlos ist. Ist die Leistung allerdings für sich mangelhaft, so ist wegen des gewährleistungsrechtlichen Verbesserungsvorrangs der durch die unterbliebene Verbesserung ersparte Aufwand anzurechnen (8 Ob 14/08d [= *JB* 2008, 780. Red]; *Rebhahn/Kietaibl*, aaO Rz 35; *Högl/Wiesinger*, aaO 159).

5.1 Das Konzept des § 1168 ABGB gilt nach dem Willen des Gesetzgebers auch für den Fall eines Rücktritts durch den Unternehmer gemäß § 1170b Abs 2 ABGB. Mit der vorzeitigen Auflösung des Vertrags durch einseitige Erklärung des Unternehmers entfällt seine Verpflichtung zur Herstellung (Vollendung) des Werks; sein Entgeltanspruch ist nach § 1168 ABGB beschränkt. Weist die von ihm erbrachte (Teil-)Leistung Mängel auf, muss er sich den durch die unterbliebene Verbesserung ersparten Aufwand anrechnen lassen (*Rebhahn/Kietaibl*, aaO § 1170b Rz 18 sowie § 1168 Rz 50 und 35).

5.2 Die Fälligkeit des Werklohns kann nur solange hinausgeschoben werden, als ein Verbesserungsanspruch besteht und die Verbesserung im Interesse des Bestellers liegt (RIS-Justiz RS0019929; vgl auch 8 Ob 1652/92 = RS0018756 [T8]). Das Leistungsverweigerungsrecht, das die Revisionswerberin für sich in Anspruch nimmt, findet seine Rechtfertigung darin, den Unternehmer zu einer geschuldeten Verbesserung seines mangelhaften Werks zu bestimmen. Wo eine solche Verbesserung nicht oder nicht mehr in Betracht kommt, ein nach dem Gewährleistungsrecht aufrechter Erfüllungsanspruch gegen den Unternehmer nicht oder nicht mehr besteht, ist auch kein Recht zur Verweigerung der Gegenleistung anzuerkennen (4 Ob 14/16m uva; RIS-Justiz RS0021925).

5.3 Mit der vorzeitigen Beendigung des Vertragsverhältnisses entfallen grundsätzlich die Erfüllungsansprüche des Bestellers auf Übergabe eines vollendeten und damit mängelfreien Werks (7 Ob 43/14w). Die Aufhebung des Vertrags gemäß § 1168 Abs 2 ABGB, auf den die Bestimmung des § 1170b Abs 2 ABGB verweist, bewirkt daher, dass damit keine rechtliche Grundlage zur Verweigerung der Gegenleistung verbleibt. Diesen Aspekt lässt die Beklagte außer Acht, wenn sie ungeachtet der – von ihr

auch gar nicht in Frage gestellten – Aufhebung des Vertrags durch die klagenden Gesellschaften gemäß § 1170b Abs 2 ABGB darauf beharrt, die allgemeinen Regelungen des Werkvertragsrechts würden – vorbehaltlich der Entgeltreduktion nach § 1168 ABGB – aufrecht bleiben. Die von ihr vertretene Auffassung hätte im Ergebnis zur Folge, dass der Unternehmer zur Erfüllung iS einer mängelfreien Herstellung des Werks verpflichtet bliebe, auch wenn er die Vertragsauflösung gemäß § 1170b Abs 2 ABGB berechtigt erklärte. Damit wäre dieser Bestimmung aber ein Anwendungsbereich genommen: Der Werkunternehmer bliebe – worauf bereits das Berufungsgericht zutreffend hingewiesen hat – weiterhin im vollen Umfang „vorleistungspflichtig“ und die vom Gesetzgeber angestrebte Minderung der Insolvenzrisiken käme nicht zum Tragen. Nach erfolgter Verbesserung stünde dem Werkunternehmer aber auch der vertraglich vereinbarte Werklohn ungeschmälert zu, sodass die vorzeitige Vertragsauflösung ohne Rechtsfolgen bliebe.

6. Zusammenfassend ergibt sich daher, dass die vom Werkunternehmer gemäß § 1170b Abs 2 ABGB erklärte Auflösung des Vertrags den Erfüllungsanspruch des Bestellers beseitigt, sodass sich dieser – ganz wie im Anwendungsbereich des § 1168 ABGB – auf eine Pflicht zur mängelfreien Herstellung des Werks durch den Unternehmer nicht mehr berufen kann. Dem Unternehmer gebührt zufolge des Verweises auf § 1168 Abs 2 ABGB ein entsprechender Entgeltanspruch, dem der Besteller mangelnde Fälligkeit, weil das Werk mangelhaft erbracht wurde oder unvollendet blieb, nicht entgegenhalten kann. Für die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags (dazu *Apathy* in KBB, ABGB<sup>4</sup> § 1052 Rz 2) durch den Besteller, die die Beklagte allein noch zum Gegenstand ihres Rechtsmittels macht, verbleibt daher nach berechtigter Auflösung des Vertrags nach § 1170b ABGB kein Raum.

Der mit dem Teilurteil des Erstgerichts zugesprochene Betrag setzt sich aus dem von der Beklagten selbst zugestandenem, nach Abzug der von ihr behaupteten Forderungen verbleibenden Entgelt und dem durch eine Bankgarantie abgelösten – der Höhe nach unstrittigen – Hafrücklass zusammen. Für eine Beurteilung dieses (Teil-)Anspruchs der klagenden Gesellschaften sind weder die von der Beklagten zu den von ihr behaupteten Mängeln vermissten Feststellungen noch eine sachverhältnismäßige Auseinandersetzung mit dem Umstand, dass eine Versicherungsbestätigung nicht vorgelegt worden sei, erforderlich. Der von der Beklagten geltend gemachte sekundäre Verfahrensmangel liegt daher nicht vor.

7. Der Revision ist damit ein Erfolg zu versagen.

*Anlageberatung: schlüssiger Auskunftsvertrag in Vertriebskette; Verjährung bei Beschwichtigungsversuchen des Anlageberaters*

**§§ 1295, 1300, 1313a, 1497 ABGB:**

**Der Anlageberater ist zur Aufklärung seiner Kunden über die Risikoträchtigkeit der in Aussicht genommenen Anlage verpflichtet. Diese Verpflichtung trifft auch den Anlagevermittler.**

**Rechtfertigen die Umstände des Falls bei Bedachtnahme auf die Verkehrsauffassung und die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs den Schluss, dass beide Teile die Auskunft zum Gegenstand vertraglicher Rechte und Pflichten machen – etwa wenn klar zu erkennen ist, dass der Auskunftswerber eine Vermögensdisposition treffen und der Berater durch die Auskunft das Zustandekommen des geplanten Geschäfts fördern will –, so wird der stillschweigende Abschluss eines Auskunftsvertrags angenommen.**

**Die Beurteilung, wer Vertragspartner des Auskunftsvertrags wird, folgt dabei objektiven Kriterien, wenn auch unter Berücksichtigung des Empfängerhorizonts. Daher ist es nicht der Willkür des Vertragspartners überlassen, wen von mehreren Erfüllungsgehilfen in einer Vertriebskette der Vertragspartner in Anspruch nehmen kann.**

**Wenn der Geschädigte die für die erfolversprechende Anspruchsverfolgung notwendigen Voraussetzungen ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung bringen kann, gilt die Kenntnismahme schon in dem Zeitpunkt als erlangt, in welchem sie ihm bei angemessener Erkundigung zuteil geworden wäre. Versuchen von Anlageberatern, nach Kursverlusten nervös gewordene Anleger zu beschwichtigen, kann in zweifacher Hinsicht Bedeutung zukommen: Sie können die Erkennbarkeit des Schadenseintritts und damit den Beginn der Verjährungsfrist hinausschieben oder dazu führen, dass dem Verjährungseinwand des Schädigers die Replik der Arglist entgegengehalten werden kann.**

**Erweckt ein Berater den unrichtigen Eindruck, eine Anlage sei gleich sicher wie ein Sparbuch, und veranlasst dies zu einer Entscheidung für diese Anlage, begründet das erst das – bei Sparbüchern nicht vorhandene – Risiko eines Schadens durch Kursmanipulationen.**

OGH 28.06.2016, 10 Ob 62/15p  
(OLG Innsbruck 11.02.2015, 4 R 212/14d; LG Innsbruck 02.10.2014, 15 Cg 76/11w)

Der Beklagte verfügt über eine Gewerbeberechtigung für Versicherungsmaklertätigkeit und betrieb ein Büro als unabhängiger Versicherungsmakler. Er begann 1996 mit der Vermittlung von A.-Genussscheinen.

Die A.-Gruppe wurde 1991 von Dr. W. begründet, bestehend aus der A.-Gruppe AG, der börsennotierten A.-Invest AG sowie der A.-Immobilien GmbH. Über die A.-Invest AG wurde der Substanzgenussschein A.-Index über „Mehrfachvermittler“ oder Kooperationspartner vertrieben. Der jeweilige Kunde beauftragte die A.-Invest AG mit der Vermittlung des Kaufs des A.-Index und mit der Eröffnung des Wertpapierdepots samt zugehörigem Verrechnungskonto.

Der Nebenintervenient begann 1997 mit dem Verkauf von A.-Genussscheinen. Im Zeitraum 2003 bis 2007 trat er in enge vertragliche Beziehung zum Beklagten. Er war teilweise auf Werkvertragsbasis und teilweise als freier Dienstnehmer für das Büro des Beklagten tätig. Die Provisionsabrechnungen erfolgten über das Büro des Beklagten. Der Nebenintervenient ließ mit Wissen des Beklagten einen Stempel anfertigen, der den Beklagten als unabhängigen Versicherungsmakler und den Nebenintervenienten als Betreuer auswies. Diesen verwendete er auch auf Kaufverträgen für A.-Genussscheine. 2009 übernahm der Nebenintervenient das Versicherungsmaklerbüro des Beklagten.

Zwischen dem Nebenintervenienten und dem Kläger bestand eine freundschaftliche und familiäre Beziehung. Der Nebenintervenient erzählte dem Kläger von der Möglichkeit einer Investition in A.-Genussscheine. Bei einem Gespräch im Familienkreis über die Möglichkeit einer solchen Veranlagung verneinte der Nebenintervenient die Frage, ob das Geld verloren gehen könne, das eingesetzte Kapital sei garantiert. Die Veranlagung sei so sicher wie ein Sparbuch. Das einzige Risiko liege darin, dass der Zinsertrag vielleicht einmal nicht so hoch wäre. Es kann nicht festgestellt werden, ob der Kläger über weitere Risiken aufgeklärt wurde, Risikohinweise ausgefolgt wurden oder ein Anlegerprofil erstellt wurde. Der Kläger kaufte in der Folge zwischen Oktober 2003 und Juli 2006 in mehreren Tranchen 23 A.-Genussscheine um insgesamt € 50.815,61. In den Kaufverträgen war festgehalten, dass das Anlegerprofil für den Kunden erstellt und die

Risikohinweise dem Kunden übergeben wurden. 2007 verkaufte der Kläger 13 Genussscheine um € 35.744,53.

Der Nebenintervenient hatte gegenüber dem Kläger und seiner Familie angegeben, beim Beklagten angestellt zu sein, dessen Büro er nach der Pensionierung des Beklagten übernehmen wolle. Nicht festgestellt werden kann, ob er angegeben hat, bei Abschluss der Kaufverträge für das Unternehmen A. direkt tätig zu sein.

Der Kläger bemerkte im Oktober 2008, dass ein Kursverlust eingetreten war. Er setzte sich mit dem Nebenintervenienten in Verbindung und erteilte ihm den Auftrag, alles zu verkaufen. Dieser beschwichtigte ihn und meinte, ein Verkauf sei derzeit nicht möglich, es handle sich nur um eine vorübergehende Schwäche, er werde sich um alles kümmern. Tatsächlich war zu diesem Zeitpunkt ein Verkauf nicht mehr möglich. Die A.-Firmen befinden sich mittlerweile im Konkurs. Die Genussscheine sind wertlos. Gegen den Gründer der A.-Gruppe wurde ein Strafverfahren eingeleitet und dieser auch strafrechtlich verurteilt. Er hatte durch Kursmanipulationen und Täuschungshandlungen im Wege seines Firmengeflechts Wert und Kurs der Genussscheine beeinflusst. Er spiegelte den Anlegern eine risikoarme Anlagestrategie vor und verschwieg dabei, dass das Unternehmen auch in hochrisikante und verlustreiche Wertpapiere veranlagte. Die gesamte Verkaufsstrategie war bewusst darauf ausgerichtet, den Anlegern vorzutäuschen, dass sie ein sparbuchähnliches Wertpapier in Händen halten. Der Wert der Beteiligung und Unternehmenssubstanz reichte zu keiner Zeit aus, um alle Anleger dieser Zusage gemäß zu befriedigen, was bewusst und gewollt verschwiegen wurde.

Der Kläger begehrte (zuletzt) die Zahlung von € 21.958,46 sA. Eventualiter begehrt er die Zahlung dieses Betrags Zug um Zug gegen die Rückgabe von 10 Stück A.-Genussscheinen sowie die Feststellung, dass der Beklagte für alle Spesen, die aus der Rückgabe der Genussscheine entstehen, haftet. In einem zweiten Eventualbegehren beantragte er festzustellen, dass der Beklagte für sämtliche zukünftige Schäden aus dem von ihm empfohlenen Ankauf der A.-Genussscheine zu haften habe. Das Hauptbegehren und das zweite Eventualbegehren sind mittlerweile rechtskräftig abgewiesen.

Der Kläger brachte im Wesentlichen vor, er sei vom Nebenintervenienten, einem Mitarbeiter des Beklagten, in Finanzfragen entgeltlich beraten worden. Dieser habe ihm empfohlen, in A.-Genussscheine zu investieren. Dabei seien diese als vollkommen sicher wie ein Sparbuch dargestellt worden. Auf Risiken oder Gefahren sei er nicht hingewiesen worden. Bei einer ordnungsgemäßen Aufklärung hätte er keinen einzigen Genussschein erworben, sondern sein Vermögen weiterhin sicher angelegt. Er sei in Finanzangelegenheiten unerfahren gewesen und habe die wirtschaftlichen Zusammenhänge nicht gekannt. Unterlagen und entsprechende Risikohinweise oder allgemeine Informationen über die Genussscheine seien ihm nicht ausgehändigt worden. Die Ankäufe der insgesamt 23 Genussscheine seien nicht als Einheit zu betrachten. Weder der Beklagte noch der Nebenintervenient verfügten über eine Gewerbeberechtigung für Anlageberatung/Finanzdienstleistung. Der Nebenintervenient habe ihm erklärt, für den Beklagten zu arbeiten und später dessen Geschäft zu übernehmen. Der Kläger habe erstmals am 31.10.2008 von möglichen finanziellen Schwierigkeiten von A. Kenntnis erhalten. Der Nebenintervenient habe trotz Verkaufsauftrags immer wieder beteuert, dass der Klagsbetrag abzugsfrei rückerstattet werde. Aufgrund der Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten sei der Kläger grundsätzlich so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Aufklärung stünde. Ein Mitverschulden sei ihm nicht anzulasten.

Der Beklagte bestritt und brachte vor, der Kläger sei vom Nebenintervenienten unentgeltlich in Finanzfragen beraten worden. In seiner Funktion als Vermittler von Genussscheinen sei der Nebenintervenient immer selbstständig aufgetreten. Ein persönliches Vertrauensverhältnis zwischen dem Beklagten und dem Kläger habe nie bestanden, da es nie einen persönlichen Kontakt gegeben habe. Zum Zeitpunkt der Ankäufe seien die Genussscheine als vielversprechende und sichere Anlage erschienen. Der Kursverfall sei auf Malversationen zurückzuführen gewesen, mit denen kein Berater habe rechnen können. Die Unterlagen hätten unmissverständliche Risikohinweise enthalten. Die von der Raiffeisenbezirksbank angebotene Kapitalgarantie habe der Kläger abgelehnt. Die Ansprüche seien verjährt. Der Kursverfall sei ab dem 10.10.2008 eingetreten, die Klage erst am 19.10.2011 eingebracht worden. Der Kläger wäre auch unverzüglich nach Beginn des Kursverfalls zum Verkauf der Genussscheine verpflichtet gewesen. Die Gewinne aus den verkauften Genussscheinen habe sich der Kläger anrechnen zu lassen.

O. trat dem Verfahren auf Seiten des Beklagten als Nebenintervenient bei und brachte vor, der Kläger sei vor Ankauf der Genussscheine eingehend aufgeklärt worden. Diese seien ihm durch die A.-Invest AG vermittelt worden, für die der Beklagte als unabhängiger Versicherungsmakler und als dessen Betreuer der Nebenintervenient tätig geworden sei. Ansprüche des Klägers seien daher gegen die A.-Invest AG zu richten. Der Beklagte und der Nebenintervenient seien nur als Gehilfen tätig geworden. Auch ein allenfalls konkludenter Auskunftsvertrag könne nur zwischen dem Kläger und A.-Invest AG zustande gekommen sein. Das Risiko, das sich verwirklicht habe, sei nicht vorhersehbar gewesen. Eine Pflicht zur Aufklärung darüber habe daher nicht bestanden.

Das Erstgericht gab (im zweiten Rechtsgang) dem ersten Eventualbegehren statt und erkannte den Beklagten schuldig, dem Kläger € 21.958,46 sA Zug um Zug gegen Rückgabe der A.-Genussscheine zu zahlen. Weiters stellte es fest, dass der Beklagte für alle Spesen hafte, die aus der Rückgabe der Genussscheine an den Beklagten entstehen. Die Informations- und Aufklärungspflichten der Finanzdienstleister seien in § 13 des hier maßgeblichen Wertpapieraufsichtsgesetzes idF BGBl 753/1996 (WAG 1996) geregelt. Diesen Verpflichtungen habe der Nebenintervenient nicht entsprochen. Zu einer eigenen Haftung des Erfüllungsgehilfen könne es (unter anderem) kommen, wenn der Erfüllungsgehilfe wie im vorliegenden Fall bei den Vertragsverhandlungen im besonderen Maße persönliches Vertrauen in Anspruch nehme. Nachdem der Nebenintervenient offengelegt habe, für den Beklagten tätig zu sein, sei er im Verhältnis zum Kläger als Erfüllungsgehilfe des Beklagten anzusehen. Liege der entscheidende Beratungsfehler in der pflichtwidrigen Unterlassung einer Aufklärung über die Möglichkeit eines Kursabsturzes an sich, sei auch der Schaden durch Kursabsturz infolge von Marktmanipulationen oder riskanten Investitionen adäquat herbeigeführt. Die durch Manipulationen entstandenen Verluste stünden daher im Rechtswidrigkeitszusammenhang.

Die Ansprüche seien aufgrund der Beschwichtigungsversuche des Nebenintervenienten auch nicht verjährt. Den Kläger treffe kein Mitverschulden. Er habe Zug um Zug gegen Übertragung der Genussscheine Anspruch auf Rückzahlung des bezahlten Kaufpreises zuzüglich des Werts einer hypothetischen Alternativveranlagung. Die An- und Verkäufe der Genussscheine stünden nicht im wirtschaftlichen Zusammenhang. Eine Vorteilsanrechnung sei daher nicht vorzunehmen. Insgesamt habe der Kläger € 22.361,39 für die 10 Genussscheine bezahlt. Dazu komme noch der Zinsschaden durch die unrichtige

Beratung. Der Kläger habe daher jedenfalls einen Schaden in der Höhe des geltend gemachten Betrags erlitten.

Den gegen dieses Urteil erhobenen Berufungen des Beklagten und des Nebenintervenienten gab das Berufungsgericht in der Hauptsache nicht und hinsichtlich des Zinsenbegehrens teilweise Folge. Der Beklagte sei im Rahmen des Vertriebs von A.-Genussscheinen nicht als selbstständiger Anlageberater, sondern als Erfüllungsgehilfe der A.-Invest AG aufgetreten. Eine eigene Haftung des Beklagten könne daher nur aufgrund eines konkludenten zustande gekommenen Auskunftsvertrags gemäß § 1300 S 1 ABGB angenommen werden, bei ausgeprägtem eigenwirtschaftlichen Interesse oder wenn bei den Vertragsverhandlungen im besonderen Maße persönliches Vertrauen in Anspruch genommen worden sei. Im vorliegenden Fall sei sowohl von einer unzureichenden Aufklärung als auch von der Inanspruchnahme persönlichen Vertrauens durch den Nebenintervenienten auszugehen. Da der Beklagte sich des Nebenintervenienten beim Vertrieb der Veranlagung bedient habe, sei dieses Verhalten dem Beklagten zuzurechnen. Die Erklärungen des Nebenintervenienten gegenüber dem Kläger seien objektiv unrichtig gewesen. Als Anlagevermittler habe er die Kenntnisse des § 1299 ABGB (Sachverständiger) zu vertreten. Auch der Rechtswidrigkeitszusammenhang sei vom Erstgericht zu Recht bejaht worden. Verjährung sei nicht eingetreten. Es sei darauf abzustellen, wann der Kläger erkannt habe, dass das Investment entgegen der Zusicherung nicht risikolos sei, sondern die Gefahr eines Kapitalverlusts in sich berge. Es gebe keine Behauptungen des dafür beweispflichtigen Beklagten, dass die Kursverluste dem Kläger im Oktober 2008 bekannt gewesen seien. Da nicht festgestellt werden können, dass dem Kläger Risikohinweise übergeben worden seien, sei der Nachweis eines Mitverschuldens nicht gelungen.

Bei richtiger Beratung hätte der Kläger sämtliche Genussscheine nicht gekauft. Zwar habe er sich den Erlös aus dem Verkauf der Papiere anrechnen zu lassen, der ihm im Falle eines Nichtkaufs nicht zugeflossen wäre, zugleich habe er aber auch Anspruch auf die fiktiven Erträge, die das von ihm eingesetzte Kapital bei einer Veranlagung auf einem Sparbuch erbracht hätte. Damit stehe ihm aber ein Schadenersatz in Höhe der Klagsforderung zu. Zu korrigieren sei der Zeitpunkt für die Geltendmachung von Verzugszinsen, da diese die Fälligkeit der Forderung voraussetze, diese stünden daher erst ab Klagszustellung zu.

Aufgrund des Antrags des Beklagten und des Nebenintervenienten nach § 508 Abs 1 ZPO ließ das Berufungsgericht die Revision nachträglich zu, da die Zurechnung der Inanspruchnahme persönlichen Vertrauens durch den Erfüllungsgehilfen zum Geschäftsherrn im Rahmen eines konkludent zustande gekommenen Auskunftsvertrags eine wesentliche Rechtsfrage darstelle.

Sowohl der Beklagte als auch der Nebenintervenient beantragen in ihren Revisionen, die Urteile der Vorinstanzen dahingehend abzuändern, dass das Klagebegehren zur Gänze abgewiesen wird. Der Nebenintervenient begehrt in eventu die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung.

Der Kläger beantragte die Zurückweisung der Revisionen, in eventu ihnen nicht Folge zu geben.

#### *Rechtliche Beurteilung*

Die Revisionen sind aus Gründen der Rechtssicherheit zulässig, sie sind aber nicht berechtigt.

Die im Wesentlichen ähnliche Argumente enthaltenden Revisionen werden aus Zweckmäßigkeitsgründen gemeinsam behandelt.

Die Revisionswerber machen zunächst geltend, dass der Beklagte als Erfüllungsgehilfe der A.-Invest AG tätig

geworden sei. Gegenüber dem Kläger sei jedoch der Nebenintervenient als Erfüllungsgehilfe des Beklagten aufgetreten. Das Vorliegen der besonderen Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des Gehilfen könne daher nur zu einer Haftung des Nebenintervenienten und nicht eines anderen Erfüllungsgehilfen, dem dieser Gehilfe zuzurechnen sei, führen.

1. Voranzustellen ist, dass die Auffassung der Vorinstanzen, wonach im vorliegenden Fall das WAG idF BGBl 753/1996 anzuwenden ist, nicht zu beanstanden ist. Die hier zu beurteilenden Beratungstätigkeiten und Wertpapierkäufe wurden durchwegs vor Inkrafttreten des WAG 2007 am 01.11.2007 vorgenommen.

2.1. Die in § 12 bis 18 WAG 1996 normierten Wohlverhaltensregeln sind auf alle Personen anwendbar, die Dienstleistungen iS des § 11 Abs 1 Z 1 bis 3 WAG 1996 gewerblich erbringen. Davon sind auch solche Unternehmen erfasst, die an sich keiner Konzessions- oder Aufsichtspflicht unterliegen. Aus der Sicht des Anlegers kann es keinen Unterschied machen, ob ein Kreditinstitut, eine Wertpapierfirma oder ein gewerblicher Vermögensberater oder ein sonstiger Vertriebspartner eine Veranlagung vermittelt, weil in allen Fällen ein vergleichbarer Informations- und Beratungsbedarf besteht (6 Ob 221/10h mwN).

2.2. Der Anlageberater ist zur Aufklärung seiner Kunden über die Risikoträchtigkeit der in Aussicht genommenen Anlage verpflichtet. Welche Verhaltenspflichten ihn dabei im Einzelnen treffen, kann zwar nur aufgrund der konkreten Umstände beurteilt werden, doch treffen ihn jedenfalls dem Anlageinteressenten gegenüber Schutz- und Sorgfaltspflichten. Stellt er etwa ein typisches Risikogeschäft als sichere Anlageform hin und veranlasst er dadurch den Anleger zur Zeichnung einer solchen Beteiligung, dann haftet er für die fehlerhafte Beratung selbst dann, wenn auch er von der Seriosität des Anlagegeschäfts überzeugt sein sollte, weil er ein solches Geschäft nicht ohne weiteres als sichere Anlageform anpreisen darf (RIS-Justiz RS0108074 [T1]). Diese Verpflichtungen treffen auch den Anlagevermittler (vgl RIS-Justiz RS0108073).

3.1. Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen haftet gemäß § 1313a ABGB für das Verhalten von Personen, derer es sich bei der Erbringung der Wertpapierdienstleistungen bediente. Ein in dieser Weise tätig werdender Anlageberater ist grundsätzlich als Erfüllungsgehilfe seinem Geschäftsherrn zuzurechnen (RIS-Justiz RS0123219).

3.2. Nach stRsp kann es zu einer eigenen Haftung des Erfüllungsgehilfen kommen, wenn sein Verhalten keinem Geschäftsherrn zugerechnet werden kann, wenn er ein ausgeprägtes eigenwirtschaftliches Interesse am Zustandekommen des Vertrags hatte oder wenn er bei den Vertragsverhandlungen im besonderen Maße persönliches Vertrauen in Anspruch nahm (7 Ob 178/11v; 1 Ob 182/97i mwN; RIS-Justiz RS0019726; vgl auch *Dullinger*, Zur Eigenhaftung von Gehilfen für fehlerhafte Beratung, in FS Reischauer [2010] 101 ff).

3.3. Eine weitere Ausnahme von der abschließenden Regelung des § 1313a ABGB wird auch dann angenommen, wenn der Anlageinteressent klar macht, er wolle – bezogen auf eine bestimmte Anlageentscheidung – die einschlägigen Kenntnisse und Verbindungen des Vermittlers in Anspruch nehmen, und soweit dieser die Tätigkeit auch entfaltet hat. Ein Anlageberater oder -vermittler haftet nämlich für die Verletzung ihn treffender Auskunftspflichten, wenn vom schlüssigen Zustandekommen eines Auskunftsvertrags iS des § 1300 ABGB ausgegangen werden kann. Regelmäßig wird der stillschweigende Abschluss eines Auskunftsvertrags angenommen, wenn die Umstände des Falls bei Bedachtnahme auf die Verkehrsauffassung und die Bedürfnisse des

Rechtsverkehrs den Schluss rechtfertigen, dass beide Teile die Auskunft zum Gegenstand vertraglicher Rechte und Pflichten machen, etwa wenn klar zu erkennen ist, dass der Auskunftswerber eine Vermögensdisposition treffen und der Berater durch die Auskunft das Zustandekommen des geplanten Geschäfts fördern will (7 Ob 178/11v; 2 Ob 66/11m; 9 Ob 5/10s [= JBl 2011, 443 (*Dullinger*). Red]; 6 Ob 81/01g; 7 Ob 306/99x; RIS-Justiz RS0014562). An dieser Ansicht hat der OGH trotz der in der Literatur geäußerten Kritik (vgl etwa *Dullinger* in FS Reischauer 110 ff; *Schobel*, Auskunftshaftung, Vertragsfiktionen und Eigenhaftung des Gehilfen, ÖBA 2001, 752 ff) auch in der jüngeren Rsp festgehalten (7 Ob 178/11v; eine Haftung im Ergebnis aus anderen Gründen verneinend 6 Ob 210/15y).

3.4. Die Prüfung, zwischen welchen Parteien dieser Auskunftsvertrag zustandegekommen ist, folgt dabei allgemeinen Grundsätzen. Ob eine Person im eigenen oder im fremden Namen handelt, ist danach zu beurteilen, wie der Vertragspartner – von seinem Erkenntnishorizont aus gesehen – das Auftreten des Handelnden verstehen musste (RIS-Justiz RS0019516).

3.5. Zu Recht sind die Vorinstanzen davon ausgegangen, dass im vorliegenden Fall für die Investitionsentscheidung des Klägers die vorangehende Beratung durch den Nebenintervenienten essentiell war. Die Annahme des schlüssigen Zustandekommens eines Auskunftsvertrags ist daher nicht zu beanstanden. Dabei hat der Nebenintervenient aber auch offen gelegt, als Mitarbeiter des Beklagten tätig zu werden; nicht festgestellt werden konnte dagegen, dass er auf eine Verbindung zum A.-Invest AG hinwies. Der Kläger konnte daher im konkreten Fall davon ausgehen, dass Vertragspartner aus dem Auskunftsvertrag der Beklagte, nicht der Nebenintervenient selbst ist. Da der Beklagte mit dem Tätigwerden des Nebenintervenienten in seinem Namen einverstanden war, muss er sich dessen Verhalten auch zurechnen lassen. Die Beurteilung, wer Vertragspartner des Auskunftsvertrags wird, folgt dabei objektiven Kriterien, wenn auch unter Berücksichtigung des Empfängerhorizonts. Daher ist es entgegen den Ausführungen in den Revisionen nicht der Willkür des Vertragspartners überlassen, wen von mehreren Erfüllungsgehilfen in einer Vertriebskette der Vertragspartner in Anspruch nehmen kann.

Zu Recht sind die Vorinstanzen davon ausgegangen, dass zwischen dem Kläger und dem Beklagten ein schlüssiger Auskunftsvertrag zustandegekommen ist. Damit wäre aber der Beklagte zu richtiger und vollständiger Information über alle Umstände verpflichtet gewesen, die für den Entschluss des Anlegers von besonderer Bedeutung sind (RIS-Justiz RS0108073). Diese Verpflichtung wurde verletzt, da der Nebenintervenient (als Erfüllungsgehilfe des Beklagten) dem Kläger erklärte, dass das eingesetzte Kapital garantiert und die Veranlagung sicher wie ein Sparbuch sei. Tatsächlich handelte es sich um Wertpapiere der Risikoklasse 3. Grundsätzlich hat der Kläger daher aufgrund des schlüssigen Auskunftsvertrags Anspruch auf Ersatz des Schadens, der ihm aus der fehlerhaften Beratung entstanden ist. Auf die vom Berufungsgericht relevierte Frage, inwieweit sich eine Haftung des Beklagten aus dem persönlichen Naheverhältnis zwischen dem Kläger und dem Nebenintervenienten ableiten lässt, muss daher nicht eingegangen werden.

4. Der Beklagte macht in der Revision neuerlich geltend, dass die Ansprüche des Klägers verjährt seien. Es fehlten datumsmäßige Feststellungen dazu, wann im Oktober 2008 der Kläger von den Kursverlusten erfahren habe. Hinsichtlich der Ursache der Kursverluste hätte ihn eine Erkundigungsobliegenheit getroffen.

Dem kann nicht gefolgt werden. Die dreijährige Verjährungsfrist des § 1489 Abs 1 ABGB beginnt mit dem

Zeitpunkt zu laufen, in dem dem Geschädigten sowohl der Schaden und die Person des Schädigers als auch die Schadensursache bekannt geworden ist (RIS-Justiz RS0034951; RS0034374). Kenntnis vom Schaden bedeutet das Wissen um die maßgeblichen Umstände, also das Bewusstsein eines erlittenen – rechtlich objektiv relevanten – Nachteils und zwar in dem Sinn, dass der Geschädigte über Kenntnis all jener Sachumstände verfügt, die für die erfolgversprechende Durchsetzung seines Anspruchs nötig ist (*P. Bydlinski*, Beginn und Lauf der Verjährung nach fehlerhafter Anlageberatung, in FS Reischauer [2010] 77 [83]). Eine bestimmte Kursentwicklung kann ein Indikator für die Risikoträchtigkeit einer bestimmten Anlageform sein (6 Ob 103/08b). Dabei kann nach der Judikatur der Versuch von Anlageberatern, nach Kursverlusten nervös gewordene Anleger zu beschwichtigen, in zweifacher Hinsicht Bedeutung zukommen. Sie können die Erkennbarkeit des Schadenseintritts und damit den Beginn der Verjährungsfrist hinausschieben oder dazu führen, dass dem Verjährungseinwand des Schädigers die Replik der Arglist entgegengehalten werden kann (3 Ob 205/13p mwN). Im konkreten Fall stellte das Erstgericht fest, dass der Kläger im Oktober 2008 den Kursverfall bemerkte. Disloziert in der Beweiswürdigung verwies es darauf, dass dies Ende Oktober 2008 war, weshalb eine Verjährung im Hinblick auf die Klageeinbringung am 19.10.2011 nicht eingetreten ist. Unabhängig davon hat das Erstgericht auch ausdrücklich festgestellt, dass der Nebenintervenient dem Kläger versicherte, dass zwar ein Verkauf derzeit nicht möglich sei, dass es sich aber nur um eine vorübergehende Schwäche handle und er sich um alles kümmern werde. Ab welchem Zeitpunkt der Kläger auf diese Versicherung nicht mehr vertraute oder dass er dies überhaupt nicht getan hätte, hat der dafür beweispflichtige Beklagte (RIS-Justiz RS0034456) nicht behauptet.

Wenn der Geschädigte die für die erfolgversprechende Anspruchsverfolgung notwendigen Voraussetzungen ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung bringen kann, gilt die Kenntnisnahme schon in dem Zeitpunkt als erlangt, in welchem sie ihm bei angemessener Erkundigung zuteil geworden wäre. Dabei ist auf die Umstände des konkreten Falls abzustellen. Die Erkundigungspflicht des Geschädigten darf nicht überspannt werden (RIS-Justiz RS0034327; 9 Ob 17/07a mwN). Gerade im Hinblick auf die Beschwichtigungsversuche des Nebenintervenienten können Erkundigungspflichten entgegen den Ausführungen in der Revision nicht angenommen werden.

Insgesamt ist daher eine Verjährung von Ansprüchen zu verneinen.

5. Hinsichtlich des Risikozusammenhangs zwischen der Verletzung der Informationspflicht und dem sich für den Kläger verwirklichenden Risiko kann auf die zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts verwiesen werden (§ 510 Abs 3 ZPO). So hat der OGH in der Entscheidung 4 Ob 62/11p in ausführlicher Auseinandersetzung mit der bestehenden Judikatur und Literatur dargelegt, dass bei Verletzung einer Informationspflicht, die dazu führt, dass sich die Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung dieses Risikos im Vermögen des Anlegers bei objektiver Betrachtung nicht bloß unerheblich erhöht, sich der Schutzzweck der verletzten Informationspflicht auch auf diese wahrscheinlicher gewordenen Folgerisiken bezieht. Die (objektive) Risikoerhöhung – anders gewendet: die konkrete Gefährlichkeit der unrichtigen Beratung auch in Bezug auf jenes Risiko, über das bei isolierter Betrachtung nicht aufzuklären war – ist zusammen mit der schuldhaften Beeinträchtigung der Willensfreiheit und der Verursachung des Schadens ein ausreichender Grund für die Bejahung der Haftung. Erweckt ein Berater den unrichtigen Eindruck, eine Anlage sei gleich sicher wie

ein Sparbuch und veranlasste dies zu einer Entscheidung für diese Anlage, begründet das erst das – bei Sparbüchern nicht vorhandene – Risiko eines Schadens durch Kursmanipulationen (vgl auch RIS-Justiz RS0127012).

Zu Recht haben die Vorinstanzen daher auch den Rechtswidrigkeitszusammenhang bejaht.

6. Die Revisionswerber machen weiters geltend, dass den Kläger entgegen der Ansicht der Vorinstanzen ein Mitverschulden treffe. Er habe die Texte ohne sie zu lesen unterschrieben. Er habe bestätigt, dass ein Anlegerprofil erstellt und Risikohinweise ausgefolgt worden seien. Selbst bei Übergabe der Risikohinweise hätte dies nichts geändert, da der Kläger sie ja nicht gelesen hätte. Auf der Rückseite des Kaufvertrags seien die Genussscheinbedingungen abgedruckt gewesen, die vom Kläger nicht beachtet worden seien. Es liege daher ein Mitverschulden von zumindest einem Drittel vor. Der Kläger sei auch nicht als unerfahrener Anleger einzustufen. Im Jahr 2006, beim Kauf der letzten Genussscheine, sei er bereits vier Jahre im Wertpapiergeschäft tätig gewesen und habe den Kursverlauf im Internet verfolgt. Auch habe ihm klar sein müssen, dass eine Veranlagung mit derartiger Rendite nicht so sicher wie ein Sparbuch sein könne. 13 der Genussscheine habe er verkauft; die Entscheidung, die restlichen zu behalten, sei ohne Rücksprache mit dem Nebenintervenienten oder dem Beklagten getroffen worden.

6.1. Das Mitverschulden des Geschädigten an der Herbeiführung seines eigenen Schadens ist des § 1304 ABGB setzt die Sorglosigkeit gegenüber den eigenen Gütern voraus (RIS-Justiz RS0032045). Bei unrichtiger Anlageberatung kann ein Mitverschulden des Kunden in Betracht kommen, das die Schadenersatzpflicht des Anlageberaters mindert, etwa dann, wenn der Kunde selbst auf dem Anlagesektor hervorragende Kenntnisse besitzt und ihm daher die Unrichtigkeit der Anlageberatung hätte auffallen müssen.

6.2. Solche Umstände wurden im vorliegenden Fall aber nicht festgestellt. Dass ein Anleger Wertpapiere, die ihm empfohlen wurden, hält, macht ihn aber noch nicht zu einem erfahrenen Anleger, auch nicht, wenn er die Kurse dieser Papiere verfolgt. Dass der Kläger die Risikohinweise nicht gelesen hätte, kann ihm schon deshalb nicht vorgeworfen werden, weil nicht feststeht, dass er solche erhalten hat. Ebenso wenig ist ihm zur Last zu legen, dass er die auf Beratung des dem Beklagten zurechenbaren Nebenintervenienten gekauften Wertpapiere nicht ohne eine entsprechende Empfehlung oder objektive äußere Umstände, die eine Verkaufsentscheidung nahelegten, weiter gehalten und nicht zusammen mit anderen Genussscheinen verkauft hat.

7. Der Beklagte wendet sich auch gegen die Höhe des Zuspruchs. Es wäre ein Wertungswiderspruch, wenn, wie es der Judikatur des OGH entspreche, den geschädigten Anlegern gegenüber der Emittentin nur der Ersatz der Kosten des Ankaufs der Genussscheine zustünde, gegenüber dem Berater aber ein höherer Ersatzanspruch. Weiters sei zu Unrecht ein Erlös aus einer hypothetischen Veranlagung sämtlicher Genussscheine zugesprochen worden, der Gewinn aus den verkauften Genussscheinen aber nicht in die Berechnung einbezogen worden.

7.1. Allgemein gilt, dass der Geschädigte bei pflichtwidriger Anlageberatung verlangen kann, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn der Anlageberater pflichtgemäß gehandelt hätte. Dabei kann er den Vertrauensschaden verlangen (RIS-Justiz RS0125829). Der Schaden ist durch eine Differenzrechnung zu ermitteln. Es ist dabei der hypothetische Vermögensstand ohne das schädigende Ereignis zu ermitteln und von diesem Betrag der tatsächliche Vermögensstand abzuziehen (7 Ob 77/10i mwN; RIS-Justiz RS0030153 [T1, T11]). Bei der Beurteilung der hypothetischen Entwicklung des Vermögens des Klägers

ist auch zu berücksichtigen, welche hypothetisch andere Veranlagungsform der geschädigte Anleger gewählt hätte.

7.2. Aus der in der Revision zitierten Entscheidung 8 Ob 28/14x ist für den Beklagten nichts zu gewinnen. Die dort zu beurteilenden Ansprüche gegen die Emittentin der Genussscheine wurden nicht auf Schadenersatz, sondern auf eine vertraglich vereinbarte – überhöhte – Rückkaufoption gestützt. Auf die Berechnung des Vertrauensschadens aus fehlerhafter Beratung lassen sich daraus keine Rückschlüsse ziehen.

7.3. Das Berufungsgericht ist entgegen der Annahme der Revision auch von einer Gesamtbetrachtung der Wertpapierkäufe und -verkäufe des Klägers ausgegangen. Die Vorinstanzen gingen davon aus, was in den Revisionen nicht bestritten wird, dass der Kläger insgesamt € 50.815,61 für die Genussscheine bezahlt hat. Bei einer Alternativveranlagung in einem Sparbuch hätte er – zusätzlich – einen Zinsgewinn von insgesamt € 6.992,18 erhalten. Aus dem gewinnbringenden Verkauf von 13 Genussscheinen sind ihm € 35.744,53 zugeflossen. Die Differenz hat das Berufungsgericht zu Recht als Schaden des Klägers ermittelt und im Umfang des Klagebegehrens zugesprochen.

Den insgesamt nicht berechtigten Revisionen des Beklagten und des Nebenintervenienten war daher nicht Folge zu geben.

\*  
\*

I.

Der Fall der vorliegenden Entscheidung ist schwierig zu erfassen, da ihm ein komplexes Vertriebssystem zugrunde liegt, das noch nach den Vorgaben des WAG 1996 (BGBl 753/1996) konzipiert war. Ausgangspunkt des Strukturvertriebs war die A-Gruppe AG, die Substanzgenussscheine emittierte. Der Vertrieb dieser Genussscheine erfolgte über das Wertpapierdienstleistungsunternehmen A-Invest AG. Mangels Konzession zur Depotführung und daher auch zum Verkauf von Wertpapieren war die A-Invest AG dabei bloß vermittelnd tätig und leitete die eingeholten Kaufaufträge des (späteren) Klägers an ein – in den Feststellungen nicht individualisiertes – Kreditinstitut weiter, das die entsprechenden Orders ausführte. Zur Akquise angehender Anleger sowie zu deren Beratung setzte die A-Invest AG unter anderem den beklagten Makler als Subvermittler ein, der dabei auf Provisionsbasis tätig war. Dieser delegierte die angesprochenen Aufgaben seinerseits an den für ihn (teilweise auf Werkvertragsbasis und teilweise als freier Dienstnehmer) tätigen Nebenintervenienten, der dem Kläger – als letztes Glied der Vertriebskette – die falsche Auskunft erteilte, dass die A-Genussscheine so sicher wie ein Sparbuch seien. Als der Kläger durch die Veranlagung hohe Verluste erlitt, forderte er vom Makler Schadenersatz, weil er bei ordnungsgemäßer Aufklärung keine Genussscheine der A-Gruppe erworben hätte.

Neben einer Reihe sonstiger haftungsrechtlicher Probleme (vgl die Punkte 4. bis 7.3.), auf die im Rahmen dieser Anmerkung nicht näher eingegangen wird, bereitet bei diesem Ersatzanspruch insbesondere die Frage Schwierigkeiten, ob dieser auf eine hinreichende Haftungsgrundlage gestützt werden kann. Dabei ist einerseits zu beachten, dass es um eine Haftung für fremdes Verschulden geht. Die Ersatzpflicht des Maklers ist nur dann zu bejahen, wenn ihm der Beratungsfehler des Nebenintervenienten derart zuzurechnen ist, dass er dafür im Verhältnis zum Kläger wie für eigenes Fehlverhalten einzustehen hat. Andererseits erlitt der Kläger durch die fehlerhafte Beratung einen bloßen Vermögensschaden. Deshalb stellt sich das Problem, ob der Makler gegenüber

dem Kläger Informations- und Beratungspflichten zu erfüllen hatte, deren Verletzung eine Haftung für reine Vermögensschäden begründet?

II.

Auf der Suche nach einer tauglichen Haftungsgrundlage geht der 10. Senat zunächst der Frage nach, ob zwischen dem Makler und dem Kläger eine vorvertragliche Sonderbeziehung zustande kam. Hintergrund dieser Frage ist, dass man dem Makler den Beratungsfehler des Nebenintervenienten auf Grundlage einer solchen Sonderbeziehung problemlos analog § 1313a ABGB zurechnen könnte (vgl statt aller *Karner* in KBB, ABGB<sup>4</sup> [2014] § 1313a Rz 2; *Schacherreiter* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1,04</sup> [2016] § 1313a Rz 10). Zudem würde der Schutzbereich der daraus resultierenden vorvertraglichen Aufklärungspflichten unstreitig reine Vermögensinteressen erfassen (*Reischauer* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> [2000] Vor §§ 918-933 Rz 14 mwN).

Probleme bereitet bei diesem Haftungsansatz jedoch der Umstand, dass der Makler augenscheinlich nicht selbst Partei des (Haupt-)Geschäfts über die Substanzgenussscheine werden wollte. Deshalb kann zwischen dem Makler und dem Kläger allenfalls dann eine vorvertragliche Sonderbeziehung bejaht werden, wenn eine jener Situationen vorliegt, in denen der OGH – in Übernahme von Rsp des BGH – im Verhältnis zwischen einem Vertragsgehilfen und dem (angehenden) Vertragspartner seines Geschäftsherrn (dem Dritten) ein vorvertragliches Schuldverhältnis annimmt. Eine solche Sonderbeziehung soll dann entstehen, wenn der Vertragsgehilfe bei den Vertragsverhandlungen in besonderem Maß persönliches Vertrauen in Anspruch nimmt, wenn er ein ausgeprägtes eigenes wirtschaftliches Interesse am Zustandekommen des Vertrags hat oder wenn sein Verhalten keinem Geschäftsherrn zugerechnet werden kann (vgl dazu nur Punkt 3.2. der Entscheidung, wo der 10. Senat allerdings – wenig glücklich – von „einer eigenen Haftung des Erfüllungsgehilfen“ spricht).

Zu diesen drei Alternativen ist kritisch anzumerken, dass im österreichischen Zivilrecht wohl nur für die dritte eine gesetzliche Grundlage besteht, nämlich § 1019 ABGB. Die anderen beiden Haftungsansätze hat der OGH mE zu Unrecht aus Deutschland übernommen (vgl dazu *Kepplinger*, Zur Eigenhaftung von Vertragsgehilfen für fehlerhafte Beratung [2016] 143–173). Näher braucht auf die Bedenken gegen die Rezeption der – in Deutschland zunächst praeter legem entwickelten und im Rahmen der Schuldrechtsreform zum Teil in § 311 Abs 3 BGB kodifizierten – Haftungsansätze an dieser Stelle jedoch nicht eingegangen zu werden, weil der 10. Senat die Ersatzpflicht des Maklers ohnehin auf keinen dieser drei Ansätze stützt. Dies ist gemessen an der bisherigen Rsp des OGH konsequent, da das Höchstgericht das Provisionsinteresse eines Vertragsgehilfen im Innenverhältnis grundsätzlich (anders jedoch OGH 1 Ob 688/83 = JBl 1986, 49) nicht genügen lässt, um im Verhältnis zum Dritten eine vorvertragliche Sonderbeziehung anzunehmen (vgl nur OGH 5 Ob 506/96 = JBl 1997, 37; 5 Ob 159/07d = JBl 2008, 249 [*Rummel*]; 8 Ob 66/12g = JBl 2013, 727). Dafür, dass im Verhältnis zwischen dem beklagten Makler und dem Kläger eine besondere Vertrauensbeziehung bestanden hätte, findet man im Sachverhalt keine Hinweise.

III.

Obwohl der 10. Senat im Verhältnis zwischen dem beklagten Makler und dem Kläger keine vorvertragliche Sonderbeziehung annimmt, bejaht das Höchstgericht zwischen den angesprochenen Personen in weiterer Folge jedoch ein Vertragsverhältnis, und zwar einen „schlüssig

zustande gekommenen Auskunftsvertrag iS des § 1300 ABGB“ (siehe dazu sowie zum Folgenden die Punkte 3.3. bis 3.5.). Ein solcher Vertrag sei deshalb anzunehmen, weil der Kläger eine Vermögensdisposition treffen und der Nebenintervenient durch seine Beratungstätigkeit das Zustandekommen des ins Auge gefassten Geschäfts über die Genusscheine fördern wollte. Da der Nebenintervenient im Rahmen seiner Beratungstätigkeit offen gelegt habe, als (freier) Mitarbeiter des Maklers tätig zu sein, sei der Auskunftsvertrag zwischen dem Makler und dem Kläger zustande gekommen. Auf Grundlage dieses Vertrags rechnet der 10. Senat dem Makler die fehlerhafte Beratung des Nebenintervenienten nach § 1313a ABGB zu und bejaht dessen Schadenersatzpflicht für die dadurch verursachten bloßen Vermögensschäden des Klägers.

Vonseiten der Lehre ist wiederholt ausführlich dargelegt worden, dass zwischen einem Anlageberater und dem Anlageinteressenten nicht schon deshalb ein Auskunftsvertrag zustande kommt, weil der Anlageinteressent klar macht, er wolle – bezogen auf eine bestimmte Anlageentscheidung – die Kenntnisse des Vermittlers in Anspruch nehmen und letzterer daraufhin beratend tätig wird (vgl neben den unter Punkt 3.3. zitierten kritischen Stimmen zB auch noch *P. Bydlinski*, Die „Beraterhaftung“ der Banken im österreichischen Recht, in FS Hadding [2004] 759 [768 ff]; *Kletečka*, Anmerkung zu 3 Ob 13/04i, ÖBA 2005, 57 [57 f]; *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht I<sup>2</sup> [2007] Rz 3/10; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> [2007] § 1300 Rz 15; *A. Lamplmayr*, Der arbeitsteilige Vertrieb von Wertpapieren [2015] 35 ff; uva). Es ist zwar prinzipiell denkbar, dass der Auskunftstätigkeit eines Beraters der konkludente Erklärungswert zukommt, mit dem Beratenen in eine Vertragsbeziehung treten zu wollen. Dies setzt jedoch nach § 863 ABGB voraus, dass mit Überlegung aller Umstände kein vernünftiger Grund übrig bleibt, an einem entsprechenden Bindungswillen des Beraters zu zweifeln.

Solche Zweifel bestehen im vorliegenden Fall allemal: Grund für die Beratungstätigkeit des Nebenintervenienten war einerseits die freundschaftliche und familiäre Beziehung zum Kläger und andererseits das Ansinnen des Nebenintervenienten, aufgrund einer erfolgreichen Vermittlungstätigkeit vom Makler die entsprechende Provision zu lukrieren. Anzeichen, wonach der Nebenintervenient im Rahmen der Beratungstätigkeit den Bindungswillen zum Ausdruck gebracht hätte, im Namen des Maklers einen Vertrag abschließen zu wollen, sucht man in den Feststellungen hingegen vergebens. Aus diesem Grund ist es zu bedauern, dass der OGH – trotz Kritik in der Literatur – sehenden Auges an der Begründung der Vorinstanzen festhält und zwischen dem beklagten Makler und dem Kläger das Zustandekommen eines Auskunftsvertrags annimmt, zumal dem Höchstgericht durchaus andere Wege offen gestanden wären, um die Ersatzpflicht des Maklers ohne einer „Vertragsfiktion“ zu bejahen.

#### IV.

Als tauglicher Haftungsansatz kommt zunächst die Lehre vom vertraglichen Drittschutz in Betracht. Auch wenn zur abschließenden Beurteilung dieser Frage vermutlich noch ergänzende Feststellungen zu treffen gewesen wären, ist es zumindest denkbar, dass die Kooperationsvereinbarung zwischen der A-Invest AG und dem beklagten Makler Schutzwirkung zugunsten des Klägers entfaltet, sodass sich die nebenvertraglichen Schutz-, Sorgfalts- und Aufklärungspflichten auf den Kläger erstrecken (vgl dazu unter Ablehnung der These von der Subsidiarität des vertraglichen Drittschutzes *Kepplinger*, Eigenhaftung 98–117). Bejaht man eine solche Dritt-

schutzwirkung, entsteht zwischen dem Makler und dem Kläger eine Sonderbeziehung. Auf Basis dieser Sonderbeziehung kann man dem Makler den Beratungsfehler des Nebenintervenienten nach § 1313a ABGB zurechnen (vgl *Reischauer* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1295 Rz 30a). Fraglich ist jedoch, ob man die Verletzung der angesprochenen Pflichten auch als Haftungsgrundlage für den Ersatz reiner Vermögensschäden ins Treffen führen kann? Die Antwort hängt davon ab, welche Auffassung man im Allgemeinen zur Ersatzfähigkeit bloßer Vermögensschäden beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter vertritt (vgl zum Meinungsstand zB *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II<sup>2</sup> [1984] 87 f; *Schmaranzer*, Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter [2006] 115 f; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,02</sup> [2016] § 1295 Rz 61). ME ist der Auffassung von *Reischauer* (in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1295 Rz 33) und *Welser* (Die vorvertraglichen Pflichten in der Rechtsprechung des OGH, in FS K. Wagner [1987] 374 [378 ff]) beizupflichten, wonach der vertragliche Drittschutz grundsätzlich auch reine Vermögensinteressen des Dritten umfasst (*Kepplinger*, Eigenhaftung 108 ff).

#### VI.

Unabhängig vom Rechtsinstitut „Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter“ kommt auch § 1300 S 1 ABGB als Grundlage für die Haftung des Maklers in Betracht. Da der 10. Senat unter Punkt 3.3. von einem „Auskunftsvertrag iS des § 1300 ABGB“ spricht, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die neuere Rsp die Anwendbarkeit dieser Bestimmung nicht mehr auf Konstellationen beschränkt, in denen der nachteilige Rat (bzw die diesem gleichzuhaltende falsche Auskunft) im Rahmen eines (vor-)vertraglichen Verpflichtungsverhältnisses erteilt wird (unter expliziter Ablehnung der älteren Auffassung zB OGH 9 Ob 49/09k = JBl 2011, 443 [zustimmend *Dullinger*]; 4 Ob 137/10s = EvBl 2011/11; 4 Ob 249/14t = ÖBA 2015/2143, 665 [*Apathy*]). Vielmehr wird die Bestimmung heute dahingehend ausgelegt, dass nicht nur vorsätzliche Beratungsfehler ein schadenersatzrechtliches Verhaltensunrecht darstellen, wenn der Ratgeber bei der Beratungstätigkeit als einschlägiger Sachverständiger auftritt und den Rat bzw die Auskunft nicht aus bloßer Gefälligkeit erteilt, sondern dabei in Erwartung eines wirtschaftlichen Vorteils (einer „Belohnung“) tätig wird (grundlegend zu dieser Auffassung *Reischauer*, Die Haftung für Rat, Auskunft und Vertretung durch Handels- und Arbeiterkammern, ZAS 1988, 76 [78 f]; *derselbe* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1300 Rz 5, 7; *Cl. Völkl*, § 1300 S 1 ABGB als Grundlage einer allgemeinen zivilrechtlichen Informationshaftung, ÖJZ 2006, 97 [101 ff]). Dogmatisch ist diese Haftpflicht in der Grauzone zwischen Vertrags- und Deliktsrecht anzusiedeln, wobei bloße Vermögensschäden des falsch Beratenen unstreitig zu ersetzen sind (*Karner*, Haftung für Rat und Auskunft zwischen Vertrag und Delikt, in FS *Koziol* [2010] 695 [696 f]; *W. Völkl/Cl. Völkl*, Beraterhaftung<sup>2</sup> [2014] Rz 3/53).

Im Fall der vorliegenden Entscheidung trat der Nebenintervenient bei der Beratung des Klägers als einschlägiger Sachverständiger auf und riet dem Kläger den Erwerb der (vermeintlich sicheren) A-Genusscheine nicht aus bloßer Gefälligkeit an, sondern (zumindest auch) deshalb, um im Innenverhältnis vom Makler die in Aussicht gestellte Provision zu lukrieren (siehe dazu auch noch unten VII.). Damit ist der Anwendungsbereich von § 1300 S 1 ABGB eröffnet, wobei inhaltlich zwischen der Eigenverantwortung des Nebenintervenienten gegenüber dem Kläger und einer etwaigen Ersatzpflicht des Maklers nach dieser Bestimmung zu unterscheiden ist. Auch wenn im gegenständlichen Verfahren „nur“ der Makler beklagt

war, wird im Folgenden auch auf die Eigenverantwortung des Nebenintervenienten eingegangen, weil dieser Ersatzanspruch für das Verständnis der Gesamtproblematik essenziell ist.

## VII.

Die Eigenverantwortung des Nebenintervenienten gegenüber dem Kläger nach § 1300 S 1 ABGB bereitet vor allem deshalb Probleme, weil der Nebenintervenient im Rahmen der Beratungstätigkeit gegenüber dem Kläger offenlegte, insofern als Mitarbeiter des Maklers tätig zu sein (siehe dazu Punkt 3.5.). Dieser Umstand steht jedoch einer Eigenhaftung des Nebenintervenienten nicht generell entgegen. Vielmehr ist die Eigenverantwortung des Nebenintervenienten trotz erfolgter Offenlegung zu bejahen, wenn die beiden zentralen Tatbestandselemente von § 1300 S 1 ABGB im Informationsverhältnis zwischen dem Nebenintervenienten und dem Kläger erfüllt sind (vgl. *Reischauer* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1300 Rz 15; *Dullinger*, Zur Eigenverantwortung von Gehilfen für fehlerhafte Beratung am Beispiel des Vertriebs von Finanzprodukten, in FS Reischauer [2010] 101 [112 f]; *Kepplinger*, Eigenhaftung 189–208; möglicherweise aa *W. Völkl/Cl. Völkl*, Beraterhaftung<sup>2</sup> Rz 3/27, die in diesem Zusammenhang darauf abstellen, „ob die Erklärung im Namen des Belohnungsempfängers abgegeben wird“).

Was die Frage angeht, ob das Tatbestandselement der Rat- bzw. Auskunftserteilung „gegen Belohnung“ erfüllt ist, ist zu beachten, dass der Nebenintervenient nach den Feststellungen gegenüber dem Kläger zwar als Angestellter des beklagten Maklers auftrat, in Wahrheit jedoch für diesen teilweise auf Werkvertragsbasis und teilweise als freier Dienstnehmer tätig war und von diesem auf Provisionsbasis entlohnt wurde. Wäre der Nebenintervenient nämlich – in Übereinstimmung mit seinem Auftreten nach außen hin – als Angestellter des Maklers tätig gewesen und hätte er von diesem ein zeit- bzw. aufwandabhängiges Entgelt erhalten („Zeitlohn“), wäre jedenfalls er persönlich keiner Haftung nach § 1300 S 1 ABGB ausgesetzt. Eine entsprechende Eigenhaftung des Nebenintervenienten würde hier schon daran scheitern, dass dieser nur gegenüber dem beklagten Makler, nicht aber im Verhältnis zum Kläger eigene wirtschaftliche Interessen verfolgt hätte (*Kepplinger*, Eigenhaftung 192 f). Da der Nebenintervenient jedoch selbständig tätig war und vom Makler erfolgsabhängig entlohnt wurde, entstand sein Entgeltanspruch gegenüber dem Makler nur deshalb, weil sich der Kläger infolge der Beratung für den Erwerb der A-Genussscheine entschied. Damit verfolgte der Nebenintervenient bei der Beratung des Klägers im Verhältnis zum Kläger eigene wirtschaftliche Interessen. Das Tatbestandselement der Rat- bzw. Auskunftserteilung „gegen Belohnung“ ist im Verhältnis zwischen dem Nebenintervenienten und dem Kläger erfüllt (vgl. nur *Reischauer* und *Dullinger* jeweils aaO; *Kepplinger*, Eigenhaftung 193, 206 ff; aa *Rüffler*, Organaußenhaftung für Anlegerschäden, JBl 2011, 69 [83 f]).

Was das zweite zentrale Tatbestandselement von § 1300 S 1 ABGB – der Raterteilung durch einen Sachverständigen – betrifft, ist nach den Feststellungen davon auszugehen, dass der Nebenintervenient bei der Beratung des Klägers als berufsmäßiger Wertpapiervermittler und damit als einschlägiger Sachverständiger auftrat. Da er dabei offen legte, als Mitarbeiter des Maklers tätig zu sein, stellt sich jedoch die Frage, ob der Nebenintervenient für sich persönlich eine entsprechende Vertrauensposition in Anspruch nahm oder ob der Kläger sein Vertrauen auf ordnungsgemäße Beratung über die A-Genussscheine primär der Organisation des Maklers entgegenbrachte (*Kepplinger*, Eigenhaftung 199 ff). Da zwischen dem Nebenintervenienten und dem Kläger eine freundschaftli-

che und familiäre Beziehung bestand, ist wohl von ersterem auszugehen. Zudem erwähnte der Nebenintervenient laut festgestelltem Sachverhalt schon im Zuge des ersten Beratungsgesprächs 2003, dass er das „Büro“ des beklagten Maklers nach dessen Pensionierung übernehmen werde. Auch dieser Aspekt spricht stark dafür, dass aus Sicht des Klägers das dem Nebenintervenienten persönlich entgegengebrachte Vertrauen im Vordergrund stand.

Damit ist festzuhalten, dass der Nebenintervenient bei der Beratung des Klägers über die Substanzgenussscheine der A-Gruppe in Erwartung einer eigenen „Belohnung“ handelte und gegenüber dem Kläger als einschlägiger Fachmann auftrat, wobei er vom Kläger selbst als „Vertrauensträger“ wahrgenommen wurde. Wäre er vom Kläger persönlich auf Ersatz der erlittenen Vermögens-einbußen in Anspruch genommen worden, wäre diesem Anspruch auf Grundlage von § 1300 S 1 ABGB stattzugeben gewesen (mittlerweile ist diese Forderung freilich verjährt; s dazu Punkt 4.). Im gegenständlichen Verfahren nahm der Kläger jedoch allein den Makler auf Schadenersatz in Anspruch. Ausgehend von den bisherigen Ausführungen zu § 1300 S 1 ABGB gilt es daher nun die Frage zu erörtern, ob auch der beklagte Makler im Verhältnis zum Kläger für die fehlerhafte Beratung des Nebenintervenienten nach § 1300 S 1 ABGB verantwortlich ist?

## VIII.

Dass der Makler gegenüber dem Kläger nach § 1300 S 1 ABGB ersatzpflichtig werden könnte, mutet auf den ersten Blick seltsam an. Schließlich war der Makler im gegenständlichen Fall nicht als Berater tätig. Es ist jedoch denkbar, dass ihm die fehlerhafte Beratung des Nebenintervenienten derart zuzurechnen ist, dass er dafür gegenüber dem Kläger wie für eigenes Fehlverhalten einzustehen hat. Unter dieser Prämisse ist die Beratungstätigkeit des Nebenintervenienten (hinsichtlich des geltend gemachten Ersatzanspruchs) so zu bewerten, als ob der Makler selbst beratend tätig geworden wäre. Wäre der Makler gegenüber dem Kläger selbst als Anlageberater aufgetreten, hätte er die für eine Haftung nach § 1300 S 1 ABGB erforderliche Vertrauensposition unzweifelhaft für sich selbst in Anspruch genommen. Zudem hätte der Makler bei der Beratung des Klägers in Erwartung einer „Belohnung“ gehandelt, nämlich in Erwartung einer Provision vonseiten der A-Invest AG. Damit wären die Voraussetzungen einer Haftung nach § 1300 S 1 ABGB erfüllt und der Makler müsste dem Kläger auf Grundlage dieser Bestimmung den Vermögensnachteil ersetzen, den dieser durch die falsche Auskunft über die Risikoträchtigkeit der A-Genussscheine erlitt.

Fraglich ist allerdings, ob es eine gesetzliche Bestimmung gibt, auf deren Grundlage dem Makler die fehlerhafte Beratung des Nebenintervenienten zuzurechnen ist. Dass eine entsprechende Zurechnung nach § 1313a ABGB zu bejahen ist, wenn man davon ausgeht, dass die Kooperationsvereinbarung zwischen der A-Invest AG und dem Makler Schutzwirkung zugunsten des Klägers entfaltet, wurde bereits erwähnt (siehe oben IV.). Misst man dieser Vereinbarung keine Drittschutzwirkung zu, besteht zwischen dem Makler und dem Kläger hingegen keine – für die Anwendung von § 1313a ABGB erforderliche – Sonderbeziehung, sodass die Zurechnungsfrage auf den ersten Blick nach § 1315 ABGB zu beurteilen und damit zu verneinen ist. Schließlich ist der Nebenintervenient weder gefährlich noch habituell untüchtig.

Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass im österreichischen Privatrecht lange Zeit eine gesetzliche Zurechnungsregel normiert war, die im vorliegenden Fall unmittelbar einschlägig gewesen wäre: Nach § 2 Abs 2 HVG 1921 (idF BGBl 348/1921) hafteten Handelsvertreter – nicht nur im Innenverhältnis, sondern auch gegen-

über Dritten (OGH 1 Ob 35/67 = EvBl 1967/438; *Jabor-negg*, Handelsvertreter und Maklerrecht [1987] 88 f mwN) – für das Verschulden ihrer Hilfspersonen, deren sie sich bei der Ausübung ihrer Tätigkeit bedienten. § 29 HVG 1921 erweiterte den Geltungsbereich dieser Bestimmung auf „andere Geschäftsvermittler“ (vgl dazu auch *Reischauer* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> [2004] § 1313a Rz 19). Dass die § 2 Abs 2, § 29 HVG 1921 nicht ins HVertrG 1993 (BGBl 88/1993) übernommen wurden, wird in den Materialien (ErlRV 578 BlgNR XVIII. GP 11) folgendermaßen erklärt: „Durch die Entwicklung der Rechtsfigur des vorvertraglichen Schuldverhältnisses und die Anwendung des § 1313a ABGB in diesem Bereich durch Lehre und Rechtsprechung erübrigt sich eine eigene Haftungsbestimmung.“

Gerade der vorliegende Fall verdeutlicht, dass die § 2 Abs 2, § 29 HVG 1921 trotz Anerkennung der Rechtsfigur der *cic* in Judikatur und Lehre keineswegs nutzlos waren. Da Handelsvertreter und sonstige Geschäftsvermittler (wie Makler) nur vermittelnd (bzw bei Einräumung entsprechender Vollmacht als Stellvertreter) handeln, werden sie nicht selbst Partei des Hauptgeschäfts. Folglich kommt zwischen ihnen und dem (angehenden) Geschäftspartner ihres Auftraggebers (dem Dritten) grundsätzlich keine vorvertragliche Sonderbeziehung zustande (siehe oben II.). Daher vermag die Rechtsfigur der *cic* nur die Schadenersatzpflicht des Geschäftsherrn für ein Verschulden seiner Vertragsgehilfen (sowie für deren Hilfspersonen, „Gehilfenkette“) analog § 1313a ABGB zu erklären. Dass Handelsvertreter und sonstige Geschäftsvermittler gegenüber dem Dritten für ein Fehlverhalten ihrer (Sub-)Gehilfen einzustehen haben, kann aus der vorvertraglichen Sonderbeziehung zwischen den (präsumtiven) Parteien des Hauptgeschäfts hingegen nicht abgeleitet werden.

Damit wird klar, dass sich der Gesetzgeber unter falschen Prämissen dazu entschloss, § 2 Abs 2, § 29 HVG 1921 nicht ins HVertrG 1993 aufzunehmen. Inhaltlich wurde mit dieser Streichung jedoch keine Änderung angestrebt. Deshalb wird man weiterhin davon ausgehen müssen, dass Handelsvertreter und sonstige Geschäftsvermittler für ein Verhaltensunrecht ihrer (Sub-)Vermittler wie für eigenes Fehlverhalten einzustehen haben, wenn sie vom Dritten auf Schadenersatz geklagt werden. Dogmatisch kann dieses Redaktionsversehen dadurch bereinigt werden, dass man sich (jedenfalls in diesem Zusammenhang) der Auffassung von *Reischauer* anschließt, der die Haftung für fremdes Verhalten nach § 1313a ABGB nicht davon abhängig macht, ob zwischen dem Geschädigten und dem Anspruchsgegner eine (vor-)vertragliche Sonderbeziehung besteht (vgl dazu sowie zum Folgenden *Reischauer*, Der Entlastungsbeweis des Schuldners [§ 1298] [1975] 175 f; *derselbe*, Zur Ratio der Erfüllungsgehilfenhaftung, VR 1990, 46 [48 ff]; *derselbe* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1313a Rz 1 f). *Reischauer* stellt bei der Anwendbarkeit von § 1313a ABGB in erster Linie auf die Ratio der Bestimmung ab und betont, dass diese Norm immer dann zum Tragen komme, wenn eine Person ihre wirtschaftlichen Interessen mittels des eingesetzten Gehilfen gerade gegenüber dem (späteren) Geschädigten verfolgt. Wegen der Interessenverfolgung werde die Tätigkeit des Gehilfen in den Risikobereich des Geschäftsherrn einbezogen.

Folgt man dieser Ansicht, kann die Ersatzpflicht des Maklers für den Beratungsfehler des Nebenintervenienten bejaht werden. Der Makler setzte den Nebenintervenienten deshalb zum Gehilfen ein, um seinen geschäftlichen Aktionsradius zu erweitern und verfolgte mittels des eingesetzten Gehilfen gegenüber dem Kläger eigene wirtschaftliche Interessen. Schließlich war der Makler am Vermittlungserfolg des Nebenintervenienten beteiligt

und erhielt für jeden – durch den Nebenintervenienten vermittelten – Verkauf eines A-Genussscheins von der A-Invest AG eine sog „Superprovision“ (vgl zu diesem Begriff zB *v. Hoyningen-Huene* in MünchKomm HGB I<sup>4</sup> [2016] § 87 Rz 14a; *Semler* in Martinek/Semler/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts<sup>4</sup> [2016] § 22 Rz 63; *Nocker*, HVertrG<sup>2</sup> [2015] § 24 Rz 58, 60). Vor diesem Hintergrund ist dem beklagten Makler die fehlerhafte Beratung des Nebenintervenienten in sinngemäßer Anwendung von § 1313a ABGB als eigenes Verhaltensunrecht zuzurechnen. Er hat dafür gegenüber dem Kläger nach § 1300 S 1 ABGB einzustehen und haftet für den verursachten Vermögensschaden. Der Fiktion eines „Auskunftsvertrags iS des § 1300 ABGB“ bedarf es zur Begründung dieser Ersatzpflicht nicht.

RAA Dr. Jakob Kepplinger

*Einmaligkeitswirkung eines negativen Versäumungsurteils (Rechtssprechungsänderung)*

**§§ 396, 411, 442 ZPO:**

**Auch einem negativen Versäumungsurteil kommt Einmaligkeitswirkung zu (Ablehnung von OGH 3 Ob 219/11v = JBl 2012, 464). § 411 ZPO unterscheidet nicht zwischen einzelnen Urteilsarten, sodass allen Urteilen Rechtskraftwirkung und damit Einmaligkeitswirkung zukommt.**

OGH 26.09.2016, 4 Ob 185/16h  
(LG Feldkirch 04.07.2016, 1 R 177/16m; BG Dornbirn 18.05.2016, 3 C 413/16p)

Mit der am 25.06.2015 beim BG Leibnitz eingebrachten und mit Beschluss vom 23.10.2015 an das BG Dornbirn überwiesenen Mahnklage begehrte der Kläger, den Beklagten zur Zahlung von € 6.561,85 als „Werklohn/Honorar“ gemäß einer Rechnung vom 14.11.2014 zu verpflichten. Der Beklagte erhob dagegen Einspruch, in dem er einen offenen Werklohnanspruch bestritt und dazu inhaltlich ausführte. In seinem vorbereitenden Schriftsatz führte der Kläger aus, dass es sich um den restlichen Werklohn für Zimmermeisterarbeiten eines bestimmten Bauprojekts handelt. Dem hielt der Beklagte in seinem vorbereitenden Schriftsatz wiederum ein umfassendes Vorbringen entgegen. Zur vorbereitenden Tagsatzung am 30.11.2015 erschien für den Kläger niemand, weshalb das BG Dornbirn auf Antrag des Beklagten die Klage mit Versäumungsurteil abwies. Die Berufung des Klägers blieb ohne Erfolg, sodass das Versäumungsurteil vom 30.11.2015 in Rechtskraft erwuchs.

Am 19.04.2016 brachte der Kläger beim Erstgericht eine weitere (inhaltlich idente) Mahnklage ein, in der er abermals beantragte, den Beklagten zur Bezahlung des „Werklohns/Honorars“ gemäß Rechnung vom 14.11.2014 von € 6.561,85 zu verpflichten. In seinem dagegen erhobenen Einspruch beantragte der Beklagte, die Klage wegen des Prozesshindernisses der rechtskräftig entschiedenen Streitsache iS des § 411 ZPO zurückzuweisen. Der Kläger habe mit der neuen Mahnklage keine neuen rechtserzeugenden Tatsachen vorgebracht. Der mit rechtskräftigem Versäumungsurteil vom 30.11.2015 abgewiesene Anspruch decke sich „1 zu 1“ mit dem nunmehr erneut eingeklagten Anspruch. Dem hielt der Kläger entgegen, nach der Entscheidung 3 Ob 219/11v sei bei einem negativen Versäumungsurteil keine entschiedene Sache gegeben, weil der Klageabweisung im Vorprozess kein Tatsachensubstrat zu Grunde liege.

Das Erstgericht wies die Klage wegen entschiedener Rechtssache zurück.

Das Rekursgericht bestätigte diese Entscheidung und schloss sich der Begründung des Erstgerichts an. Der Revisionsrekurs sei zulässig, weil keine höchstgerichtliche Rsp zur Frage vorliege, ob *res iudicata* auch bei einem negativen Versäumungsurteil vorliege, das nach einem