



Walther Hadding.

Festschrift für
WALTHER HADDING
zum 70. Geburtstag
am 8. Mai 2004

herausgegeben von

Franz Häuser
Horst Hammen
Joachim Hennrichs

Anja Steinbeck
Ulf R. Siebel
Reinhard Welter



RECHT

De Gruyter Recht · Berlin

Die „Beraterhaftung“ der Banken im österreichischen Recht*

PETER BYDLINSKI

I. Einleitung

Wie im Schadenersatzrecht häufig geht es auch bei der „Beraterhaftung“ ganz wesentlich um Interessenabwägungen, die nicht selten vom Vertrauensgedanken beherrscht sind: Was ist der Bank als Beraterin zumutbar; welche Kenntnisse beim Kunden durfte sie erwarten; welche Informationen muß sie von sich aus, welche erst auf Nachfrage geben? Allein diese ersten Hinweise zeigen, daß viel vom Einzelfall abhängt: Man denke nur an das häufig verwendete Schlagwort von der **anlage- und anlegergerechten Beratung**.¹ Schon aus diesem Grund müssen und werden in meinem Beitrag konkrete Sachverhalte und OGH-Entscheidungen vorkommen.

Da es genug in diesem Sinn Grundsätzliches zu erörtern gibt, wird hier manches nicht oder bloß ganz am Rande vorkommen; so konkrete gesetzliche Sondervorschriften, die mehr oder weniger detaillierte Vorgaben in Hinblick auf Information und Beratung machen. Beispielhaft genannt seien die „Wohlverhaltensregeln“ der §§ 13 f. Wertpapieraufsichtsgesetz (WAG),² die Prospektinhaltsgebote nach § 7 Kapitalmarktgesetz (KMG), die Informationspflichten der §§ 25a und 25c KSchG (Kreditaufnahme durch Ehegatten bzw. Interzession durch Verbraucher), die Informationsgebote des § 2 des Gesetzes über grenzüberschreitende Überweisungen sowie die inhaltlichen Vorgaben für Verbraucherkreditverträge und Verbrauchergirokonten in den §§ 33 und 34 BWG. Vielmehr will ich mich auf die **Haftungsgrundsätze des ABGB** konzentrieren, die weitestgehend auch für die Haftung von Banken als spezialisierte „Berater“ gelten.

* Der Beitrag wurde im März 2003 abgeschlossen (letzte Ergänzungen vom Dezember 2003).

¹ Grundlegend BGH ÖBA 1994, 895 (*Gruber*); ganz ähnlich etwa OGH ÖBA 1993, 987; ÖBA 1995, 317. Auf die Versiertheit des Kunden abstellend auch OGH ÖBA 2002, 832 und ÖBA 2003, 378.

² Dazu jüngst OGH ÖBA, 959.

II. Aktuelle OGH-Entscheidungen zum Einstieg

Zur Veranschaulichung des Themas seien nunmehr kurz drei aktuelle Entscheidungen des österreichischen Höchstgerichts dargestellt, die eine eher restriktive Haltung zeigen.³

In ÖBA 2001, 723 orderte ein langjähriger Kunde, der schon längere Zeit Wertpapiergeschäfte tätigte und dabei immer von demselben Bankangestellten beraten und – offenbar ordnungsgemäß – aufgeklärt wurde, 1996 erstmals Optionsscheine. Er wurde damals über das besondere Risiko dieser Wertpapiere sowie über die Bedeutung der Setzung eines Limits informiert. Im Jahr 1996 erteilte er 70–80 Kauf- bzw. Verkaufsaufträge, davon 4 über Optionsscheine. Auch die Stückzahlen waren zum Teil hoch (z. B. Ankauf von 30 000 Optionsscheinen einer Bank). Als der Kunde Ende Februar 1997 bestimmte Optionsscheine erwerben wollte, war sein ständiger Betreuer auf Urlaub. Eine Kollegin übernahm daher die Betreuung. Nach Bekanntgabe des aktuellen Kurses von 0,55 öS (€ 0,04) pro Stück fragte sie den Kunden, ob er ein Ankaufslimit setzen wolle. Er verneinte dies, holte keine weiteren Ratschläge ein und orderte 50 000 Stück ohne Limit. Unglücklicherweise stieg der Kurs zwar zunächst – natürlich gerade zwischen Auftrag und Durchführung – auf 5 öS (€ 0,36), was zu einem Preis von 250 000,- führte. Damit daraus ein Prozeß wird, mußte der Kurs nach dem Ankauf aber noch fallen. Er tat das auch – und zwar gewaltig: Nachdem der Optionsschein nur noch 0,20 öS (€ 0,0145) wert war, verkaufte der Kunde sein Paket (um 10 000 öS, entspricht € 726,73). Der Kunde klagte daraufhin einen Schadenersatzbetrag von 215 000 öS (€ 15 624,66) ein und berief sich auf Aufklärungspflichtverletzungen. Er habe vor dem hier relevanten Geschäft höchstens 10 Orders über Optionsscheine gegeben. Die Beklagte habe die Information unterlassen, daß der Ankauf einer größeren Stückzahl risikoreich sei und daß üblicherweise ein Limit gesetzt werden sollte.

Der Kläger unterlag in allen Instanzen. Der OGH wies die Revision gar mangels erheblicher Bedeutung der zu entscheidenden Rechtsfrage ab. Die inhaltlichen Ausführungen des Höchstgerichts sollen aber dennoch in aller Kürze referiert werden. § 13 WAG kommt dabei schon deshalb nicht zur Sprache, weil diese Bestimmung erst einige Monate nach der Order vom Februar 1997, nämlich am 1.7., in Kraft trat. *„Der Umfang der Aufklärungspflicht hängt immer von den Umständen des Einzelfalls ab. Wenn ein Kunde bei Anbahnung des Wertpapiergeschäfts schon entschlossen ist, das Geschäft zu tätigen, indem er einen bestimmten Auftrag erteilt, wird die Bank nur in be-*

³ Dem entspricht der in unterschiedlichen Zusammenhängen verwendete „Stehsatz“, wonach Aufklärungspflichten einer Bank gegenüber ihren Kunden nicht überspannt werden dürfen (siehe etwa OGH eclex 2001, 664 zur Kreditgewährung, wo darüber hinaus darauf hingewiesen wird, daß über die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit eines Geschäfts regelmäßig nicht aufgeklärt werden muß).

schränktem Umfang zur Aufklärung und Beratung verpflichtet sein. Die Bank treffen Aufklärungs- und Beratungspflichten, wenn aus den Umständen ein Mangel an einschlägigen Kenntnissen oder eine Fehlentscheidung offenkundig wird (SZ 71/32 m.w.N.). Von einem Mangel an einschlägigen Kenntnissen kann beim Kläger nach den getroffenen Feststellungen keine Rede sein, ebenso wenig von einer offenkundigen Fehlentscheidung, die voraussetzte, daß das Risikogeschäft mit geradezu an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erheblichen Verlusten führen wird. Der Schaden des Klägers ist vielmehr auf die unterlassene Setzung eines Ankaufslimits zurückzuführen. Daß er über dessen Funktion als Sicherungsmittel gegen mögliche Kursschwankungen bis zur Durchführung des Ankaufs informiert worden war, ergibt sich aus den getroffenen Feststellungen. Zumindest einem versierten und schon aufgeklärten Bankkunden kann es zugemutet werden, seine wirtschaftlichen Interessen selbst ausreichend zu wahren. Die Bank ist nicht verpflichtet, einen spekulierenden Kunden zu bevormunden.“⁴

In ÖBA 2001, 724 war folgender Sachverhalt zu beurteilen: Der Kunde, zugleich – wie regelmäßig – der spätere Kläger, nahm bei der beklagten Bank einen Fremdwährungskredit in Höhe von 1 Million öS auf, um damit Investmentfonds-Anteile zu kaufen. Er verfügte bei einer anderen Bank über ein Wertpapierdepot, das sich die Beklagte zur Sicherung des Kredits verpfänden lassen wollte. In der Verpfändungserklärung wurde der Kurswert der Papiere mit etwas über 1 Mio angegeben. Als die Depotbank von dieser Verpfändung verständigt wurde, verweigerte diese die verlangte Verpfändungsbestätigung: Die Wertpapiere seien bereits zu 50% zugunsten eines anderen Kreditgeschäfts verpfändet worden. Daraufhin wurden andere Wege gesucht; so auf Vorschlag eines Angestellten der Beklagten die Anlegung eines zweiten Depots. Die von der Beklagten vorformulierte Erklärung, wonach im (zweiten) Depot Papiere „per 1. 11. 1998“ im Wert von einer Million öS (€ 72 672,83) liegen, wurde von der Depotbank aber wiederum abgelehnt, da diese Papiere – nämlich die Investmentzertifikate! – noch gar nicht angekauft seien. Daraufhin sah sich der Kunde gezwungen, bei der nunmehr beklagten Bank ein Depot zu eröffnen und über sie den Ankauf der Investmentfondsanteile durchzuführen, was am 19.11. auch geschah. Infolge der zeitlichen Verzögerung (geplant war der Kauf in der Woche vom 16.10.) hatte sich der Ankaufskurs aber inzwischen zu Lasten des Kunden verschlechtert; er war gestiegen. Überdies hätte der Kunde beim geplanten Ankauf über seine Depotbank einen günstigeren (= geringeren) Ausgabeaufschlag zahlen müssen. Diese Nachteile verlangt er nunmehr von der beklagten Bank ersetzt. Er beruft sich auf Beratungs- und Aufklärungspflichtverletzungen: Zum einen wäre die Bestätigung der Depotbank durch geringfügige Abänderungen der vorformulierten Verpflichtungserklärung

⁴ Hier wird auf die E ÖBA 1998, 720 hingewiesen.

leicht zu erreichen gewesen. Zum zweiten hätten die vorhandenen Sicherheiten durchaus ausgereicht. Zum dritten sei die Verpfändung auch ohne Zustimmung der Depotbank bereits mit der Verständigung wirksam geworden. Jedenfalls hafte die Beklagte für die unzulänglichen Formulierungen der zweiten Verpfändungserklärung.

Auch dieser Kläger unterlag in allen drei Instanzen. Allerdings nahm der OGH einen Beratungsfehler der Beklagten an, der zwar zu einer Verzögerung führte, aber vom Höchstgericht als für den geltend gemachten Schaden nicht kausal angesehen wurde. Die folgenden Zitate beschränken sich auf die Ausführungen des OGH zum Beratungsfehler sowie zu einem etwaigen Mitverschulden des Klägers. *„Auch in der zweiten Phase der Abwicklung akzeptierte die Beklagte den Wunsch des Klägers, den Ankauf selbst durchzuführen und suchte einen Weg, die Sachhaftung zumindest an den anzuschaffenden Wertpapieren vor oder zumindest gleichzeitig mit der Kreditfreigabe zu erreichen. Ihrem Verhandlungsgehilfen (dazu SZ 68/77) fiel dazu aber nur die zum Scheitern verurteilte Lösung ein, in der Verpfändungserklärung einen Depotstand per 1. 11. 1998 anzuführen, der zu diesem Zeitpunkt noch nicht bestand, so daß die erhoffte Bestätigung der Depotbank natürlich nicht erreicht werden konnte. Wenn die Kreditgeberin vor der Freigabe der Kreditmittel eine Absicherung wünschte, hätte sie eine andere Konstruktion wählen müssen (beispielsweise über eine Bankgarantie zur Absicherung des Ankaufs durch die Depotbank, die als Zwischenfinanziererin und gleichzeitige Verwahrerin zugunsten der Pfandnehmerin hätte tätig werden müssen oder über eine Treuhandslösung). Der von der Beklagten vorgeschlagene Weg fällt ihr als Beratungsfehler zur Last [...]. Im Gegensatz zur Rechtsansicht des Berufungsgerichtes führt die Erkennbarkeit der Aussichtslosigkeit der von der Beklagten vorgeschlagenen Vorgangsweise noch nicht zu einem gänzlichen Entfall der Haftung der Bank. Die Schadensminderungspflicht des Bankkunden kann nicht so weit führen, daß die Bank völlig exculpiert wäre.“*

In ÖBA 2002, 828 eröffnete der Anleger (= Kläger) 1987 bei dem später beklagten Kreditunternehmen ein Wertpapierdepot. Ab diesem Zeitpunkt erteilte er laufend Orders zum Kauf und Verkauf von Wertpapieren. Im September 1991 erwarb der Kläger, der sich bis dahin zwar grundsätzlich mit dem Aktiengeschäft beschäftigt hatte, jedoch über keine Insiderinformationen verfügte, 33 500 Aktien einer kanadischen Gesellschaft (E Inc.). Auf diese Aktien hatte ihn ein für den Wertpapierbereich zuständiger Angestellter der Beklagten aufmerksam gemacht, obwohl die Aktien auf keiner Empfehlungsliste eines österreichischen Kreditinstituts standen. Der Angestellte teilte dem Kläger mit, ein aus der näheren Umgebung stammender, in Amerika tätiger Unternehmer (U) beabsichtige, die Firma E zu erwerben und habe deshalb selbst Aktien gekauft. Diese Aktie sei ein Geheimtipp von U. Der Angestellte wollte den Kläger über die Kursentwicklung informieren und ihm Hintergrundinformationen zukommen lassen. Mitgeteilt wurde

dem Kläger, daß sich die Aktien bei einer nicht näher feststellbaren Emissionsbank in Kanada befänden. In den Jahren 1991 und 1992 wollte der Kläger die gesamten E-Aktien wieder verkaufen, was aber am Nichterreichen des Limits scheiterte. Daraufhin erwarb der Kläger weitere Aktien von E; zuletzt besaß er fast 305 000 Stück. Diesen Käufen ging die Information des Angestellten voraus, die Übernahme von E durch U's amerikanischen Betrieb stehe unmittelbar bevor, was der Angestellte durch entsprechende Ausdrücke aus Informationsmedien untermauerte. Im April 1994 verstarb der Bankangestellte bei einem Verkehrsunfall. U verkaufte im Herbst 1994 alle seine E-Aktien, wovon der Kläger nicht informiert wurde. Ab Anfang 1994 wurden die bis dahin an der Börse von Toronto gehandelten Aktien nicht mehr amtlich gelistet, was dem Kläger ebenfalls nicht mitgeteilt wurde. Im Juni 1995 wurde der Handel mit den E-Aktien überhaupt eingestellt. Der Kläger beehrte nunmehr 800 000,- öS (€ 58 138,27) Schadenersatz wegen schuldhaften Unterlassens der vereinbarten Beratung. Die beklagte Bank replizierte, der als risikofreudig bekannte Kläger habe im Wissen sinkender Kurse weitere Aktien gekauft. Überdies konnten nach Aussetzen des Aktienhandels keine Informationen mehr erhalten werden.

Der Kläger unterlag ebenfalls in allen drei Instanzen. Die Revision wurde wegen Fehlens einer Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung zurückgewiesen; es existiere bereits ausreichende oberstgerichtliche Rechtsprechung zur Beratungspflicht gegenüber Kunden, deren Beurteilung eine Frage des Einzelfalls sei. Im Detail führte der OGH mit reichen Hinweisen auf frühere Judikatur aus: *„Zwar haftet die Bank für unrichtige oder mangelhafte Beratung des Vertragspartners durch ihre Angestellten [...] und darf der Kunde bei der Wertpapierberatung durch einen Anlageberater grundsätzlich darauf vertrauen, daß dieser im Rahmen der ihm eingeräumten Vertretungsmacht tätig wird [...]. Es besteht aber keine allgemeine Rechtspflicht, den Geschäftspartner über alle Umstände aufzuklären; die auf seine Entscheidungen Einfluß haben könnten; eine Aufklärungspflicht besteht in aller Regel nur dann, wenn der andere Teil nach den Grundsätzen des redlichen Verkehrs eine Aufklärung erwarten durfte [...]. Dem Berufungsgericht ist keine grobe Fehlbeurteilung unterlaufen, wenn es eine Verletzung der Aufklärungs- und Informationspflicht der beklagten Partei verneinte. Diese tat auch nach dem Tod des ursprünglichen Anlageberaters [...] alles, was man von ihr erwarten konnte. Dem Kläger mußte klar sein, daß die ursprünglichen Informationen [...], die ihm zum Kauf der Aktien bewegten, auf dem Mißbrauch von Insiderinformationen oder mangelnder Wahrung des Bankgeheimnisses beruhten. Es mußte ihm nämlich klar sein, daß ein Mitarbeiter eines Kreditunternehmens die Veranlagungsentscheidungen eines anderen Kunden ihm als Dritten nicht hätte preisgeben dürfen. Dies gesteht der Kläger in seiner Revision auch ausdrücklich zu. Seiner Schlußfolgerung, daß ihn die Bank bzw. deren nunmehrige Kundenberater auch weiterhin mit derartigen rechtswidrigen Informationen versorgen würden, insbesondere daß*

diese hierzu verpflichtet wären, kann nicht beigetreten werden. Er konnte vielmehr nur erwarten, daß ihn die beklagte Partei mit allen üblichen Informationen versorgt, was aber ohnedies geschehen ist.“

III. Die Begriffsvielfalt: Beratung – Belehrung – Auskunft – Information – Aufklärung

Im vorliegenden Zusammenhang ist die Begriffsvielfalt groß: Es wird nicht nur von Beratung und Information gesprochen, sondern auch von Rat, Belehrung, Auskunft, Aufklärung usw.⁵ Tatsächlich meinen diese Begriffe nicht immer das gleiche. So ist der Rat – ein Terminus des ABGB! (er findet sich in § 1300) – anerkanntermaßen eine *Verhaltensempfehlung*, während Information und Aufklärung tatsächliche oder vermeintliche Wissensdefizite beseitigen sollen: Der Informierende besitzt also einen *Wissensvorsprung*. Allerdings darf nicht übersehen werden, daß der reine Ratschlag, der an sich nur ein *Werturteil* darstellt, kaum einmal vorkommt. (Jemand sagt etwa „ich halte den Fonds X für besser als alle anderen.“) Ganz regelmäßig wird der Rat mit Tatsachenerklärungen unterlegt sein und damit eine Kombination von Rat und Information darstellen. Das meint wohl der Begriff „Beratung“. Von „Auskunft“ sollte man demgegenüber – enger – nur dann sprechen, wenn Informationen konkret *erbeten* wurden; Auskunftspflichten i.e.S. gebieten also niemals Beratung bzw. Information *von sich aus*; vielmehr sind sie nur als Reaktionen auf Auskunftsbegehren – u. U. auch auf echte *Auskunftsansprüche* – denkbar.

Das soll zu diesen Begriffen aber auch schon genügen.⁶ Es geht ja primär um die Lösung konkreter praktischer Fragen, nicht um Begriffsbildung und Begriffssystematik als Selbstzweck. Die Haftung für sog. *Bonitätsauskünfte* von Banken über ihre Geschäftspartner (vgl. § 38 Abs. 2 Z 6 BWG) gehören aber ohnehin nicht zum Thema.

IV. Anerkannte Grundsätze zur Beratungspflicht

Bevor etwas näher auf Grund und Grenzen von Beratungspflichten einzugegangen wird, sollen folgende, im wesentlichen unstrittige Grundsätze vorangestellt werden:

1. Abgesehen von konkreten gesetzlichen oder rechtsgeschäftlich übernommenen Verpflichtungen besteht **keine Pflicht zum Tätigwerden**.

⁵ Zu dieser Thematik und deren haftungsrechtlicher Relevanz etwa *Fruhstorfer* ÖBA 2000, 871; *Graf* ÖBA 1997, 428; *Thunhart* ÖBA 2001, 843; *Vortmann* ÖBA 1994, 579; *Welser* in Festschrift Wagner 1987, 361.

⁶ Näher etwa *Welser* Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten, 1983, 2f., 11f.

Die erbetene Auskunft – etwa die Bonitätsauskunft über einen Geschäftspartner – kann daher auch unterbleiben, ohne daß dies negative rechtliche Auswirkungen für den „Verweigerer“ hätte. Das *Unterbleiben* von Information und/oder Beratung ist somit nur dann als fehlerhaftes Verhalten anzusehen, wenn eine konkrete Rechtspflicht zu entsprechendem Tun bestand.

2. Gibt die Bank jedoch die erwünschte Information, so hat sie grundsätzlich für ihre **Richtigkeit einzustehen**. Haftungsfolgen können sich sowohl an *i.e.S. inhaltlich unrichtige*, aber auch an *unvollständige* oder *unklare* – z. B. widersprüchliche – Informationen knüpfen (Unrichtigkeit i.w.S.).
3. Wie bereits angedeutet, geben – insbesondere für die nötige Ausführlichkeit und Klarheit – **das konkrete Geschäft und der konkrete Geschäftspartner** – nicht irgendeine Maßfigur – den **Maßstab** für die Richtigkeit i.S. von Klarheit, Vollständigkeit und Fehlerfreiheit im einzelnen vor.
Daher ist die Empfehlung, Investmentzertifikate einer bestimmten Gesellschaft zu kaufen, unabhängig von der Güte dieses Ratschlags dann ohne weiteres fehlerhaft, wenn die Kundin Gelder ausdrücklich *risikolos* und mit einem bestimmten Mindestertrag (nämlich 7%) anlegen wollte.⁷ Solche Zertifikate können nämlich anders als Anleihen immer nur zum Kurswert verkauft werden, so daß jedenfalls ein Kursrisiko bestand. War beides – Gefahrlosigkeit und entsprechender Ertrag – nicht möglich, hätte dies der Berater der Kundin eben sagen müssen. Dann hätte sie noch immer entscheiden können, etwas mehr Risiko oder geringere (Sparbuch-)Zinsen in Kauf zu nehmen.
4. Mangels bereits übernommener (bzw. kraft Gesetzes bestehender) Pflichten ist der bloße **Hinweis auf eigenes Nichtwissen** regelmäßig **rechtmäßig** und daher zulässig; ebenso der Hinweis darauf, daß die gegebene Information von dritter Seite stammt und nicht auf ihren Wahrheitsgehalt hin überprüft wurde.⁸

Nun aber gleich zu weiteren Sachverhalten, die die eben formulierten Prinzipien veranschaulichen sollen. Der erste stammt aus meiner Gutachtenpraxis. Die Bank finanzierte ein **Zinsdifferenzgeschäft**. Dem nicht speziell erfahrenen Kunden wurde dabei bloß gesagt, er würde sogar bei einem – nicht zu erwartenden – Kursverfall des Australischen Dollars von zur Zeit 1,51 DM (0,77 €) auf 1,03 DM (0,53 €) noch pari aussteigen, da dieser Verfall durch die hohen Zinsen des australischen Wertpapiers ausgeglichen

⁷ Vgl. OGH ÖBA 1993, 987. Zur zentralen Bedeutung des Anlageziels auch OGM ÖBA 2003, 959.

⁸ *Koziol* in *Avancini/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht I, 1987, Rz. 3/8 m.w.N.

würde. Der Kurs fiel bloß auf 1,10 DM (0,56 €). Dennoch geriet das Konto des Kunden ins Minus. Warum? Die Bank hatte nicht auf die – für sie durchaus nahe liegende – Möglichkeit einer Erhöhung der vom Kunden zu tragenden Kreditzinsen hingewiesen, die sich verwirklichte und in Kombination mit dem Kursverfall zu den Verlusten führte. Die Information der Bank war hier also augenscheinlich *unvollständig*, da ein für das Gesamtrisiko wichtiger Parameter einfach unter den Tisch fiel. Und damit war sie aus der Sicht des Kunden zugleich *unrichtig*. Die Bank hat ihre Beratungspflichten also rechtswidrig und schuldhaft verletzt (Grundsatz 2).

Ob dem Kunden daraus ein Ersatzanspruch entstanden ist, hängt allerdings noch von weiteren Rechtsfragen ab, die hier nur angedeutet werden können: Es müßte fest stehen, daß der Kunde bei vollständiger Information von diesem Geschäft Abstand genommen hätte. Wer dafür die Beweislast trägt, ist allerdings nicht gesichert; ebensowenig, wer für den sonstigen hypothetischen Verlauf beweispflichtig ist. So wäre insbesondere zu klären, welche andere Anlage der Kunde bei sachgerechter Beratung gewählt hätte. Da diese Fragen die Kausalität des rechtswidrigen Verhaltens sowie den Umfang des verursachten Schadens betreffen, trafe nach allgemeinen Regeln die Beweislast den Geschädigten.

Österreichische Judikatur scheint zu diesen Fragen nicht zu existieren. Was den ersten Bereich, nämlich die Beweislast für die Kausalität der Aufklärungspflichtverletzung anbelangt – die Pflichtverletzung selbst ist natürlich immer vom geschädigten Kunden zu beweisen –, so wird in der Literatur nach deutschem Vorbild⁹ eine Verlagerung auf die Bank favorisiert: Ob man vom Beweis des ersten Anscheins¹⁰ oder von Kausalitätsvermutung¹¹ spricht, soll nicht weiter von Bedeutung sein.

Heikler ist der Schadensbeweis im Sinne des hypothetischen Verlaufs bei korrekter Aufklärung. Daß ansonsten die Geldanlage auf einem Sparbuch stattgefunden hätte, ist häufig wenig lebensnahe, sogar bei besonders risikofreudigen Kunden; man denke nur an die Zeichnung von Staatsanleihen als Alternative. Nicht leicht begründbar ist allerdings die in Deutschland vertretene Lösung, von den auf dem Anleihemarkt durchschnittlich erzielbaren Zinsen auszugehen, wenn dem Kunden der Beweis jener Veranlagung, die er bei fehlerloser Beratung konkret gewählt hätte, nicht gelingt.¹² So hätte ein risikofreudiger Anleger vielleicht ein anderes risikoträchtiges

⁹ Ausführlich zum deutschen Recht etwa *Bruske* Beweiswürdigung und Beweislast bei Aufklärungspflichtverletzungen im Bankrecht, 1994; *Grünwald* ZIP 1994, 1162; *Roth* ZHR 154 (1990) 513; *Schäfer/Müller* Haftung für fehlerhafte Wertpapierdienstleistungen, 1999, Rz. 83 ff.; *Stodolkowitz* VersR 1994, 11, jeweils m.w.N.

¹⁰ Vgl. *Welser* *ecolex* 1995, 79, 82.

¹¹ BGHZ 83, 267 (Vermutung eines aufklärungsgerechten Verhaltens); dazu etwa *Arendts* ÖBA 1994, 251, 255.

¹² BGH NJW 1992, 1223 („allgemein üblicher Zinssatz“); *Honsell* ÖBA 1999, 593, 600.

Papier gezeichnet. Aber welches? Vielleicht eines, das sich mittlerweile ebenfalls negativ entwickelt hat?

Der zweite – erfundene – Fall sieht wie folgt aus: Der Kunde, der bisher noch keine Wertpapiergeschäfte getätigt hat, fragt anlässlich eines Bankbesuchs seinen langjährigen Kontobetreuer, wie er die eben ererbten Millionen am besten anlegen solle. Der Betreuer meint, er habe gerade unlängst eine größere Summe in X-Wertpapieren investiert. Spezialkenntnisse habe aber seine Kollegin, an die er sich doch zwecks Beratung wenden solle. Kauft der Kunde nun allein aufgrund dieses Gesprächs eine größere Menge der X-Wertpapiere und erleidet er wegen baldiger Kursverluste einen Schaden, so stehen ihm keinerlei Ansprüche zu. Der Betreuer hat den Ankauf dieser Papiere ja nicht empfohlen und den Kunden ersichtlich auch in keiner Weise beraten. Vielmehr hat er korrekt drüber informiert, wer in der Filiale für derartige Beratungsgespräche vorgesehen ist. Daher kann auch die Bank als Geschäftsherr nicht zur Haftung herangezogen werden.

V. Wichtige Fallgruppen und darauf anwendbare Haftungsnormen des ABGB

Nach diesen einführenden Überlegungen soll nun eine systematisch-dogmatische Einordnung der Beratungsfälle versucht werden.

1. Gefälligkeitsberatung

Die reine Gefälligkeitsberatung spielt im Bankbereich kaum eine Rolle, weshalb sie hier nur der Vollständigkeit halber zur Sprache kommt. Spielt etwa ein Bankangestellter mit einem Clubkollegen eine Runde Golf und antwortet er auf die ihm en passant gestellte Frage, was er von der Y-AG halte, deren Aktien könne man derzeit getrost kaufen, so wird weder er selbst noch seine Bank haftbar, wenn der Golfreund am nächsten Tag eine größere Anzahl dieser Papiere erwirbt, obwohl ein sorgfältiger Bankfachmann hätte erkennen können, daß aus bestimmten Gründen ein Wertverfall bereits konkret zu befürchten ist, was auch prompt geschieht. § 1300 ABGB läßt nämlich auch einen Sachverständigen nur dann haften, wenn dieser „gegen Belohnung“ aus Versehen – also fahrlässig – nachteilige Ratschläge erteilt (Satz 1 *leg cit*); ohne Entgeltverhältnis wird nach Satz 2 *leg cit* nur bei *wissentlich* falscher Raterteilung – deliktisch – gehaftet. Als Begründung für diese Beschränkung der Haftung eines Gefälligkeitsratgebers¹³ kann

¹³ Allerdings wird die Entgeltlichkeitsvoraussetzung des § 1300 Satz 1 ABGB weit verstanden: dazu sofort unter 2.

wohl auch noch heute der Satz von *Jherings*¹⁴ zitiert werden: „Alle Unbefangenheit der Konversation wäre dahin, das harmloseste Wort würde zum Strick.“

2. Beratung im vorvertraglichen Schuldverhältnis

„Gegen Belohnung“ ist nach heute herrschender Ansicht allerdings weit zu verstehen. Es genügt, wenn jemand nicht aus Freigebigkeit handelt, sondern im Rahmen eines Schuldverhältnisses die eigene Vermögenssphäre fördern will. Ein konkretes Entgelt als Gegenleistung muß daher nicht fließen, weshalb schon fahrlässig unrichtige Ratschläge bzw. Informationen in contrahendo, also im Rahmen der **Anbahnung eines Vertragsverhältnisses**, ersatzpflichtig machen.¹⁵ Da für die *cic*-Haftung anerkanntermaßen vertragliche Grundsätze eingreifen, bedarf es auch regelmäßig keiner weiteren Überlegungen, wann es „bloß“ um vorvertragliche und wann bereits um Haftung wegen Vertragsverletzung geht.

Zu besonderer Sorgfalt – und damit unter anderem auch zur Beratung, Warnung und Aufklärung – ist die Bank nach h.A. auch ohne „echtes“ vorvertragliches Schuldverhältnis dann verpflichtet, wenn zwischen ihr und dem Kunden bereits eine **dauernde Geschäftsbeziehung** besteht („Hausbank“). Diese Position ist damit zu rechtfertigen, daß hier das Vertrauen des Kunden auf Beachtung seiner Interessen besonders stark ausgeprägt ist, weshalb eine schuldrechtliche *Sonderbeziehung* zwischen den Geschäftspartnern angenommen werden kann.¹⁶

3. Beratung als vertragliche Hauptpflicht

Vertragliche **Hauptleistungspflicht** ist die Beratung bzw. die Information im Bereich der Bankgeschäfte nur selten: Denkbar wäre etwa eine Anlageberatung, die nicht im Vorfeld der Vermittlung einer bestimmten Vermögensanlage, sondern isoliert gegen gesondertes Entgelt erfolgt; oder an eine Bonitätsauskunft, die nicht im Zuge dauernder Geschäftsbeziehungen, sondern für sich allein gegeben wird. Meist ist die Beratung hingegen Nebenaspект eines Hauptgeschäfts, etwa der Vermögensverwaltung oder der Kontoführung. Auch die Abgrenzung von Neben- und Hauptpflichten kann

¹⁴ JherJB IV (1861) 1, 12f.

¹⁵ Siehe nur *Koziol* in *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I, Rz. 3/6f. und die dortigen Diskussionsnachweise; ferner aaO. Rz. 3/23 sowie *Welsler* in *Festschrift Wagner*, 361. Speziell zur Anlageberatung und Anlagevermittlung zuletzt in diesem Sinn OGH ÖBA 2002, 829; zu finanzierten Vermögensanlagen *P. Bydlinski* ÖBA 1994, 23; *Graf* ÖBA 1995, 562; *Gruber* *ecolec* 1994, 81; *Heidinger* *WBI* 1995, 314.

¹⁶ Näher dazu etwa *Welsler* Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten, 54ff. mit reichen *Nw.* der *Rspr.*

im Einzelfall durchaus schwierig sein. Für die hier interessierenden Haftungsfragen spielt sie aber ohnehin keine Rolle, da schuldhafte Pflichtverletzung jeweils zur Ersatzpflicht führt und das Verschulden in beiden Fällen nach § 1298 ABGB vermutet wird.¹⁷

In der Rechtsprechung findet sich in jüngerer Zeit immer wieder die Annahme eines **stillschweigend geschlossenen Beratungsvertrages**.¹⁸ Grund dafür ist wohl, daß die Gerichte in gewissen Fällen eine Haftung für sachgerecht ansehen, allein über das Deliktsrecht eine Einstandspflicht für reine Vermögensschäden aber kaum einmal zu begründen ist. Jedoch ist bei derartigen Konstruktionen große Vorsicht geboten. In ÖBA 2001, 819 wurde aus dem Angebot eines Anlagevermittlers zum Erwerb einer stillen Beteiligung kurzerhand ein Beratungsvertrag. Der OGH meint: „*Ein solcher Vertrag kommt zustande, soweit der Anlageinteressent dem Anlagevermittler klarmacht, er wolle – bezogen auf eine bestimmte Anlageentscheidung – die einschlägigen Kenntnisse und Verbindungen des Vermittlers für sich in Anspruch nehmen und dieser die gewünschte Tätigkeit auch entfaltet.*“ Methodisch-systematisch ist das abzulehnen.¹⁹ Keiner der Beteiligten denkt in diesem Stadium bloßer Verhandlungen an den Abschluß eines gesonderten Auskunfts- bzw. Beratungsvertrages, zumal dafür ja auch keine eigenes Entgelt bezahlt wird. Solche „beiderseits unbewußten“ Vertragsschlüsse trägt § 863 ABGB keinesfalls. Richtig wäre auch in solchen Fällen der Weg über die – ohnehin sehr vertragsnahe – **Haftung für culpa in contrahendo**: Die Informationen werden eben gerade erteilt, um den Vertrag zustande zu bringen. Das ist bei der Vermittlung von Beteiligungen nicht anders als beim Autokauf, bei dem im vorvertraglichen Stadium ebenfalls nähere Angaben zu den Vor-, seltener Nachteilen des Gegenstandes gemacht werden, aber noch niemand auf die Idee gekommen ist, hier eigenständige Beratungsverträge anzunehmen.

4. Beratung als vertragliche Nebenpflicht

Daß Beratungs- und Aufklärungspflichten häufig **Nebenpflichten anderer Rechtsgeschäfte** sind, wurde bereits erwähnt: So kann der Girovertrag zur Weitergabe von der Bank bekannten Informationen über Zahlungsschwierigkeiten bzw. Insolvenz von Empfängerbank oder Empfänger ver-

¹⁷ Da es regelmäßig um beratende *Sachverständige* geht, wird überdies gemäß § 1299 Satz 1 ABGB unwiderlegbar vom Vorhandensein der für den betreffenden Berufsstand üblicherweise notwendigen besonderen Fähigkeiten und Kenntnisse ausgegangen (ebenso OGH ÖBA 1993, 987).

¹⁸ ÖBA 2001, 819. Für einen solchen eigenständigen Beratungsvertrag bereits OGH ÖBA 1998, 230 ua.

¹⁹ Siehe ausführlich *Schobel* ÖBA 2001, 752 m.w.N. sowie *Koziol* in *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I, Rz. 3/6.

pflichten;²⁰ und wohl auch zur Information über einen rascheren, sichereren und/oder kostengünstigeren Weg einer vom Kunden gewünschten Auslandsüberweisung. Ebenfalls hier einzuordnen sind die Beratungspflichten der Bank gegenüber einem Kunden, der über dieses Kreditinstitut Geld anlegen will und daher entsprechende Aufträge erteilt.

An dieser Stelle soll aber vor allem betont werden, daß der Beratungs- und Aufklärungspflicht auch als Nebenpflicht gerade bei Bankgeschäften ein *besonderer Stellenwert* zukommt. Der OGH hat dies etwa für das Effekten-geschäft ausdrücklich ausgesprochen.²¹ Die Begründung für diese Position liegt unter anderem darin, daß viele Bankgeschäfte *Auftragsverträge* sind: Die Bank verpflichtet sich, Geschäfte des Kunden zu besorgen. Sie schließt etwa mit anderen Banken Verträge, damit der Überweisungsauftrag des Kunden erfüllt werden kann; sie besorgt das von ihm geordnete Wertpapier usw. Oberstes Prinzip des Auftrags- bzw. Kommissionsrechts ist nun aber die *Pflicht, die Interessen des Geschäftsherrn zu wahren* (vgl. § 1009 Satz 1 ABGB, vor allem aber § 384 Abs. 1 HGB). Zur Wahrung der Interessen des Kunden gehört ohne Zweifel nicht zuletzt die weitreichende Aufklärung über mit dem beabsichtigten Geschäft verbundene Risiken, u. U. sogar die Weisung eines besseren Weges.

VI. Grenzen der Beratungspflicht

Wo finden Beratungspflichten aber nun ihre Grenzen? Die erste liegt m. E. im *Fehlen eines Beratungsbedarfs*: Der Kunde ist im in concreto betroffenen Geschäftsfeld bereits sehr versiert; zumindest verwendet er die entsprechenden Termini sicher und richtig: Er ordert etwa unter Setzung einer Befristung schriftlich Optionsscheine und bedient sich dabei des Begriffs „bestens“, also ohne Limit. Hielt er die Setzung eines Limits bewußt für nicht erforderlich und zeigt sich im nachhinein, daß er sich dabei verkalkuliert hat, so sollte er dieses *bewußt übernommene, aber falsch eingeschätzte!* – Risiko nicht auf die Bank abwälzen können.²² Es soll allerdings auch nicht verschwiegen werden, daß der OGH²³ noch 1993 sogar in einem solchen Fall das Bestehen von (vorvertraglichen) Beratungspflichten annahm: Eigene Sachkunde schließe die Schutzbedürftigkeit des Kunden nicht aus. Bei Effektengeschäften sei dem Interesse des Kunden, der das Risiko zu tragen hat, gegenüber jenen des Bankinstituts eindeutig der Vorrang einzuräumen. Dieses Argument kann nun aber nur kon-

²⁰ Koziol in Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht I, Rz. 3/1 m.w.N.

²¹ ÖBA 1998, 556 (Iro).

²² Iro ÖBA 1994, 159; vgl. ferner etwa Koziol in Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht I, Rz. 3/25 (keine Aufklärungspflicht über die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit eines Geschäfts; ebenso etwa OGH eolcx 2001, 664).

²³ ÖBA 1994, 156 (Iro).

struktive und damit *rechtliche* Risiken betreffen, nicht hingegen die Fehleinschätzung der *wirtschaftlichen* Entwicklung bei Kenntnis aller Risikofaktoren! Informationspflichten bei ausreichender eigener Sachkunde wird man m. E. allenfalls bei konkreter gesetzlicher Statuierung bejahen können; und auch dann wird zumindest die unterlassene Aufklärung für einen Schaden des wohlinformierten Anlegers nicht ursächlich sein.²⁴ Natürlich wird die Beweislast für die vorhandenen Kenntnisse des Anlegers bei fest stehendem Beratungsmanko in solchen Fällen die Bank treffen.²⁵

In jüngster Zeit hat der OGH die Latte sachgerechter Weise ein wenig tiefer gelegt. So betont er nun ausdrücklich, daß die Aufklärungspflichten bei eigener Versiertheit des Anlegers – der sogar seinen eigenen Steuerberater hinzugezogen hatte – „sehr eng“ zu halten sind.²⁶ Das ist auch deshalb überzeugend, weil der Anleger in concreto aus steuerlichen Gründen (Verlustabschreibung) bewußt eine Beteiligung mit hohem Verlustrisiko gewählt hatte.

Ferner betont das Höchstgericht unter Hinweis auf Vorjudikatur, daß die hohe Risikoträchtigkeit insbesondere von Aktien- und Optionsgeschäften eine *allgemein bekannte Tatsache* ist.²⁷ Daraus ist wohl abzuleiten, daß die Aufklärungspflichten diesbezüglich eher niedrig anzusetzen sind. Die weitere, eigentlich nahe liegende, Konsequenz, mangels gegenteiliger Informationen dürfe daher ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß auch dem konkreten Anlageinteressenten dieses „Grundsatzrisiko“ bereits bekannt sei, würde ich hingegen nicht ziehen wollen. Zu den anerkannten Pflichten eines Anlageberaters gehört ja auch in Österreich, sich zunächst ein möglichst genaues Bild des konkreten Anlegers zu machen.²⁸ Von dieser Position wollte das Höchstgericht sicherlich nicht abgehen, was sich auch daran zeigt, daß es gerade für den Aktienkauf ausspricht, es sei eine Frage des Einzelfalles, ob und inwieweit Aufklärungspflichten verletzt wurden.²⁹

Ein allgemein gehaltener Hinweis auf die Risikoträchtigkeit eines Geschäfts allein („Da könnte auch etwas schief gehen!“) kann jedoch nicht genügen, wenn – wie z. B. bei Optionsscheingeschäften – die Gefahren jedenfalls im einzelnen nicht offensichtlich sind. Aufzuklären ist immer so konkret wie möglich, wobei unterschiedliche Risiken (wie Währungs-, Kurs- oder Insolvenzrisiko) eigens benannt und erläutert werden müssen.³⁰

²⁴ Zu einem vergleichbaren Problem siehe etwa P. Bydlinski Die Kreditbürgschaft im Spiegel von aktueller Judikatur und Formularpraxis, 2. Aufl. 2003, 115 f. mit reichen Nachw. aus der Rspr. sowie ders. ÖBA 2003, 623 ff.

²⁵ P. Bydlinski RIW 1996, 290, 291 Fn. 11.

²⁶ ÖBA 2002, 832; siehe ferner ÖBA 2003, 378.

²⁷ ÖBA 2002, 828.

²⁸ Tutsch eolcx 1995, 84; Vortmann ÖBA 1994, 583.

²⁹ ÖBA 2002, 828.

³⁰ Vgl. P. Bydlinski RIW 1996, 292 in Auseinandersetzung mit zwei insoweit wenig klaren – wohl gegenteiligen – E des OGH (ÖBA 1995, 317 und 990).

Setzt sich der Kunde über Empfehlungen des Beraters hinweg, weil er es besser zu wissen glaubt, ist für Nachteile aus diesen, gegen den Rat des Fachmanns getätigten Geschäften, selbstverständlich nicht einzustehen.³¹

Weit weniger strenge Anforderungen an die Banken stellt der OGH auch dann, wenn der Kunde zum Abschluß eines Vertrages, etwa eines Wertpapiergeschäfts, bereits fest entschlossen ist und daher einen ganz konkreten Auftrag erteilt. Wie bereits referiert, sollen dann nur in beschränktem Umfang Aufklärungs- und Beratungspflichten bestehen; nämlich allein dann, wenn ein Mangel an einschlägigen Kenntnissen oder eine Fehlentscheidung *offenkundig* wird;³² die Bank sei nicht verpflichtet, einen spekulierenden Kunden zu bevormunden. Aber was heißt „*offenkundig wird*“? Zumindest wird man verlangen müssen, daß sich der Berater Klarheit über die Kenntnisse und die Risikobereitschaft des Kunden verschafft; damit geht es also im ersten Schritt weniger um Aufklärung als um gezieltes Nachfragen i.S. des § 13 Z 3 WAG. Macht der Kunde allerdings schon bei der ersten Nachfrage deutlich, daß man ihm nicht die Zeit rauben, sondern einfach nur seine Wünsche erfüllen solle, so wird die Bank von ihren Sorgfaltspflichten dem Kunden gegenüber regelmäßig befreit sein.

Diese letzte Bemerkung leitet zu der Frage über, ob ein Verzicht auf Beratung bzw. Aufklärung tatsächlich immer zum Wegfall aller entsprechenden Pflichten führt. Da sich schon Bestehen und Reichweite von Aufklärungspflichten aus einer Interessenabwägung ergeben, wird man die Verzichtbarkeit im Grundsatz bejahen können. Übrig bleiben aber einmal konkrete zwingende Informationspflichten: wie auch sonst, kann insbesondere ein Verbraucher auf zu seinen Gunsten aufgestellte Schutzvorschriften rechtsgeschäftlich nicht wirksam verzichten. Zum zweiten werden Aufklärungspflichten in ganz extremen Sonderfällen bestehen bleiben; nämlich dann, wenn der an sich Aufklärungspflichtige über Informationen verfügt, die das angestrebte Geschäft als wirtschaftlich sinnlos – und daher als sicherlich nicht gewollt – erscheinen lassen und er zugleich davon ausgehen muß, daß sein Partner dieses Wissen nicht hat. Beispiel: Die Bank hat Kenntnis vom unmittelbar bestehenden Zusammenbruch des Hauptschuldners und nimmt eine Bürgschaft herein, ohne den Bürgen zu warnen.³³

³¹ Siehe den Fall OGH ÖBA 1995, 990.

³² OGH ÖBA 2001, 723 unter Hinweis auf SZ 71/32 m.w.N.

³³ OGH ÖBA 1995, 909 (speziell zur Bürgschaft) sowie *Thunhart* ÖBA 2001, 843, 847; *Fruhstorfer* ÖBA 2000, 871, 873ff.; OGH ÖBA 1993, 485; ÖBA 1993, 408 (*Koch*); SZ 58/153; SZ 57/70.

Daß nicht selten auch **über geltendes Recht aufzuklären** ist, wurde bereits angedeutet. Häufig geht es ja um komplizierte Konstruktionen, für die die Bank als Sachverständige typischerweise über einen Informationsvorsprung verfügt. Konnte die Bank hingegen nicht erkennen, daß eine bestimmte Rechtsfrage von Bedeutung sein könnte, scheidet auch eine Beratungspflicht aus. Eine solche Situation nahm der OGH³⁴ erst kürzlich an: Im Kreditvertrag fehlte ein auf Umschuldung hinweisender gebührgünstiger Vermerk, da die Bank nicht erkannt hatte – und nach dem OGH auch nicht erkennen mußte –, daß mit „Neustrukturierung der Finanzangelegenheiten“ eine Umschuldung gemeint war, für die Gebührenbegünstigungen ausgenutzt werden können. Gegen diese großzügige Entscheidung bestehen Bedenken: Bei der vom Kunden gewählten Formulierung („Neustrukturierung ...“) lag die Möglichkeit nicht ganz fern, daß eine „echte“ Umschuldung stattfinden sollte. Da die Bank um die gebührenrechtliche Bedeutung zumindest wissen mußte, ergibt die Interessenabwägung m.E. ohne weiteres eine entsprechende Nachfragepflicht beim Kunden; und daran anknüpfend u.U. eine weitere Pflicht zur Information über den gebührenschonendsten Weg.

Die eben angesprochene Entscheidung hält darüber hinaus keinen Hinweis der Bank für nötig, daß die Rechtsgeschäftsgebühr mit Vertragsunterzeichnung fällig wird. Dem ist zu folgen; und zwar deshalb, weil dies zum einen als *allgemein bekannt* unterstellt werden kann, zum zweiten kein Spezifikum des konkreten Bankgeschäfts ist, und zum dritten wohl niemand eine Kreditaufnahme nur deshalb unterläßt, weil die Gebühr sofort zu zahlen ist. All das spricht für fehlende Aufklärungsnotwendigkeit in concreto.

VII. Haftung für und von Hilfspersonen³⁵

Im Bereich der nur deliktisch zu erfassenden Fehler bei der *Gefälligkeitsberatung* scheidet eine Haftung für Hilfspersonen ganz regelmäßig aus: Zum einen bildet die eng begrenzte Haftung für bloße *Besorgungshelfen* nach § 1315 ABGB (vergleichbar dem Verrichtungsgehilfen des deutschen Rechts) eine hohe Hürde; zum anderen wird eine Gefälligkeitsauskunft üblicherweise in eigener Person und nicht als Gehilfe eines anderen erteilt; man denke nur an den schon erwähnten Tipp auf dem Golfplatz. [Im kolportierten Originalfall, den ich ein wenig abgeändert habe, ging es übrigens um anwaltliche „Beratung“ des Tennispartners während eines Seitenwechsels, was

³⁴ *Ecolex* 2000, 796.

³⁵ Ausführlich zur verwandten Problematik der Zurechnung des Wissens von Organen bzw. sonstigen Vertretern/Angestellten vor allem *Iro* ÖBA 2001, 3 und 112; vgl. ferner *Graf* ÖBA 1997, 428, 432ff.; *Koziol* in *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I, Rz. 3/10f.

zwar nicht zur direkten Schädigung des Beratenen, aber doch immerhin zur umgehenden Legung einer Honorarnote durch den Rechtsanwalt führte.]

In den übrigen Fällen (Beratung als Hauptpflicht, vertragliche Nebenpflicht oder vorvertragliche Pflicht) kommt es hingegen über § 1313a ABGB zur strengen Haftung des Geschäftsherrn für seinen de facto fehlerhaft beratenden Erfüllungsgehilfen.

Wirklich heikel sind allein die Fälle, in denen sich ein Bankangestellter Kompetenzen anmaßt, die ihm nicht übertragen wurden. Beispiel: Der bloß zum Kassadienst Eingeteilte berät einen Kunden über günstige Kapitalanlagen. Dieser Kassier wurde von der Bank überhaupt nicht als Gehilfe für die Anbahnung und den Abschluß von Anlagegeschäften eingesetzt. Eine Zurechnung an die Bank – und damit die Anwendung des § 1313a ABGB – kann daher wohl nur über Rechtsscheinerwägungen erfolgen. Es ist zu fragen, ob die Bank als Geschäftsherr beim Kunden zurechenbar den *Anschein* erweckt hat, die betreffende Person auch im Bereich der Anlageberatung mit der Kundenbetreuung betraut zu haben.³⁶

Die Haftung des Gehilfen selbst scheidet demgegenüber schon deshalb in aller Regel aus, weil bei ihm nur an eine deliktische Einstandspflicht zu denken ist. Eine Verletzung absolut geschützter Güter fehlt in den Beratungsfällen aber meist ebenso wie die Übertretung eines Vermögen schützenden Schutzgesetzes. Nach h.A. – auch der des OGH – haftet der Gehilfe nur ausnahmsweise persönlich; und zwar vor allem dann, wenn er ein ausgeprägtes eigenwirtschaftliches Interesse am Zustandekommen des verhandelten Vertrages hatte (praktisch denkbar vor allem bei hohen Provisionsansprüchen, aber auch bei besonderer persönlicher Nähe zum angebotenen Beteiligungsprojekt) oder wenn er bei den Verhandlungen in besonderem Maße persönliches Vertrauen in Anspruch nahm³⁷ (z.B. durch die Abgabe garantieähnlicher, wenn auch rechtsgeschäftlich nicht verbindlicher Erklärungen).

VIII. Eigene Unsorgfältigkeit des Ratsuchenden

Hat die Bank Beratungspflichten verletzt, war aber auch der Kunde selbst – in eigenen Angelegenheiten – unsorgfältig, kommt es wie auch sonst über § 1304 ABGB regelmäßig zur Schadensteilung³⁸. An einen gänzlichen

³⁶ Nachweise dazu etwa bei *Welser* in *Koziol/Welser Bürgerliches Recht* II, 12. Aufl. 2001, 333 Fn. 301; *dems.* Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten, 70; *Koziol* in *Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht* I, Rz. 3/11.

³⁷ Zuletzt OGH ÖBA 2001, 819, 821 m.w.N.; dazu *Schobel*, ÖBA 2001, 756 ff.; siehe ferner etwa *Welser* in *Festschrift Wagner*, 374 ff.

³⁸ Viel anlegerfreundlicher der BGH, der bei unerfahrenen Anlegern nur in Ausnahmefällen ein Mitverschulden annimmt (vgl. *Arendts* ÖBA 1994, 256); BGH WM 1965, 287

Entfall der Haftung ist allenfalls in Extremfällen zu denken; so vielleicht dann, wenn der Kunde einen Rat „blind“ befolgt, obwohl er dessen Sinnhaftigkeit für sehr zweifelhaft hält. (Nach dem Motto: „Geht's schief, haftet mir die Bank ohnehin!“) Der OGH ist diesbezüglich aber recht zurückhaltend. So sagt er in der bereits unter II. dargestellten Entscheidung ÖBA 2001, 724 (Verpfändungserklärung) etwa ausdrücklich (wenn auch in schlechtem Deutsch): „Im Gegensatz zur Rechtsansicht des Berufungsgerichts führt die Erkennbarkeit der Aussichtslosigkeit der von der Beklagten vorgeschlagenen Vorgangsweise noch nicht zu einem gänzlichen Entfall der Haftung der Bank. Die Schadensminderungspflicht des Bankkunden kann nicht so weit führen, daß die Bank völlig exculpiert wäre.“

IX. Haftung gegenüber Dritten

Ob bzw. unter welchen Umständen unrichtige Auskünfte und Ratschläge auch Dritten gegenüber zum Ersatz von deren Schäden verpflichten, müßte eigentlich Thema eines eigenen Beitrags sein. Da die Problematik³⁹ in Österreich aber sehr aktuell ist, soll sie nicht ganz unerwähnt bleiben. Der erste anerkannte Ansatz liegt beim *Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter*. Entsprechende Gedanken können aber auch für das vorvertragliche Schuldverhältnis fruchtbar gemacht werden. Es kommt jeweils entscheidend darauf an, ob die Bank damit rechnen muß, daß auch Dritte im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Vermögensdispositionen treffen werden. Diese sachliche Wertung überzeugt. Nach einer im Vordringen befindlichen Ansicht soll der Schutz des Dritten allerdings nicht aus einem Vertrag oder einem vorvertraglichen Verhältnis, sondern **unmittelbar aus dem Gesetz abgeleitet werden (objektiv-rechtliche Sorgfaltspflicht)**⁴⁰, was insbesondere eine rechtsgeschäftliche Disposition über diesen Schutz gegen den Willen des Dritten verhindert und daher zu befürworten ist.

Doch wie die Konstruktion auch immer aussieht: Ganz unproblematisch ist die Haftung für Schäden Dritter etwa in folgendem Beispiel zu bejahen: Der Ehemann nimmt eine Anlageberatung in Anspruch und macht dabei deutlich, daß auch Gelder seiner Frau veranlagt werden sollen. Die Recht-

(blindes Vertrauen; trotz erkennbar verdächtiger Umstände keine Rückfrage); BGH NJW 1973, 456 (kein Mitverschulden, obwohl von 30,5% Zinsen gesprochen wurde – wohlge-merkt für das Vierteljahr!).

³⁹ Ausführlich und grundlegend dazu schon *Welser* Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten, 80 ff.

⁴⁰ Für „objektiv-rechtliche Sorgfaltspflicht“ auch *Welser* Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten, 86 ff.; *Wilhelm* *ecolex* 1991, 87; *Karner* ÖBA 2001, 238 f.; *dems.* ÖBA 2001, 893, 894. Ebenso bereits OGH SZ 69/258 und zuletzt ÖBA 2002, 829 m.w.N.; siehe ferner etwa auch ÖBA 2001, 922.

sprechung, vor allem die deutsche, geht aber noch viel weiter: So hat der BGH⁴¹ im Jahre 1997 Ersatzansprüche eines Bürgen gegen den Sachverständigen bejaht, dessen im Auftrag des Grundstückseigentümers erstattetes Wertgutachten über das zwecks Kreditsicherung einer Bank verpfändete Grundstück fehlerhaft war. Zwar wußte der Sachverständige, daß sein Gutachten für den Kreditantrag des Eigentümers benötigt wurde. Die Pikanterie dabei war aber, daß der Bürge bei Abgabe seiner Haftungserklärung vom Gutachten keine Kenntnis hatte, auf dessen Inhalt also überhaupt nicht vertraute! Die Einbeziehung des Bürgen in den geschützten Personenkreis geht schon deshalb zu weit.

X. Rechtsgeschäftliche Dispositionen über Pflichten und Haftung

Was die Möglichkeit rechtsgeschäftlicher Änderungen der gesetzlichen Haftungsvoraussetzungen anbelangt, so kommt aus praktischer Sicht vor allem den neuen, seit dem Jahre 2000 in Verwendung stehenden **Allgemeinen Bankbedingungen (ABB)** Bedeutung zu.⁴² Z 9 dieser Bedingungen erscheint auf den ersten Blick schon deshalb unbedenklich, weil sie sich eng an das Gesetz angelehnt: Wie von § 6 Abs. 1 Z 9 KSchG gestattet, enthält sie in Abs. 1 einen Haftungsausschluß nur für leichte Fahrlässigkeit; ferner Ausnahmen, nämlich Haftung bei jedem Verschulden im Bereich wertpapierbezogener, dem WAG unterliegender Dienstleistungen (Abs. 2), sowie den bloß deklaratorischen Hinweis auf die aufrecht bleibende (zwingende) Haftung nach dem ÜberweisungsG 1999 (Abs. 3). Allerdings hat der OGH die Verwendung der Klausel im Anschluß an *Hofmann*⁴³ auf Grund einer von einem Verbraucherschutzverband angestregten Verbandsklage unlängst untersagt,⁴⁴ da er sie wegen der wirtschaftlichen Übermacht, der verdünnten Willensfreiheit auf Seite des Bankkunden sowie des Umstandes, daß die Freizeichnungsklausel auch im Fall der Verletzung vertraglicher Hauptpflichten Geltung haben soll, als für den Kunden i.S. des § 879 Abs. 3 ABGB gröblich benachteiligend ansah.

Außerhalb zwingenden Rechts sind **Vorweg-Dispositionen** über Informations- und Beratungspflichten allenfalls durch Individualvereinbarung möglich; eine Kernberatung ist aber wohl auch bei sog. „*execution only*“-Wert-

papierdienstleistern unabdingbar.⁴⁵ Davon zu unterscheiden ist der bereits angesprochene „Quasiverzicht“ auf Beratung und Aufklärung: Eine Pflicht, dem insoweit unwilligen Kunden Informationen aufzudrängen, gibt es grundsätzlich nicht.

XI. Besonderheiten im Verkehr mit Verbrauchern?

Zu (möglichen) Besonderheiten im Verkehr mit Verbrauchern seien zum Abschluß nur zwei Aspekte angesprochen. Rechtlich Besonderes gilt natürlich dann, wenn sich konkrete gesetzliche Vorschriften finden lassen, die nur auf Verbrauchergeschäfte anzuwenden sind. Das ist banal und muß daher nicht weiter erörtert werden. Beispiel dafür ist etwa § 25c KSchG (Aufklärung gegenüber interzedierenden Verbrauchern über die Vermögenslage des Kreditnehmers).

Interessanter und schwieriger ist jener Bereich, in dem sich Grund und Umfang von Beratungspflichten erst aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung ergeben. So darf die Bank von Verbrauchern tendenziell geringere Kenntnisse erwarten als von Unternehmern (die etwa Unternehmensgewinne veranlagen), was zum Beispiel bei Konkretisierung der *anlegergerechten* Beratung zu beachten ist und zu einer Verschärfung der gebotenen Sorgfalt führt. Details dazu können aber nur am Einzelfall vorgeführt werden.

⁴¹ ZIP 1998, 556 = EWIR 1998, 683 (P. Bydlinski).

⁴² Ausführlich dazu *Iro/Koziol* Allgemeine Bedingungen für Bankgeschäfte – Kommentar, 2001.

⁴³ ÖBA 2002, 371, 373 f.

⁴⁴ ÖBA 2003, 141, 143 f. Mit dieser E wird die Verwendung von insgesamt 12 Klauseln der ABB für unzulässig erklärt; dazu ausführlich *Apathy* ÖBA 2003, 177 (speziell zu Z 9 ABB 180f.).

⁴⁵ Näher dazu, insb. zu den Pflichten nach § 13 WAG, etwa *Knobl* ÖBA 1997, 783.