

Rechtsprechung

Zivilrechtliche und strafrechtliche Entscheidungen

Bearbeitet von
RA Univ.-Prof. Dr. Raimund Bollenberger,
unter Mitarbeit von
RA Dr. Markus Kellner

OGH-Entscheidungen

2000.

§§ 1295, 1304, 1313a ABGB; § 502 ZPO. Der Anlageprodukte vertreibenden Bank ist ein allfälliges Verschulden eines selbständigen Beraters nicht zuzurechnen, wenn sie auf eine objektive Beratung durch ihn vertrauen darf. Das ist jedoch nicht der Fall, wenn der Berater mit der Bank in ständiger Geschäftsbeziehung steht („Vertriebspartner“), sein wirtschaftlicher Erfolg somit (auch) vom Ausmaß der Vermittlung ihrer Produkte abhängt und die Interessen beider daher parallel laufen. Dann ist der Berater der Bank nicht nur irrtumsrechtlich zuzurechnen; sie haftet auch für sein Verhalten bei der Vermittlung der Anlage. Auch „Zurechnungsstaffeln“ mit mehreren (Sub-)Beratern kommen in Betracht.

Ob die für eine Haftung nach § 1313a ABGB erforderliche wirtschaftliche Nahebeziehung zwischen selbständigem Berater und Bank aufgrund der konkreten Umstände gegeben ist, ist eine nicht revisible Frage des Einzelfalls.

OGH 4. 11. 2013, 10 Ob 34/13t [1]

Aus der Begründung:

1. Der OGH hat zur Frage der Zurechnung eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens (WPDLU) zur ausführenden Bank bereits in der E 4 Ob 129/12t [2] Stellung genommen:

1.1. Wird ein Vermögensberater von einem anderen Wertpapierdienstleister ständig mit der Vermittlung von bestimmten Anlageprodukten betraut, so entsteht dadurch ein wirtschaftliches Naheverhältnis, das es (ungeachtet einer eigenen vertraglichen Verpflichtung des Beraters gegenüber dem Kunden) rechtfertigt, ein Verschulden des Beraters nach § 1313a ABGB der Bank zuzurechnen. Denn diese ständige Betrauung begründet zusammen mit der regelmäßig produkt- und umsatz-

abhängigen Provision die Gefahr, dass der Vermittler nicht mehr ausschließlich oder doch überwiegend im Interesse des Kunden tätig wird, sondern auch andere Erwägungen – insb die Maximierung des eigenen Gewinns – in seine Tätigkeit einfließen lässt. Dies erfolgt im Interesse der Bank, die den Vertrieb ihrer Produkte vertraglich auslagert und so die Vorteile der Arbeitsteilung für sich in Anspruch nimmt. Zwar kann eine Bank im Allgemeinen darauf vertrauen, dass ein vom Kunden beigezogener Berater den Kunden ausreichend berät, sodass sie insofern keine eigenen Pflichten treffen und ihr (daher) auch ein allfälliges Verschulden des Beraters nicht zuzurechnen ist. Das gilt aber nur dann, wenn sie auf eine objektive Beratung vertrauen darf. Letzteres trifft nicht zu, wenn der Berater mit der Bank in einer ständigen Geschäftsbeziehung steht („Vertriebspartner“), sein wirtschaftlicher Erfolg somit (auch) vom Ausmaß der Vermittlung ihrer Produkte abhängt und daher sein Interesse an der Vermittlung der Verträge grundsätzlich mit jenem der Bank an deren Abschluss parallel läuft. Ist ein Berater derart in die Interessenverfolgung der Bank eingebunden, bleiben deren Beratungspflichten mangels legitimen Vertrauens auf eine objektive Beratung durch einen Dritten aufrecht. Damit ist der Berater der Bank aber nicht nur irrtumsrechtlich zuzurechnen, sondern die Bank haftet auch für Schäden aufgrund von dessen Verhalten bei der Vermittlung der Anlage (so auch Graf, *ecolx* 2013, 765, wo er aus der zitierten E Folgendes ableitet: „Besteht die Gefahr, dass der vorgeschaltete Rechtsträger den Kunden nicht objektiv berät, bleibt die nachgeschaltete Bank beratungspflichtig und haftet für ein Verschulden des Beraters“).

1.2. Diese Rechtsansicht wurde in 8 Ob 104/12w [3] (P 2.1. der Begründung) bestätigt. In der E 2 Ob 24/13p [4], die kritische Stellungnahmen der Lehre zu diesem Thema aufzeigt, wurde eine Zurechnung des Wertpapierberaters zur beklagten Bank auf Grundlage der eben zitierten beiden Vorentscheidungen (wenn auch – unter Berücksichtigung der konkreten Fallgestaltung – nicht bloß auf die Vertriebspartnerschaft zwischen Bank und Wertpapierdienstleistungsunternehmen gesüßt) ebenfalls bejaht.

2. Auch das Berufungsgericht hat auf diese Rsp (4 Ob 129/12t) verwiesen. Die Frage, ob die erforderliche wirtschaftliche Nahebeziehung zwischen dem WPDLU und der Depotbank aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls als gegeben anzusehen ist, stellt aber keine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO dar.

3. Die Ansicht des Berufungsgerichts, dass sich eine ausreichende Grundlage für eine solche Zurechnung iSd jüngeren

Rsp schon aus den unbekämpften Feststellungen des Ersturteils (zum Vertrieb der MEL-Zertifikate über Vertriebspartner der 100%igen Vertriebs Tochter der beklagten Bank) ergebe – uzw auch bei einer „Zurechnungs-Staffel“ – ist zumindest vertretbar. Entgegen der Ansicht der Beklagten wird in den oben erwähnten Entscheidungen nämlich *kein* „Auftragsverhältnis“ zwischen dem WPDLU und der Bank vorausgesetzt.

4. Im vorliegenden Fall hat die (unmittelbare) Vertriebspartnerin der Beklagten (nämlich ihre – zwecks Vertriebs von MEL-Zertifikaten gegründete – 100%ige Tochter) mit anderen konzessionierten WPDLU selbständige Vertriebspartnerverträge abgeschlossen. Einer der „vier großen Vertriebspartner“ der 100%igen Vertriebs Tochter der beklagten Bank war die F AG; unter deren „Haftungsdach“ war (auch) die a gesmbH, eine Vertriebspartnerin der 100%igen Vertriebs Tochter der beklagten Bank.

4.1. Die Finanzberatung des Klägers erfolgte durch den Vertreter dieser (mittelbaren) Vertriebspartnerin. Die Beurteilung, dass die (Fehl-)Beratung durch dieses WPDLU der Beklagten zuzurechnen sei (das Berufungsgericht spricht hier von einer „Zurechnungs-Staffel“), ist vertretbar und nicht korrekturbedürftig: War doch dieses WPDLU in die Interessenverfolgung der Beklagten eingebunden, wobei die unmittelbare Vertriebspartnerin der Beklagten als Bindeglied zwischen der Beklagten und den mittelbaren Vertriebspartnern fungierte.

5. Davon abgesehen ist die Beurteilung der Beratungs- und Aufklärungspflichten von Banken schon grundsätzlich eine Frage des Einzelfalls. Gegenteiliges gilt – nach stRsp – nur dann, wenn eine grobe Fehlbeurteilung vorliegt, die im Interesse der Rechtssicherheit korrigiert werden müsste (RS0106373; zuletzt 9 Ob 16/13p; 9 Ob 50/12m mwN). Dies ist hier jedoch nicht der Fall.

5.1. Nach den Feststellungen wurde der Kläger von seinem Berater anhand der Informationen auf den Veranstaltungen der 100%igen Vertriebs Tochter der Beklagten aufgeklärt, wo die Darstellung des Produkts – jeweils ohne Eingehen auf die Risiken – im Vordergrund stand. Außerdem erfolgte die Entlohnung des Beraters aufgrund der ständigen Vertriebspartnerschaft zwischen der Vertriebs-

[1] Siehe dazu die Anm von P. Bydliński in diesem Heft, ÖBA 2014, 201.

[2] ÖBA 2013, 431 mit Anm von Ch. Rabl.

[3] ÖBA 2013, 438.

[4] ÖBA 2013, 819 mit Anm von P. Bydliński.

tochter der Beklagten und der F AG (unter deren „Haftungsdach“ die a gesmbH tätig war) auch nicht unabhängig von den vermittelten Produkten. Der wirtschaftliche Erfolg der a gesmbH war also (auch) vom Ausmaß der Vermittlung von MEL-Zertifikaten abhängig, wodurch das Interesse des Beraters an der Vermittlung der Verträge grundsätzlich mit jenem der Bank an deren Abschluss *parallel lief*. Die Beklagte durfte daher (eben) nicht auf eine objektive Beratung vertrauen, sondern musste erkennen, dass die Beratung der Kunden – nach der erteilten Information – (systematisch) irreführend erfolgen werde. Dass diese Umstände – iS eines von der Beklagten (bewusst) herbeigeführten Beratungsfehlers – auch Einfluss auf die Anlageentscheidung des Klägers hatten, ist evident. Ihre Haftung aus der Verletzung der Beratungspflicht ist also schon deshalb zu bejahen, weil die Beklagte aufgrund der Vertriebskonstruktion – mit vehementem Eigeninteresse der Vertriebspartner am Bestand des Naheverhältnisses zur Beklagten – zumindest Anhaltspunkte dafür hatte, dass die WPDLU ihre Pflichten nicht erfüllen (RS0128476; RS0026135 [T34]; RS0029601 [T28]).

6. Inwieweit sich ein Anleger ein Mitverschulden am Scheitern seiner Veranlagung anrechnen lassen muss, etwa weil er Risikohinweise nicht beachtet hat, oder eine grobe Pflichtverletzung des Beraters dieses in den Hintergrund treten lässt, ist ebenfalls aufgrund der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen und begründet daher im Regelfall keine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO (RS0102779 [T8]; RS0078931). Auch die Verneinung eines Mitverschuldens durch die Vorinstanzen begegnet im vorliegenden Einzelfall keinen Bedenken. Es stellt eine vertretbare Beurteilung des Berufungsgerichts dar, dass dem Kläger (aufgrund der Unerfahrenheit bei Veranlagungen und der mündlichen Zusicherungen des Beraters über die Sicherheit des Investments) nicht als Mitverschulden anzurechnen ist, dass er die ganz klein gedruckten Risikohinweise im Beratungsprotokoll nicht gelesen hat (RS0102779 [T11]).

7. Die Behauptungs- und Beweislast für die Wahl und Entwicklung einer hypothetischen Alternativanlage trifft den klagenden Anleger unter der Voraussetzung, dass er bei korrekter Beratung überhaupt veranlagt hätte, wovon bei einem vorgefassten Anlageentschluss auszugehen ist (RS0022862 [T5]). An diesen Nachweis sind aber keine zu strengen Anforderungen zu richten (RS0022862 [T6]). Demgemäß genügt die Feststellung, eine Alternativanlage hätte dem Kläger zumindest das Kapital erhalten, den Anforderungen an den Beweis des hypothetischen Kausalverlaufs. Den Nachweis, dass ein anderer Verlauf wahrscheinlicher

sei, hat die Beklagte nicht erbracht (vgl 4 Ob 67/12z).

Die außerordentliche Revision ist daher mangels erheblicher Rechtsfrage im Sinn des § 502 Abs 1 ZPO zurückzuweisen.

2001.

§§ 879, 1295, 1313a ABGB; § 502 ZPO. Der Anlageprodukte vertreibenden Bank ist ein allfälliges Verschulden eines selbständigen Beraters nicht zuzurechnen, wenn sie auf eine objektive Beratung durch ihn vertrauen darf. Das ist jedoch nicht der Fall, wenn der Berater mit der Bank in ständiger Geschäftsbeziehung steht („Vertriebspartner“), sein wirtschaftlicher Erfolg somit (auch) vom Ausmaß der Vermittlung ihrer Produkte abhängt und die Interessen beider daher parallel laufen. Dann ist der Berater der Bank nicht nur irrtumsrechtlich zuzurechnen; sie haftet auch für sein Verhalten bei der Vermittlung der Anlage.

Klauseln in Vertriebspartnerverträgen, die die Eigenständigkeit der jeweiligen Berater betonen, sind jedenfalls insoweit gröblich benachteiligend, als sie einen Haftungsausschluss zur Folge hätten.

Ob die für eine Haftung nach § 1313a ABGB erforderliche wirtschaftliche Nahebeziehung zwischen selbständigem Berater und Bank aufgrund der konkreten Umstände gegeben ist, ist eine nicht revisible Frage des Einzelfalls.

OGH 29. 10. 2013, 9 Ob 46/13z

Aus der Begründung:

Bereits in der E 4 Ob 129/12t [1] hat der OGH zur Frage der Zurechnung eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens (WPDLU) zur ausführenden Bank Stellung genommen:

Wird ein Vermögensberater von einem anderen Wertpapierdienstleister ständig mit der Vermittlung von bestimmten Anlageprodukten betraut, so entsteht dadurch ein wirtschaftliches Naheverhältnis, das es – ungeachtet einer eigenen vertraglichen Verpflichtung des Beraters gegenüber dem Kunden – rechtfertigt, ein Verschulden des Beraters nach § 1313a ABGB der Bank zuzurechnen. Denn diese ständige Betrauung begründet zusammen mit der regelmäßig produkt- und umsatzabhängigen Provision die Gefahr, dass der Vermittler nicht mehr ausschließlich oder doch überwiegend im Interesse des Kunden tätig wird, sondern auch andere Erwägungen – insb die Maximierung des eigenen Gewinns – in seine Tätigkeit einfließen lässt. Dies erfolgt im Interesse

der Bank, die den Vertrieb ihrer Produkte vertraglich auslagert und so die Vorteile der Arbeitsteilung für sich in Anspruch nimmt. Somit kann zwar eine Bank im Allgemeinen darauf vertrauen, dass ein vom Kunden beigezogener Berater den Kunden ausreichend berät, sodass sie insofern keine eigenen Pflichten treffen und ihr (daher) auch ein allfälliges Verschulden des Beraters nicht zuzurechnen ist. Das gilt aber nur dann, wenn sie auf eine objektive Beratung vertrauen darf. Letzteres trifft nicht zu, wenn der Berater mit der Bank in einer ständigen Geschäftsbeziehung steht („Vertriebspartner“), sein wirtschaftlicher Erfolg somit (auch) vom Ausmaß der Vermittlung ihrer Produkte abhängt und daher sein Interesse an der Vermittlung der Verträge grundsätzlich mit jenem der Bank an deren Abschluss parallel läuft. Ist ein Berater derart in die Interessenverfolgung der Bank eingebunden, bleiben deren Beratungspflichten mangels legitimen Vertrauens auf eine objektive Beratung durch einen Dritten aufrecht. Damit ist der Berater der Bank aber nicht nur irrtumsrechtlich zuzurechnen, sondern die Bank haftet auch für Schäden aufgrund von dessen Verhalten bei der Vermittlung der Anlage (so auch *Graf, ecolex* 2013, 765, der aus der zitierten E Folgendes ableitet: „Besteht die Gefahr, dass der vorgeschaltete Rechtsträger den Kunden nicht objektiv berät, bleibt die nachgeschaltete Bank beratungspflichtig und haftet für ein Verschulden des Beraters“).

Diese Rechtsansicht wurde in 8 Ob 104/12w [2] (P 2.1. der Begründung) und zuletzt in 10 Ob 34/13t [3] bestätigt. In der E 2 Ob 24/13p [4], die kritische Stellungnahmen der Lehre zu diesem Thema aufzeigt, wurde eine Zurechnung des Wertpapierberaters zur beklagten Bank auf Grundlage der beiden Vorentscheidungen 4 Ob 129/12t und 8 Ob 104/12w (wenn auch – unter Berücksichtigung der konkreten Fallgestaltung – nicht bloß auf die Vertriebspartnerschaft zwischen der Bank und dem WPDLU gestützt) ebenfalls bejaht.

In der von der Beklagten bekämpften Entscheidung des Berufungsgerichts, die auf diese Rsp (4 Ob 129/12t und 8 Ob 104/12w) verwies, kann ein Abgehen von diesen Grundsätzen nicht erblickt werden. Die Frage, ob die erforderliche wirtschaftliche Nahebeziehung zwischen dem WPDLU und der Depotbank auf

[1] ÖBA 2013, 431 mit Anm von *Ch. Rabl*.

[2] ÖBA 2013, 438.

[3] ÖBA 2014, 199 mit Anm von *P. Bydlinski*.

[4] ÖBA 2013, 819 mit Anm von *P. Bydlinski*.

Grund der konkreten Umstände des Einzelfalls als gegeben anzusehen ist, stellt keine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO dar (10 Ob 34/13t). Dass einzelne Fallkonstellationen denkbar sind, mit denen sich der OGH noch nicht auseinandergesetzt hat – so die Beklagte –, begründet die Zulässigkeit ihrer außerordentlichen Revision noch nicht notwendigerweise (RS0088931 [T3]).

Die Ansicht des Berufungsgerichts, auf Grundlage des zwischen der 100%igen Tochtergesellschaft der Beklagten, der MSF AG (M) und dem hier einschreitenden Vertriebspartner, der E AG (E) bereits im Jahr 2003 abgeschlossen und im Jahr 2007 noch aufrechten Vertriebspartnervertrags sei von einer „ständigen“ Geschäftsbeziehung zwischen der Beklagten und der E auszugehen, ist durchaus vertretbar. Entgegen der Ansicht der Beklagten wird in den oben erwähnten Entscheidungen nämlich kein „Auftragsverhältnis“ zwischen dem WPDLU und der Bank vorausgesetzt. Es ist auch nicht unvertretbar, wenn das Berufungsgericht zudem die kostenlose Zurverfügungstellung von Informationsmaterial, Antragsunterlagen und sonstiger für den Vertragsabschluss mit dem Kunden wesentlicher Dokumente an die Vertriebspartnerin E durch die M und den im Vertriebspartnervertrag vereinbarten Provisionsanspruch der E als weitere Kriterien für die Annahme einer „wirtschaftlichen Nahebeziehung“ zwischen Vertriebspartner und Bank herangezogen hat.

Die (unmittelbare) Vertriebspartnerin der Beklagten (M) schloss hier wiederum mit anderen konzessionierten WPDLU (hier mit der E) selbständige Vertriebspartnerverträge ab. Im Anlassfall erfolgte die Finanzberatung der Klägerin durch den Vertreter dieses (mittelbaren) Unternehmens (der E). Die Beurteilung des Berufungsgerichts, dieses mittelbare WPDLU sei in die Interessenverfolgung der Beklagten eingebunden und letztlich der Beklagten zuzurechnen, zumal ihre unmittelbare Vertriebspartnerin als Bindeglied zwischen der Beklagten und den mittelbaren Vertriebspartnern fungierte, ist auch unter Berücksichtigung, dass der

bloß mittelbare Vertriebspartner andere Finanzprodukte als jene der Beklagten vertreiben durfte und auch nicht zum Vertrieb verpflichtet war, noch vertretbar und nicht korrekturbedürftig. Auch in der erst jüngst ergangenen E 10 Ob 34/13t wurde in einem vergleichbaren Fall das mittelbare WPDLU der M iS einer sog. „Zurechnungsstaffel“ zugerechnet. Die Verwendung von schriftlichen Unterlagen des mittelbaren Vertriebspartners zur Finanzanalyse durch den Finanzberater der Klägerin führt ebenfalls nicht zu einer Durchbrechung der Zurechnung, weil dies nur Folge der von der Beklagten vorgenommenen Auslagerung des Vertriebs ihrer Produkte und damit der von ihr angestrebten Arbeitsteilung ist. Die persönlichen Verhältnisse zwischen der Klägerin und ihrem persönlichen Finanzberater sind von keiner rechtlichen Relevanz.

Dass die von der Beklagten angesprochenen Klauseln in den einzelnen Vertriebspartnerverträgen, die die Eigenständigkeit der jeweiligen WPDLU betonten, jedenfalls insoweit als gröblich benachteiligend iSd § 879 ABGB anzusehen wären, als sie einen Haftungsausschluss zur Folge hätten, wurde bereits in der E 4 Ob 129/12t klargestellt.

Insgesamt gelingt es der Beklagten nicht, eine korrekturbedürftige Fehlbeurteilung der erörterten Zurechnungsfrage durch das Berufungsgericht aufzuzeigen.

Anmerkung:

1. Und schon ist es passiert! Obwohl dem Vernehmen nach eine Vielzahl ähnlicher Fälle gerichtshängig ist und obwohl speziell die erst in jüngster Zeit vom OGH entwickelte, von ihm mittlerweile jedoch schon mehrfach vertretene „Zurechnungslösung“ über § 1313a ABGB [1] in der Lehre auf (nahezu [2]) ungeteilte, mit starken Argumenten begründete Ablehnung stieß [3], wird in den beiden hier vorgestellten, ziemlich kurzen Entscheidungen zweier unterschiedlicher Senate aus dem Herbst 2013 [4] nicht nur auf diese Gegenargumente mit keinem Wort eingegangen [5]; viel-

mehr werden die Revisionen jeweils mit dem Argument zurückgewiesen, es gehe bloß um konkrete Umstände des Einzelfalls, *nicht* (mehr) hingegen um *erhebliche Rechtsfragen* iSd § 502 ZPO. Wenn in 9 Ob 46/13z ausgeführt wird, eine (außerordentliche) Revision sei dann nicht notwendigerweise zulässig, wenn einzelne Konstellationen denkbar seien, mit denen sich der OGH noch nicht auseinandergesetzt hat, so ist das zwar sicherlich an sich richtig. Zugleich ist aber darauf hinzuweisen, dass der 2. Senat in 2 Ob 24/13p (unter 6.) ausdrücklich erklärte, wegen der konkreten Fallgestaltung auf die an 4 Ob 129/12t geübte Kritik nicht näher eingehen zu müssen. Warum wurde also nicht wenigstens eine spätere Gelegenheit genutzt, sich mit dieser beim OGH nunmehr offenbar als Leitentscheidung fungierenden E des 4. Senats auseinanderzusetzen, zumal die erhobenen Einwände durchaus grundsätzlicher Natur sind? Randbemerkung: Wie überzeugt ist ein Senat wirklich, wenn er – wie der 9. – die Rechtsansichten des Berufungsgerichts als „durchaus vertretbar“, „nicht unvertretbar“ und „noch vertretbar und nicht korrekturbedürftig“ bezeichnet?

2. Zwar wird auch in diesen beiden Entscheidungen wiederum betont, dass die Bank „im Allgemeinen“ auf eine ausreichende Beratung des Kunden durch den von diesem selbst beigezogenen Berater vertrauen dürfe (was für § 1313a ABGB eigentlich irrelevant ist, da ja jeder Geschäftsherr typischerweise darauf vertraut, dass sich sein Erfüllungsgehilfe korrekt verhält, aber dennoch haftet, wenn der Gehilfe dieses Vertrauen im Einzelfall enttäuscht). Dieser Grundsatz ist in der praktischen Anwendung aber offensichtlich zur seltenen Ausnahme geworden und man weiß eigentlich nicht recht, wann er beim arbeitsteiligen Vertrieb von Vermögensanlagen nach den Kriterien des OGH überhaupt noch eingreifen kann.

3. Dazu nur das Wichtigste nochmals in aller Kürze [6]. Wiederum wird vom OGH mit *ständiger Betrauung* argumentiert, aus der ein *wirtschaftliches Naheverhältnis* [7] entstehe sowie ein Parallellaufen

[1] Wohl begonnen im Dezember 2012 mit 4 Ob 129/12t ÖBA 2013, 431 *Ch. Rabl*; ferner 8 Ob 104/12w ÖBA 2013, 438; 2 Ob 24/13p ÖBA 2013, 819 *P. Bydlinki*.

[2] Zumindest tendenziell wie der OGH wohl *Graf*, *ecolex* 2013, 762 ff, der ab 763 zumindest versucht, eigene Beratungspflichten der Bank zu begründen, die dann vom selbständigen Berater als Erfüllungsgehilfen der Bank verletzt worden sein sollen. Warum es bei dieser Konstruktion der Berufung auf § 1313a ABGB bedarf, wird allerdings nicht klar (und *Graf* selbst spricht kurz nach Erwähnung des

§ 1313a davon, dass der OGH meine, die Bank hafte, weil sie eine *eigene* Beratungspflicht nicht korrekt erfüllt habe).

[3] *Trenker*, *Zak* 2012, 364; *Ch. Rabl*, ÖBA 2013, 433; *P. Bydlinki*, ÖBA 2013, 464 und 820; *Foglar-Deinhardstein*, ÖJZ 2013, 319; *Steinmair*, *ZFR* 2013, 88.

[4] Bereits die parallelen, über weite Strecken wortgleichen Formulierungen zeigen, dass sich die beiden Senate vorweg abgestimmt haben. Zusätzlich fällt auf, dass der 9. Senat an mehreren Stellen auf die seine Rechtsansicht stützende E 10 Ob 34/13t Bezug nimmt, ob-

wohl die E des 10. Senats ein jüngerer Datum trägt als die des 9., also erst später ergangen ist!

[5] Überdies werden nur ganz wenige privatrechtliche Bestimmungen zitiert: einmal bloß § 1313a, das zweite Mal auch § 879 ABGB.

[6] Siehe ansonsten bereits meine Ausführungen in ÖBA 2013, 463 ff und 820 f sowie die dortigen umfangreichen Nachweise.

[7] Von wirtschaftlicher *Abhängigkeit* (des selbständigen Beraters bzw Vermittlers von der Bank) ist hingegen nicht die Rede.

der Interessen an der Vermittlung der Verträge zwischen Berater und Bank folge, was eine Zurechnung (des Beraterfehlverhaltens an die Bank) rechtfertige. Dies und die umsatzabhängige Provision soll nämlich die Gefahr hervorrufen, dass der Vermittler (bzw Berater) nicht mehr überwiegend im Kundeninteresse tätig werde (was die Bank erkennen müsse).

Aber wieso sollte die Bank schon in einer solchen Konstellation (ernsthaft) damit rechnen müssen, dass der selbständige Vermittler seine vertraglichen Hauptpflichten gegenüber dem Anleger verletzt [8]? Ist mit der Vermittlung des von der Bank stammenden Produkts nur eine übliche Provision zu verdienen und hat der Vermittler – wie regelmäßig – eine Mehrzahl von Anlagemöglichkeiten verschiedener Anbieter in seiner Angebotspalette, gibt es auch bei *ständiger* Betrauung durch eine Bank keinen Grund zur Annahme, der Vermittler werde gerade diese Anlage auch bei fehlender Eignung (für den konkreten Anleger) empfehlen oder gerade über die Risiken *dieser* Anlage nicht ausreichend aufklären [9]. Hingegen könnte eine solche Gefahr bei bloß *einmaliger* Betrauung mit der Vermittlung einer bestimmten Anlage deutlich höher sein; etwa bei besonders großzügigen Provisionsversprechen. Schließlich laufen die Interessen des Vermittlers und der – absatzinteressierten – Bank (wie bei jedem gestuften Vertrieb) *immer* parallel, und zwar nicht anders als die sonstiger Anbieter von Vermögensanlagen und des von ihnen betrauten Vermittlers, so dass nicht zu erkennen ist, wie daraus ein belastendes oder gar ein abgrenzendes Argument gewonnen werden könnte.

4. Ergänzend ist auf Grundsätzliches zu den *Voraussetzungen* des § 1313a ABGB hinzuweisen (was bisher in dieser Deutlichkeit wohl noch nicht geschehen ist): Die Bank (als Geschäftsherrin) müssten eigene Pflichten gegenüber dem Anleger treffen; sie müsste den Vermittler mit der Wahrnehmung gerade dieser Pflichten betraut haben; und der Ver-

mittler müsste dem Anleger gegenüber deutlich gemacht haben, für die Bank und in Erfüllung von deren Pflichten tätig zu sein. Jedenfalls die beiden letztgenannten Voraussetzungen fehlen regelmäßig, wenn ein selbständiger Vermittler seine Kunden im eigenen vertraglichen Pflichtenkreis berät.

5. Es bleibt also dabei: Die Bank haftet bloß für eigenes Fehlverhalten, nicht hingegen für jenes eines – selbständigen (und konzessionierten) – Vermittlers, der gerade nicht ihr Erfüllungsgehilfe ist [10]. Das ergibt sich schon aus den *unterschiedlichen Pflichtenkreisen*. So trifft – auch nach aktueller Judikatur des BGH – (nur) den Vermittler die Pflicht zu anlegergerechter Beratung [11], während die Bank etwa für von ihr selbst getätigte unrichtige Angaben zu ihrem Anlageprodukt einzustehen hat, die einem bloßen Vermittler uU gar nicht vorgeworfen werden können. Der OGH will die Bank hingegen bei ständiger Betrauung des Vermittlers auch in der ersten Fallgruppe haften lassen, was nicht zuletzt gegen anerkannte Wertungen bzw ausdrückliche Regelungen des WAG (in alter und neuer Fassung) verstößt; nur der erste Senat dürfte eine der hier vertretenen zumindest sehr ähnliche Position einnehmen [12].

6. Ob die beiden Rechtsstreitigkeiten vom OLG Wien (Berufungsgericht zu 10 Ob 34/13i) bzw vom OLG Linz (Berufungsgericht zu 9 Ob 46/13z) nach den vorstehenden Überlegungen richtig entschieden wurden, lässt sich nur schwer beurteilen, weil die Zurückweisungsentscheidungen der beiden OGH-Senate wenig von den zugrundeliegenden Sachverhalten preisgeben. Soweit zu erkennen, lag *9 Ob 46/13z* eine durchaus übliche arbeitsteilige Vertriebsstruktur zugrunde, in der es offenbar bloß zu einer Fehlberatung durch das kundennächste Wertpapierdienstleistungsunternehmen (WPDLU) kam. Dieses WPDLU durfte auch andere Finanzprodukte vertreiben und war nicht zum Vertrieb der Produkte der Beklagten (offenbar einer Bank)

verpflichtet. Von der Vereinbarung ungewöhnlich hoher Provisionen ist keine Rede. Die Zurechnung scheint vielmehr bloß auf eine „ständige“ Geschäftsbeziehung sowie auf eine „wirtschaftliche Nahebeziehung“ gestützt zu werden [13], was – wie gezeigt – abzulehnen ist: Weder passt § 1313a ABGB noch enthält die E Hinweise auf ein eigenes Fehlverhalten der beklagten Bank, das Grundlage einer Schadenersatzpflicht sein könnte.

Anders gelagert war hingegen wohl der Sachverhalt zu *10 Ob 34/13t*, wo eine hundertprozentige (Vertriebs-)Tochter der beklagten Bank bei ihren Veranstaltungen den (kundennächsten) Vertriebspartnern zwar das Anlageprodukt darstellte, dabei aber nicht auf dessen Risiken einging, und der Berater den Anleger offenbar (nur) entsprechend dem auf der Informationsveranstaltung Gehörten beriet. Das Berufungsgericht ging in der Folge von einem „von der Beklagten (bewusst) herbeigeführten Beratungsfehler“ aus. Ist das zutreffend – und sei es nur in der Form fahrlässiger Fehlberatung –, so liegt eine Einstandspflicht der beklagten Bank durchaus nahe. Mit einer Haftung für ein Fehlverhalten des kundennächsten (selbständigen) Beraters als Erfüllungsgehilfen gemäß § 1313a ABGB hat das allerdings wiederum nichts zu tun.

7. *Fazit:* Trotz der bereits vorliegenden Entscheidungen verschiedener Senate des OGH ist dringend zu hoffen, dass sich ein Senat bei der nächsten Gelegenheit mit der – nach Ansicht vieler ganz unpassenden – Konstruktion einer Haftung des kundenferneren WPDLU mit Hilfe des § 1313a ABGB zumindest ausführlich auseinandersetzt. Noch schöner wäre es freilich, der OGH würde diesen Weg rasch wieder verlassen und in klassischer Manier prüfen, ob in concreto ein *eigenes Fehlverhalten* des beklagten (kundenferneren) WPDLU vorliegt, das dessen Haftung – im Einzelfall womöglich *neben* dem kundennäheren – rechtfertigt.

o. Univ.-Prof. Dr. Peter Bydliński,
Graz

[8] Darauf, dass in solchen Fällen jedenfalls eine Haftung des (konzessionierten, zwingend mit Eigenkapital ausgestatteten und/oder pflichthaftpflichtversicherten) Beraters bzw Vermittlers eingreift und somit auch keine uU zu schließende Schutzlücke besteht, wurde bereits hingewiesen: *Ch. Rabl*, ÖBA 2013, 434; *P. Bydliński*, ÖBA 2013, 464.

[9] IdS kritisch sogar *Graf*, *ecolex* 2013, 764.

[10] Das ist übrigens auch bei der *irrtumsrechtlichen* Zuordnung zu beachten, die in beiden E ebenfalls angesprochen (und von der referierten Judikatur bejaht) wird. Verletzt der kundennähere Wertpapierdienstleister *bloß eigene* Pflichten, ist er Dritter iSd § 875 ABGB,

weshalb sich die Bank eine Irrtumsveranlassung durch ihn in aller Regel nicht zurechnen lassen muss. IdS etwa *Knobl/Gasser*, ÖBA 2012, 357 ff; *P. Bydliński*, ÖBA 2013, 463 mwN – auch der Gegenposition – in Fn 66).

[11] IdS jüngst (März 2013) der BGH (XI ZR 431/11, WM 2013, 789). Er verneint eine Zurechnung des Beraterverhaltens an eine Direktbank, weil die Anlageberatung bei einem Execution-Only-Geschäft nicht zu ihrem Pflichtenkreis gehört und sie auch keine Überwachungspflicht hinsichtlich der beratenden Gesellschaft trifft. Ausnahmen erkennt das deutsche Höchstgericht unter Hinweis auf Vorjudikatur nur in ganz engen Grenzen an: „Gleichwohl bleibt es aber auch

bei gestaffelter Einschaltung mehrerer Wertpapierdienstleistungsunternehmen dabei, dass eine Warnpflicht als Nebenpflicht (§ 241 Abs 2 BGB) dann besteht, wenn der Discount-Broker die tatsächliche Fehlberatung des Kunden bei dem in Auftrag gegebenen Wertpapiergeschäft entweder positiv kennt oder wenn diese Fehlberatung auf Grund massiver Verdachtsmomente objektiv evident ist.“

[12] Gegen die Heranziehung von § 1313a ABGB die ausführliche, wenige Tage vor 4 Ob 129/12t ergangene E 1 Ob 48/12h ÖBA 2013, 506 *Thiede*, die in den späteren E des OGH weitgehend negiert wird.

[13] Die Anführungszeichen finden sich bereits in der Entscheidung des 9. Senats.