

# Aktuelle Judikatur zur Beraterhaftung

**Veranstaltung der WKO-Wien zu MiFID II, 11.10.2018**

**Veranstalter: Finanzdienstleister, Fachgruppe Wien**

**Vortragender: Mag. Gregor Beer LL.M.  
Rechtsanwalt  
[www.gbslaw.at](http://www.gbslaw.at)**

# Haftung aus Schadenersatz

## Voraussetzungen

- Rechtswidrigkeit (Verstoß gegen Wohlverhaltensregeln)
- Verschulden
- Schaden
- Kausalität
- Rechtswidrigkeitszusammenhang

# Schadenersatz - Rechtswidrigkeit

## Bei welchen Produkten sind Wohlverhaltensregeln anwendbar?

- Finanzinstrumente iSd § 1 Z 7 WAG 2018
- Eingeschränkte Anwendung auf Veranlagungen gemäß § 1 Abs 1 Z 3 KMG
- Analoge Anwendung auf andere Veranlagungen  
**OGH 1 Ob 115/11k:** Frage der analogen Anwendung bei Secondhand-Polizzen wird offen gelassen  
  
**OGH 10 Ob 163/15z:** keine Anwendung bei Fremdwährungskrediten

# Schadenersatz - Rechtswidrigkeit

## Geeignetheitsprüfung /Angemessenheitsprüfung

**Frage:** Übertragbarkeit der aufsichtsrechtlichen Regelung auf das Zivilrecht?

OGH 6 Ob 179/12k:

„Ob den Wohlverhaltenspflichten nach dem WAG 2007 ein abschließender Regelungscharakter im Hinblick auf vorvertragliche oder vertragliche Pflichten aus Schuldverhältnissen zukommt, kann hier letztlich dahingestellt bleiben.“

**Antwort:** Im praktischen Endergebnis also JA!

# Schadenersatz - Rechtswidrigkeit

## Informations- bzw. Aufklärungspflichten (I)

- Kunde muss in die Lage versetzt werden, die **Art** und die **Risiken** der **Wertpapierdienstleistung** und **Typs des Finanzinstruments** zu verstehen, um auf informierter Grundlage Anlageentscheidung treffen zu können (§ 48 Abs 1 WAG 2018 – korrespondierende Vorgängerbestimmung: § 40 WAG 2007)
- DH auch Informationen über Kosten und Gebühren
- zB bei **Garantieprodukt**: Für eine angemessene Bewertung der Kapitalgaranziezusage ist eine ausreichend detaillierte Information über Garantiegeber und die Garantie verpflichtend (**OGH 10 Ob 30/11a** unter Hinweis auf § 40 Abs 2 Z 4 WAG 2007)

## Informations- bzw. Aufklärungspflichten (II)

- **Unzureichende Aufklärung hinsichtlich Ertragschancen:**

Um beurteilen zu können, ob man sich auf eine Anlageform einlassen soll, bei der zwar die Rückzahlung des Kapitals garantiert ist, nicht jedoch ein Ertrag, ist es notwendig zu wissen, **wie groß die Wahrscheinlichkeit ist, dass ein Ertrag erwirtschaftet werden kann.**

**Der Anleger bedarf Aufklärung über für ihn verständliche Parameter, nach denen er die Chance, dass ein Ertrag erwirtschaftet wird, einschätzen kann.**

**(OGH 7 Ob 106/10d).**

# Schadenersatz - Rechtswidrigkeit

## Informations- bzw. Aufklärungspflichten (III)

Aufklärung über Weichkosten (Nebenkosten, die in der Investitionszeit anfallen und nicht substanzbildend sind z.B.: Vertrieb, Steuerberatung, Treuhänder, Agio, Prospekterstellung etc.) – dazu **OGH 6 Ob 193/15y**

- Weichkosten haben Einfluss auf die Beurteilung der Werthaltigkeit der Anlage.
- Anleger hätte von der vermittelnden und beratenden Bank daher über Weichkosten aufgeklärt werden müssen, dies im Sinne des Gebotes vollständiger, richtiger und rechtzeitiger Beratung, um den Kunden in den Stand zu versetzen, die Auswirkungen seiner Anlageentscheidung zu erkennen (**OGH 3 Ob 190/16m**)

## Informations- bzw. Aufklärungspflichten (IV)

Aufklärung über Innenprovisionen (nicht ausgewiesene, dem Anleger nicht offengelegte Vertriebsprovisionen, die in Anschaffungs- oder Herstellungskosten eines Kaufobjekts – versteckt – enthalten sind).

- Innenprovisionen haben Einfluss auf die Beurteilung des Vorliegens eines potentiellen Interessenskonfliktes.
- Anleger ist im Zuge der Beratung/Vermittlung über Innenprovisionen ebenso aufzuklären wie über Weichkosten, sofern dies im Sinne des Gebotes vollständiger, richtiger und rechtzeitiger Beratung für den Anleger erforderlich und erwartbar ist.



## Informations- bzw. Aufklärungspflichten (V)

**Kick-Backs** sind aufklärungspflichtige Rückvergütungen – umsatzabhängige – Provisionen. Entscheidendes Kriterium ist, dass sie nicht aus dem Anlagevermögen (dann: Innenprovision), sondern aus offen ausgewiesenen Provisionen gezahlt werden (zB Ausgabeaufschläge oder Verwaltungsgebühren gezahlt werden, deren Rückfluss nicht offengelegt wird.

- Verstoß gegen die Aufklärungspflicht führt zur Rückabwicklung.
- Der Kläger muss grundsätzlich die Kausalität beweisen. Schließt er, trotz Frage nach der Höhe und Erhalt der ausdrücklichen Erklärung, dass die Höhe nicht mitgeteilt wird, dennoch ab, kann er später schwerlich Schadenersatz geltend machen.

# Schadenersatz - Verschulden

- Bei Vorliegen eines Verstoßes gegen die Wohlverhaltensregeln liegt meist auch ein Verschulden vor; Gerichte gehen **regelmäßig sogar von grober Fahrlässigkeit aus!**
- Für mögliche vertragliche Haftungsbeschränkungen gelten die Regelungen des allgemeinen Zivilrechts
- **OGH 8 Ob 107/11k:** Verschulden wurde verneint, da die vom beklagten Berater vorgenommene Risikoeinschätzung der Veranlagung zum Zeitpunkt der Beratung auch der Einschätzung von Sachverständigen entsprach und die später eintretende Trendumkehr nicht vorhersehbar war.  
(ME lag hier bereits kein Verstoß gg. Wohlverhaltensregeln bzw. Aufklärungspflichten vor)

# Schadenersatz - Schadensbegriff

- Schaden liegt bereits im Erwerb der nicht adäquaten Veranlagung. Ob Verluste eingetreten sind, ist hingegen ohne Relevanz!
- Problematik der Alternativveranlagung: Was hätte Anleger ansonsten mit dem Geld gemacht und wie wäre sein Vermögensstand dann?
- Beweislast für Alternativveranlagung trifft Kläger, aber gemindertes Beweismaß.  
(gilt auch bei Nicht-Verkauf; **OGH 2 Ob 17/13h**)

# Schadenersatz - Kausalität

- **Hätte Anleger Veranlagung auch getätigt, wenn er ordnungsgemäß aufgeklärt worden wäre?**
- zB Nichtaufklärung über Provisionen: Hätte Anleger tatsächlich Produkt, von dem er ansonsten überzeugt war, nur deshalb nicht gekauft, wenn er von Provisionen gewusst hätte.
- Frage der Beweislast (Nach Rechtsprechung des deutschen BGH muss der Vermittler/die Bank nachweisen, dass der Kunde auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung gekauft hätte)

# Schadenersatz – Rechtswidrigkeitszusammenhang I

## Entscheidend ist Schutzzweck der Pflichtverletzung

- **Malversationen**: Risiko von Malversationen (etwa Kursmanipulationen) liegt im Schutzbereich der verletzten Norm, wenn Aktien/Aktienzertifikate als so sicher wie ein Bausparvertrag bzw. Rentenfonds dargestellt wurden, da bei den verglichenen Produkten dieses Risiko gar nicht oder nur in deutlich geringerem Ausmaß bestanden hätte (**OGH 8 Ob 132/10k; 4 Ob 62/11p**).
- **Selbständiger Nachkauf durch Kunden ohne Beratung** rd. 1 ½ Jahre nach Erstkauf (mit Fehlberatung) liegt außerhalb des Rechtswidrigkeitszusammenhangs (**OGH 10 Ob 9/12 i; siehe aber 1 Ob 241/14v** – Empfehlung an Kapitalerhöhungen teilzunehmen)

# Schadenersatz – Rechtswidrigkeitszusammenhang II

OGH in 2 Ob 172/17h vom 22.3.2018:

Sachverhalt:

- Berater erhält – neben Agio – Innenprovision, klärt darüber nicht auf.
- Laut Feststellungen hätte Kunde in Kenntnis davon nicht gekauft.

Beurteilung:

- Nichtaufklärung ist pflichtwidrig.
- Zweck der Informationspflicht ist Aufklärung über potentiellen Interessenskonflikt.
- Beklagte muss nachweisen, dass kein Interessenkonflikt besteht, dh sie das Produkt auch empfohlen hätte, wenn (zusätzlich zum Agio) keine Vergütung geflossen wäre.
- Dass nur Produkte mit Innenprovisionen angeboten werden, genügt zB nicht.

# Die Erfüllungsgehilfen der Rechtsträger

## Erbringung von Wertpapierdienstleistungen durch Erfüllungsgehilfen

- **Vertraglich gebundener Vermittler** gemäß § 1 Z 44 WAG 2018:  
Ausübungsregeln finden sich in § 36 WAG 2018.
- **Wertpapiervermittler** gemäß § 1 Z 45 WAG 2018:  
Ausübungsregeln finden sich in § 37 WAG 2018.  
gebundenes Gewerbe gemäß Gewerbeordnung 1994.

# Die Erfüllungsgehilfen der Rechtsträger

## Haftung des Rechtsträgers für Erfüllungsgehilfen

- Ausdrücklicher Hinweis auf § 1313a ABGB
- Rechtsträger haftet für schädigende Handlungen, die mit der Erfüllung eines bestehenden Schuldverhältnisses in einem inneren Zusammenhang stehen.
- Gilt auch für Personen, die den Anschein der Gehilfenstellung erwecken (Anscheinserfüllungsgehilfe).
- Register bei der FMA: aktuelle Information über die Erfüllungsgehilfen abrufbar.



# Eigenhaftung der „Erfüllungsgehilfen“ I

**Verhalten des Erfüllungsgehilfen grundsätzlich dem Geschäftsherrn zuzurechnen, Eigenhaftung besteht nur in 4. Ausnahmefällen :**

1. Verhalten ist keinem Geschäftsherrn zurechenbar.
2. Ausgeprägtes wirtschaftliches Eigeninteresse am Zustandekommen

Ein Entgeltsanspruch des Erfüllungsgehilfen im Innenverhältnis ist für ein haftungsbegründendes Eigeninteresse nicht ausreichend (zB OGH 2 Ob 66/11m).

3. Erfüllungsgehilfe nimmt bei Vertragsverhandlungen das persönliche Vertrauen des Kunden in besonderem Maße in Anspruch.

# Eigenhaftung des „Erfüllungsgehilfen“ II

4. Interessent legt dar, dass besondere einschlägige Kenntnisse/ Verbindungen des Vermittlers in Anspruch genommen werden, die dieser dann auch entfaltet (zB OGH in 7 Ob 178/11v). Daraus folgt:
- Vorvertragliches Schuldverhältnis auch zu einem „Dritten“ (Berater“, der selbst nicht Vertragspartei (des Kunden) werden soll.
  - Zurechnung an den Berater beruht auf einem Haftungsgrund, der auf ihn selbst zutrifft. Darauf, dass er Gehilfe ist, kommt es dabei nicht an.
  - Zudem bestand ein starkes, ausgeprägtes Vertrauensverhältnis.

# Die Erfüllungsgehilfen der Rechtsträger

## **Fall 1: OGH 05.04.2013 (8 Ob 66/12g) – I.**

- Beraterin (Erfüllungsgehilfe) einer Wertpapierfirma (WPF) empfiehlt Kunden Euro-Abstattungskredit in endfälligen Frankenkredit zu konvertieren, gleichzeitig Abschluss einer fondgebundenen Lebensversicherung.
- Beraterin klärt Kunden nicht über Kurs- und Zinsrisiko beim Fremdwährungskredit (FWK) und die Risikoträchtigkeit der fondgebundenen Lebensversicherung auf.
- Zwischen Beraterin und Kunden bestand ein besonderes, „als freundschaftlich und wohlmeinend empfundenenes Vertrauensverhältnis, das über ein rein geschäftliches Vertrauen hinausging“.

# Die Erfüllungsgehilfen der Rechtsträger

## Fall 1: OGH 05.04.2013 (8 Ob 66/12g) – II.

- Vertrauensverhältnis ermöglicht die Zweifel der Kunden zu zerstreuen und sie zu einem raschen Vertragsabschluss zu bewegen.
- **WPF und Beraterin** haften für die fehlerhafte Beratung hinsichtlich des FWK und des Tilgungsträgers.
- Die finanzierende Bank haftet nur für den FWK, da sie anlässlich der Vertragsunterfertigung erkennen hätte müssen, dass bei der Kundin noch Beratungsbedarf besteht.

# Regress gegenüber dem Erfüllungsgehilfen

## Fall 2: OGH 11.04.2013 (1 Ob 49/13g) – I.

- Erfüllungsgehilfe ist gewerblicher Vermögensberater und schließt im August 2006 mit einem WpDL (Haftungsdach) einen Pool-Partner Vertrag ab.
- Im Rahmen seiner Tätigkeit für die Wertpapierfirma vermittelt der Erfüllungsgehilfe Aktien an einen Anleger, der sein gesamtes auf einem Sparbuch veranlagte Vermögen von EUR 15.000,00 investiert.
- Erfüllungsgehilfe stellt die Veranlagung als sicheres und risikoloses Investment in Immobilien dar, das ertragreicher als ein Sparbuch sei.

# Regress gegenüber dem Erfüllungsgehilfen

## Fall 2: OGH 11.04.2013 (1 Ob 49/13g) – II.

- Aufgrund der fehlerhaften Beratung leistet die Wertpapierfirma Schadenersatz an den Anleger.
- OGH stellt fest, dass Voraussetzung für den Regressanspruch in Folge der grob fahrlässigen Falschberatung vorliegen.
- Minderung der Regresspflicht (die Wertpapierfirma hatte dem Erfüllungsgehilfen keine Informationen zur Verfügung gestellt und keine Schulungen abgehalten) wurde verneint.

# Haftung als Berater eines Vertriebspartners

## Fall 3: OGH 21.05.2015 (1 Ob 43/15b)

- Kunde investierte in mehreren Transaktionen Summen in Millionenhöhe über Vermittlung eines Vertriebspartners, welcher mit der 100%igen Tochtergesellschaft der Bank einen Vertriebspartnervertrag geschlossen hatte.
- Auf Vorschlag des Beraters hat der Kunde ein unausgefülltes Transaktionsformular (Blankett) unterschrieben, welches an die Bank adressiert war und für Kauf- und Verkaufsaufträge der Zertifikate verwendet wurde.
- Berater verwendete Blankett des Kunden eigenmächtig (vorsätzlich und unerlaubt) in Kopie zum Erwerb von Zertifikaten um die Rückforderung der Provision abzuwenden.

# Haftung als Berater eines Vertriebspartners

## Resümee aus Fall 3

- Verschulden des Beraters wird der Bank nach § 1313a ABGB grundsätzlich zugerechnet, wenn der Vertriebspartner ständig mit dem Vertrieb von Anlageprodukten betraut wurde.
- Die Übermittlung der Ankaufsorder (auch per FAX) entsprach der Übung und den AGB der Bank, sodass sich der Kläger das von seinem Finanzberater vorgenommene abredewidrige Ausfüllen des von ihm blanko unterfertigten Transaktionsformulars zurechnen lassen muss.
- Der Bank musste das abredewidrige Verhalten des Beraters nicht auffallen – Bank haftet nicht!
- Geht der Kunde gegen den Berater vor, so haftet dieser für abredewidriges Verhalten!



# BEER & STEINMAIR

RECHTSANWÄLTE

**Beer & Steinmair** Rechtsanwälte OG • 1060 Wien • Linke Wienzeile 40  
Tel: +43-1-361 87 78 0 • Fax: +43-1- 361 87 78 99 • [office@gbslaw.at](mailto:office@gbslaw.at)