

Zeitschrift für

VERBRAUCHER- RECHT

Chefredakteurin **Petra Leupold**
Redaktion **Wilma Dehn, Alexander Klauser,**
Paul Oberhammer, Alexander Schopper

Juli 2017

04

113 – 148

Beiträge

Über „Innenprovisionen“ und verbotene „Kick-back-Zahlungen“

Christoph Kronthaler und Andrea Schwangler ➔ 121

Qualifizierte Nachrangdarlehen und Inhaltskontrolle

Johann Kriegner ➔ 116

Reine Vermögensschäden im internationalen Zuständigkeits- und Privatrecht

Martina Melcher ➔ 126

Rechtsprechung

VW-Abgasskandal: Behauptungs- und Beweislast

Matthias Strohmayer ➔ 132

Handy-Tarife „4 Immer“ ➔ 139

Ausgleichsanspruch bei Vogelschlag ➔ 140

Darstellung des Flugpreises: Aufschlüsselung der Entgeltbestandteile ➔ 141

Forum

Negativzinsen beim Kreditvertrag

Martin Ramharter ➔ 144

Das EuGH-„Vogelschlag-Urteil“ *Christian Schuster-Wolf* ➔ 142

Pro & Contra

Leistungsfrist im AGB-Verbandsprozess

Stephan Foglar-Deinhardstein/Stefan Langer ➔ 146

Über „Innenprovisionen“ und verbotene „Kick-back-Zahlungen“

Zugleich eine Besprechung von OGH 2 Ob 99/16 x

Der Beitrag setzt sich mit Innenprovisionen und Kick-back-Zahlungen auseinander. Im Vordergrund steht hierbei der Schutzzweck der diesbezüglichen Aufklärungspflichten. Im Anschluss daran werden die wesentlichen Aspekte der zu besprechenden Entscheidung einer kritischen Betrachtung unterzogen.

Von Christoph Kronthaler und Andrea Schwangler

A. Sachverhalt

Der OGH hatte sich in der vorliegenden E neuerlich mit der Beteiligung an sog „Holland-Fonds“ zu befassen. Kl ist eine *Rechtsanwältin*, die häufig als *Insolvenzverwalterin* bestellt wird. Bekl Partei ist eine *Bank*. Die Kl zeichnete von 2004 bis 2006 auf Empfehlung eines Mitarbeiters der bekl Bank **Kommanditbeteiligungen** an mehreren deutschen Kommanditgesellschaften (unter Zwischenschaltung eines Treuhänders). Von ihrem Kundenberater wurde die Kl „auf prognostizierte Ausschüttungen“ von 7,25% bis 9% hingewiesen“. Nach Ablauf von zehn Jahren sollte eine „Abschichtung“ (= Kapitalauszahlung) möglich sein. Im Beratungsgespräch wurden der Kl „produktspezifische Anlegerprofile“ vorgelegt. Diese enthielten Hinweise über eine *allfällige Pflicht zur Rückzahlung von Ausschüttungen*, welche aber von der Kl nicht gelesen wurden. Eine ausdrückliche Belehrung darüber ist allerdings seitens des Mitarbeiters der bekl Bank unterblieben.

Die Kl verhandelte mit ihrem Berater über einen „Ausgabeaufschlag“ (= Agio), **welcher der bekl Bank zufließen sollte**. Es wurde eine Reduktion des Agios von 5% auf 3,5% vereinbart. Darüber hinaus hatte die bekl Bank eine „Vertriebsvereinbarung“ mit der Nebenintervenientin, die offenkundig für den Vertrieb der von der Kl gezeichneten „Holland-Fonds“ in Ö zuständig war. Beim Verkauf von Beteiligungen erhielt die bekl Bank Provisionen in der Höhe von 3% bis 4,5%. Auch über diesen Umstand wurde die Kl von ihrem Berater nicht informiert.

In den darauffolgenden Jahren erhielt die Kl „Liquiditätsausschüttungen“. Diese waren nicht durch einen Gewinn gedeckt, weshalb uU eine Rückzahlungsverpflichtung der Kl besteht.¹⁾ Zudem wurde der Kl in mehreren Schreiben berichtet, dass „es sich bei den Liquiditätsausschüttungen nicht um eine Kapitalverzinsung handle“. Im Februar 2009 wurde die Kl über die Notwendigkeit einer Reduktion der Ausschüttungen „zur Stärkung der ‚Liquiditätsreserve‘ der Fondsgesellschaften“ informiert.

Von der „Vertriebsvereinbarung“, aufgrund derer die bekl Bank von der Nebenintervenientin Provisionszahlungen erhalten hat, erfuhr die Kl erst im Jahr 2012. Wäre der Kl diese interne Provisionsvereinbarung im Zeitpunkt der Anlageentscheidung bekannt gewesen, hätte sie „die Unternehmensbeteiligungen nicht erworben“.

B. Entscheidung des OGH

Während der OGH die fehlerhafte Aufklärung über die Rückforderbarkeit der Ausschüttungen in concreto als verjährt ansieht und eine Fehlberatung in Bezug auf überhöhte Fremdkapital- oder Vertriebskosten (= „Weichkosten“) nicht festgestellt werden konnte, erachtet er die „Nichtoffenlegung der Innenprovision“ durch den Berater für problematisch. Es bestehe diesbezüglich nämlich eine Aufklärungspflicht.

Der 6. Senat habe eine solche Pflicht „für ‚Kick-back-Provisionen‘, die ein Vermögensverwalter von der Depotbank erhält, bejaht“. Die Bezahlung derartiger Provisionen stelle einen Anreiz für den jeweiligen Wertpapierdienstleister dar, nicht ausschließlich die Interessen des Kunden wahrzunehmen. Vielmehr drohe die Gefahr, dass das eigene Interesse an möglichst umfangreichen Vergütungen die Anlageempfehlung für den Kunden nachteilig beeinflusst.

Da die Kl der bekl Bank mit dem „Agio“ ein Entgelt für die Vermittlung der Anlage und die damit zusammenhängende Beratung zu leisten hatte, habe sie darauf vertrauen dürfen, „dass die Bekl nicht zusätzlich auch noch vom Emittenten oder dessen Vertriebspartner eine Provision erhielt“. Unter diesen Umständen wäre die bekl Bank aber verpflichtet gewesen, auf den drohenden Interessenkonflikt hinzuweisen. Ein Verschulden des Beraters – und damit der bekl Bank (§ 1313 a ABGB) – stehe außer Frage. Ebenso die Kausalität der Aufklärungspflichtverletzung für den eingetretenen Schaden. Nicht abschließend beurteilt werden könne hingegen, ob der Schaden auch innerhalb des **Rechtswidrigkeitszusammenhangs** stehe.

„Zweck der im konkreten Fall verletzten Informationspflicht [über den Erhalt von internen Provisionen] war die Aufklärung [der Kl]²⁾ über eine allfällige Interessenkollision auf Seiten der Beklagten.“³⁾ Bei Vorliegen einer Interessenkollision erhöhe sich das Risiko⁴⁾

1) Vgl dazu § 172 Abs 4 dHGB: „Soweit die Einlage eines Kommanditisten zurückbezahlt wird, gilt sie den Gläubigern gegenüber als nicht geleistet. Das gleiche gilt, soweit ein Kommanditist Gewinnanteile entnimmt, während sein Kapitalanteil durch Verlust unter den Betrag der geleisteten Einlage herabgemindert ist, oder soweit durch die Entnahme der Kapitalanteil unter den bezeichneten Betrag herabgemindert wird.“ Siehe zur Außenhaftung des Treugebers *Leupold*, VbR 2016, 158 f; *Trenker*, GesRZ 2017, 32, 95.

2) Im Original irrtümlich „der Beklagten“.

3) Anm durch die Verf.

4) Für ein rechtswidriges Verhalten ist nur dann zu haften, wenn die übertretene Verhaltensnorm nach ihrem Schutzzweck gerade den

VbR 2017/79

§§ 1293 ff, 1304, 1489 ABGB

OGH
2 Ob 99/16 x;
OGH
6 Ob 110/07 f

Rechtswidrigkeitszusammenhang;
Mitverschulden;
Kick-back-Zahlungen;
Innenprovisionen;
Retrozessionen

einer mangelhaften Beratung. Namentlich durch den Erwerb einer Anlage, die nicht den konkreten Wünschen und Bedürfnissen des Anlegers entspricht. Damit wäre der Rechtswidrigkeitszusammenhang zu bejahen. Hätte hingegen keine Interessenkollision auf Seiten der bekl Bank bestanden, „so stehen andere Risiken, die sich im konkreten Fall verwirklichten, aber aus verschiedenen Gründen keine Haftung der Beklagten begründen [Verjährung in Bezug auf den sog „Ausschüttungsschwindel“; fehlende Feststellungen in Bezug auf „(allenfalls) überhöhte Fremdkapital- oder Vertriebskosten“], nicht mehr im Rechtswidrigkeitszusammenhang mit der verletzten Pflicht.“⁵⁾

Im konkreten Fall wäre eine Interessenkollision dann zu verneinen, wenn die Bekl die Beteiligungen auch dann empfohlen hätte, wenn sie keine Vergütungen von ihrem Vertriebspartner erhalten hätte. Die Beweislast trifft die Bekl.

Dem Einwand der Kl, dass der Rechtswidrigkeitszusammenhang schon deshalb vorliege, weil die Belastung der Anlage mit einer Innenprovision das Risiko des Scheiterns der Anlage erhöht habe, folgt der OGH nicht. Der Anleger müsse grundsätzlich mit Vertriebskosten rechnen. Eine von der drohenden Interessenkollision unabhängige Informationspflicht bestehe nur dann, wenn die Kosten eine erhebliche Höhe erreichen. Der BGH nehme bei Vertriebsprovisionen eine Grenze von etwa 15% an.

Jedenfalls müsse sich die Kl ein gleichteiliges **Mitverschulden** anrechnen lassen. Die Tatsache, dass die Kl die Risikohinweise auf den ihr ausgehändigten Anlegerprofilen ignoriert hat, sei angesichts ihrer wirtschaftlichen und rechtlichen Erfahrung als grobe Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten zu werten.

Da die Kl „erst 2012 von den Innenprovisionen an [die Bekl]⁶⁾ erfahren“ hat, seien daraus entstehende Schadenersatzansprüche noch nicht verjährt. Die Verjährung beziehe sich auf den jeweils geltend gemachten Anspruch, der durch die zu seiner Begründung vorgebrachten Tatsachen konkretisiert werde. Deshalb liegen dann, wenn der Kl sein Begehren alternativ auf verschiedene Sachverhaltsvarianten stützt, „mehrere Ansprüche vor, die auch verjährungsrechtlich getrennt zu beurteilen sind“ (**Trennungsthese**). Daher sei in Anlegerschadensfällen die Verjährung für jeden Beratungsfehler getrennt zu beurteilen, wenn bei mehreren spezifischen Risiken jeweils eine gesonderte Verletzung von Aufklärungspflichten in Betracht kommt. Der behauptete Beratungsfehler müsse aber eine eigenständige Pflichtverletzung bilden.

C. Stellungnahme

Die vorliegende E wirft gleich mehrere spannende Fragen auf: Zunächst stellt der OGH den **Rechtswidrigkeitszusammenhang** zwischen der Aufklärungspflichtverletzung über die Zahlung von Innenprovisionen und dem Schaden der Kl in Frage. Außerdem nimmt der OGH ein gleichteiliges **Mitverschulden** der Kl an.

Bevor darauf näher eingegangen wird, erscheint es sinnvoll, einige Begrifflichkeiten zu klären, die in der bisherigen Diskussion scheinbar synonym verwendet

wurden. Hierfür soll vor allem auf die höchstgerichtliche Rsp in D zurückgegriffen werden.

1. Die Judikatur des BGH zu Innenprovisionen und Kick-back-Zahlungen

Der OGH übernimmt im Hinblick auf die „*Nichtoffenlegung der Innenprovision*“ grundsätzlich die Auffassung des 6. Senats⁷⁾ zur Aufklärungspflicht über „Kick-back-Provisionen“. Aus § 13 Z 2 und 4 WAG 1996 ergebe sich die Verpflichtung, Rückvergütungen („kick backs“) offenzulegen.⁸⁾ Grund dafür seien die Vermeidung von Interessenkonflikten und das Gebot der Bereitstellung aller zweckdienlichen Informationen, die der Anleger benötigt, um eine hinreichend informierte Anlageentscheidung zu treffen.

Der BGH differenziert zwischen in jedem Fall aufklärungspflichtigen **Kick-back-Zahlungen** (= Rückvergütungen; Retrozessionen) und nicht notwendigerweise offenzulegenden **Innenprovisionen**. Der Begriff der „*Weichkosten*“ reicht darüber hinaus und umfasst neben den Innenprovisionen auch weitere Aufwendungen, die nicht in die den geschlossenen Fonds charakterisierenden Investitionen fließen (wie zB Prospekterstellung, Marketing, Rechtsberatung, Geschäftsführung, Steuern etc).⁹⁾ Kick-back-Zahlungen sind hingegen keine „weichen“ Kosten, weil sie das Fondsvermögen nicht schmälern.

Bei *Innenprovisionen* handelt es sich um „*nicht ausgewiesene Vertriebsprovisionen, die bei einem Fonds aus dem Anlagevermögen gezahlt werden*“.¹⁰⁾ Über sie müsse aufgeklärt werden, weil ansonsten Fehlvorstellungen über die Werthaltigkeit und Rentabilität der erworbenen Anlage entstehen könnten.¹¹⁾ Allerdings bestünde nicht stets eine Pflicht zur Ausweisung von Innenprovisionen, sondern erst ab einer gewissen Größenordnung.¹²⁾ Übersteigt die Innenprovision 15% des von den Anlegern einzubringenden Kapitals, müsse darüber ausdrücklich informiert werden.¹³⁾ Un-

eingetretenen Schaden verhindern wollte (Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1295 Rz 21; Kamer in KBB⁵ Rz 9; RIS-Justiz RS0022933). Für die Fälle der Anlageberaterhaftung vertritt die stRsp die sog **Risikoerhöhungstheorie**: „Hat sich ein Anlage-Risiko verwirklicht, vor dem der Berater mangels Erkennbarkeit nicht warnen musste, so ist der Rechtswidrigkeitszusammenhang mit einer aus anderen Gründen mangelhaften Beratung dennoch zu bejahen, wenn diese Beratung und die darauf beruhende Veranlagung die Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung des tatsächlich eingetretenen Risikos nicht bloß unerheblich erhöhte“ (so erstmals OGH 4 Ob 62/11 p; RIS-Justiz RS0127012; krit dazu Ramharter, ÖBA 2011, 895 ff).

5) Anm durch die Verf.

6) Im Original irrtümlich „die Klägerin“.

7) Vgl OGH 6 Ob 110/07 f.

8) Dazu Koziol, ÖBA 2003, 485; Oppitz in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VI² Rz 2/78; vgl zur derzeit geltenden Rechtslage nach WAG 2007 Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht² Rz 6/38; Leupold in Gelbmann et al, Konsumentenrecht und Kapitalmarkt 66 ff.

9) Vgl Loritz/Wagner, NZG 2013, 368.

10) BGH XI ZR 191/10 Rz 22; vgl Emmerich in MünchKommBGB II⁷ § 311 Rz 108; Edelmann in Assmann/Schütze, Kapitalmarktrecht⁴ Rz 3/26; Kritik an dieser Definition übt Ekkenga in Münch-KommHGB VI³ Effektengeschäft Rz 343 a ff.

11) BGH XI ZR 191/10 Rz 22; III ZR 170/10 Rz 16; vgl auch XI ZR 513/11 Rz 12; Edelmann in Assmann/Schütze, Kapitalmarktrecht⁴ Rz 3/26.

12) BGH III ZR 359/02; III ZR 170/10 Rz 16.

13) BGH III ZR 359/02; XI ZR 320/06 Rz 14; III ZR 170/10 Rz 16; nach der ab dem 1. 8. 2014 gültigen Rechtslage hat eine Bank die von ihr

abhängig von der Gesamthöhe der Innenprovisionen müssen die diesbezüglichen Angaben (zB im Prospekt) zutreffend sein.¹⁴⁾ Irreführende Informationen müssen generell unterbleiben oder rechtzeitig richtiggestellt werden.¹⁵⁾

Rückvergütungen lägen hingegen vor, „wenn Teile der Ausgabeaufschläge oder Verwaltungsgebühren, die der Kunde über die Bank an die Gesellschaft¹⁶⁾ zahlt, hinter seinem Rücken an die beratende Bank **umsatzabhängig** zurückfließen“.¹⁷⁾ Im Gegensatz zu den Innenprovisionen würden die Kick-back-Provisionen nicht (versteckt) aus dem Anlagevermögen, sondern vor allem aus offen ausgewiesenen Ausgabeaufschlägen, Verwaltungsvergütungen oder sonstigen Vertriebskosten gezahlt.¹⁸⁾ Der Anleger unterliege also insoweit keiner Fehlvorstellung über die Werthaltigkeit der Anlage, sondern über die „Neutralität der Beratungsleistung“.¹⁹⁾ Erst durch die Offenlegung der Rückvergütung könne der Anleger das Umsatzinteresse der beratenden Bank selbst richtig einschätzen und beurteilen, ob ihm die Anlage nur empfohlen wird, weil die Bank möglichst hohe Provisionen lukrieren will.²⁰⁾ Über den Erhalt von Kick-back-Provisionen muss die Bank ungefragt informieren.²¹⁾ Diese Verpflichtung erstreckt sich insb auf die konkrete Höhe der Vergütung.²²⁾

Für freie, dh nicht „bankmäßig gebundene“ Anlageberater lehnt der BGH jedoch eine Aufklärungspflicht über Rückvergütungen ab, wenn der Anleger keine Provision für die Beratungsleistung zahlt und „offen ein Agio oder Kosten für die Eigenkapitalbeschaffung ausgewiesen werden“.²³⁾ Diese Judikatur ist aber aufgrund einer Änderung der Gesetzeslage für Fälle ab dem 1. 1. 2013 obsolet.²⁴⁾

2. Kritik an der Differenzierung in der Lehre

In der L wurde die Überzeugungskraft der Differenzierung zwischen *Innenprovisionen* und *Rückvergütungen* durch den BGH mehrfach in Zweifel gezogen.²⁵⁾ *Habersack*²⁶⁾ meint, der maßgebliche Zweck „vergütungsbezogener Aufklärungspflichten“ bestehe – unabhängig von der gewählten Zuwendungsform – darin, die Einhaltung der Interessenwahrungspflicht sicherzustellen. Es bedürfe aber dann keiner Aufklärung, wenn das Vergütungsinteresse des Beraters „klar auf der Hand“ liege. Dies sei etwa beim Handeln nicht „bankmäßig gebundener“ Anlageberater oder im Konzernverbund der Fall.

Nach *Herresthal*²⁷⁾ sei es für den Anleger ganz wesentlich, über jeden Interessenkonflikt des Beraters aufgeklärt zu werden. Ein solcher könne auch bei umsatzabhängigen Innenprovisionen bestehen. Die Gegenüberstellung von Innenprovisionen und Rückvergütungen unterscheide nur danach, ob die Vergütung „gerade aus den vom Anleger geleisteten Zahlungen erfolgt“. Dies führe aber letztlich zu zufälligen Ergebnissen.²⁸⁾ Die Information des Anlegers sei notwendig, damit dieser die drohenden Konsequenzen der Interessenkollision abwägen könne. Es bestehe für diesen keine andere hinreichende Möglichkeit, das Eigeninteresse seines Beraters richtig einzuschätzen. Ob die Beratung entgeltlich erfolgt oder nicht, dürfe keinen Un-

terschied machen, weil es zahlreiche andere Möglichkeiten der Kostendeckung für die Anlageberatung gibt. Das entscheidende Kriterium sei, dem Anleger zu ermöglichen, den „Umfang möglicher Interessenbeeinflussung des Beraters“ erkennen zu können.²⁹⁾

Es leuchte für *Buck-Heeb*³⁰⁾ generell nicht ein, weshalb nur Rückvergütungen den Zweck haben sollten, den Berater zu beeinflussen. Ein Interessenkonflikt könne vielmehr auch bei Innenprovisionen vorliegen. Die höchstgerichtliche Judikatur zu Kick-back-Zahlungen treffe dementsprechend auch auf Innenprovisionen zu, weil ein vergleichbares Interesse bestehe, Zuwendungen von Dritter Seite zu erlangen. Der Umstand, dass der Anleger von der Existenz einer Vergütung ausgehen müsse, führe ihm die Dimension der möglichen Interessenkollision nicht ausreichend vor Augen. Erforderlich sei eine Aufklärung über die genaue Höhe der Zuwendungen.

3. Interessenkonflikt auch bei Innenprovisionen

Der OGH scheint – anders als der BGH – hinsichtlich des Vorliegens eines Interessenkonflikts nicht zwischen Innenprovisionen und Rückvergütungen zu unterscheiden. Dem ist iE beizupflichten. Es ist tatsächlich nicht ersichtlich, weshalb der Berater insb bei umsatzabhängigen Innenprovisionen – wie im gegenständlichen Fall – kein (aufklärungspflichtiges) Zuwendungsinteresse haben soll. Ob die dem Anleger unbekanntem Zahlungen an die Bank oder den selbständigen Anlageberater aus Geldmitteln stammen, die aus offen ausgewiesenen Kosten (wie dem Ausgabeauf-

beratenen Anleger über versteckte Innenprovisionen von Seiten Dritter **unabhängig von deren Höhe** aufzuklären (BGH XI ZR 147/12 Rz 22).

14) BGH III ZR 359/02; III ZR 170/10 Rz 16.

15) BGH III ZR 170/10 Rz 16.

16) Zu diesem Kriterium zu Recht krit *Herresthal*, ZBB 2010, 307; vgl auch *Habersack*, WM 2010, 1252f; *Ekkenga* in MünchKommHGB VI³ Effektingeschäft Rz 345 g.

17) BGH XI ZR 56/05 Rz 22f; III ZR 170/10 Rz 15; XI ZR 191/10 Rz 23; XI ZR 182/10 Rz 40; XI ZR 147/12 Rz 17; vgl *Emmerich* in MünchKommBGB II⁷ § 311 Rz 108; *Wagner* in *Assmann/Schütze*, Kapitalmarktrecht⁴ Rz 16/222. Hervorhebung durch die Verf.

18) BGH XI ZR 191/10 Rz 25; XI ZR 513/11 Rz 12; XI ZR 147/12 Rz 17.

19) BGH XI ZR 56/05 Rz 22f; XI ZR 191/10 Rz 24f; XI ZR 182/10 Rz 40; XI ZR 513/11 Rz 12; XI ZR 147/12 Rz 17; vgl *Assmann* in *Assmann/Schütze*, Kapitalmarktrecht⁴ Rz 1/122; *Habersack*, WM 2010, 1252.

20) BGH XI ZR 56/05 Rz 23; vgl auch III ZR 196/09 Rz 10; III ZR 170/10 Rz 15; vgl *Ekkenga* in MünchKommHGB VI³ Effektingeschäft Rz 344.

21) BGH XI ZR 191/10 Rz 27; XI ZR 513/11 Rz 12; XI ZR 147/12 Rz 17.

22) BGH XI ZR 191/10 Rz 27; *Edelmann* in *Assmann/Schütze*, Kapitalmarktrecht⁴ Rz 3/26.

23) Ausf BGH III ZR 196/09 Rz 13f; III ZR 170/10 Rz 17f.

24) *Edelmann* in *Assmann/Schütze*, Kapitalanlagerecht⁴ Rz 3/27.

25) *Buck-Heeb*, BKR 2010, 311f; *Habersack*, WM 2010, 1252f; *Herresthal*, ZBB 2010, 306ff; *Grigoleit*, ZHR 2013, 292f; *Ekkenga* in MünchKommHGB VI³ Effektingeschäft Rz 343h; krit wohl auch *Emmerich* in MünchKommBGB II⁷ § 311 Rz 110.

26) WM 2010, 1253.

27) ZBB 2010, 308.

28) *Herresthal*, ZBB 2010, 307.

29) *Herresthal*, ZBB 2010, 308f. Um zu vermeiden, dass die von ihm vertretene Erweiterung der Aufklärungspflicht wegen der „Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens“ zu einer ungerechtfertigten Verlagerung verwirklichter Anlagerisiken führt, müssten die insgesamt gewährten Vergütungen eine 10%-Grenze überschreiten.

30) BKR 2010, 311f.

schlag oder den Verwaltungsgebühren; Rückvergütungen) oder versteckt aus dem geleisteten Anlagekapital (Innenprovision) abgezweigt werden, kann keinen Unterschied machen. So weist schon Ekkenga³¹⁾ zutreffend drauf hin, dass es sich bei Innenprovisionen im Regelfall zugleich um Rückvergütungen handelt, wenn sie etwa zur Erlangung eines Vorteils der beratenden Bank führen.

Zentraler Aspekt der Aufklärungspflicht über Kick-back-Zahlungen und Innenprovisionen ist somit immer der drohende Interessenkonflikt auf Seiten des Beraters. Dem Anleger muss zur Wahrung seiner **Entscheidungsfreiheit** deutlich gemacht werden, in welchem konkreten Umfang Eigeninteressen des Beraters vorliegen. Aus diesem Grund ist Herresthal³²⁾ und Buck-Heeb³³⁾ zu folgen, die auch dann, wenn der Anleger – aus welchen Gründen auch immer – über die Existenz einer Vergütung Bescheid wissen musste, eine Aufklärung über die Höhe der Zahlungen verlangen. Nur so kann der Anleger wirklich abschätzen, wie weit die Interessenkollision reicht und ob der Berater überhaupt in der Lage ist, seine Interessen angemessen wahrzunehmen.³⁴⁾

Der einzige Unterschied zwischen Innenprovisionen und Kick-back-Zahlungen besteht darin, dass es bei Innenprovisionen ab einer gewissen Größenordnung *zusätzlich* zu einer nachhaltigen Beeinträchtigung der Werthaltigkeit und Rentabilität der erworbenen Anlage kommen kann.

4. Rechtswidrigkeitszusammenhang

Aufgrund eines rechtswidrigen Verhaltens ist nur für jene adäquat verursachten Schäden zu haften, die vom **Schutzzweck** der übertretenen Norm erfasst sind.³⁵⁾ Darunter fallen jene Schäden, die die verletzte (Verbots-)Norm gerade verhindern wollte.³⁶⁾ Es muss also der haftungsrechtliche Normzweck der Pflicht zur Aufklärung über den Erhalt von Innenprovisionen ermittelt werden: Wie oben bereits ausgeführt, soll die Aufklärungspflicht des Beraters über den Erhalt von Innenprovisionen zweierlei bewirken. Erstens soll der Anleger die Werthaltigkeit und Rentabilität der in Aussicht genommenen Veranlagung beurteilen können. Zweitens dient die Aufklärung der Sicherung seiner privatautonomen Willensfreiheit.³⁷⁾ Der Anleger soll beurteilen können, ob ihm sein Berater eine Wertanlage nur oder vor allem deshalb empfiehlt, weil er dafür eine Zuwendung erlangt. Hierbei muss unbedingt Berücksichtigung finden, dass dem Anleger eine informierte Entscheidung nur dann möglich ist, wenn der Berater ihn ungefragt (= „spontan“³⁸⁾) und rechtzeitig über etwaige Innenprovisionen oder Rückvergütungen aufklärt.³⁹⁾ Dies betrifft insb die Höhe der Zuwendungen.⁴⁰⁾ Eine – notwendigerweise willkürliche – prozentuale Grenze (15%) ist uE abzulehnen.⁴¹⁾

Auch der OGH geht im vorliegenden Fall davon aus, dass die Kl „über eine allfällige Interessenkollision auf Seiten der Bekl“ aufzuklären gewesen wäre. Das Vorliegen eines Interessenkonflikts wäre „zu verneinen, wenn die Bekl die strittigen Beteiligungen auch dann empfohlen hätte, wenn sie dafür (abgesehen vom offen gelegten Ausgabeaufschlag) keine Vergütungen

von ihrem Vertriebspartner erhalten hätte“. In diesem Fall stünden „andere Risiken, die sich im konkreten Fall verwirklichten, [...] nicht mehr im Rechtswidrigkeitszusammenhang mit der verletzten Pflicht“.

Diese Ausführungen beruhen auf einem Missverständnis. Die Aufklärungspflicht bezweckt – wie auch der OGH grundsätzlich richtig ausführt – darin, die **Entscheidungsfreiheit** des Anlegers zu wahren. Dieser soll in die Lage versetzt werden, eine Anlage zu erwerben, die seinen konkreten Wünschen und Bedürfnissen entspricht. Da die bekl Bank aber nicht darüber informierte, dass sie Innenprovisionen von ihrem Vertriebspartner (= Nebenintervenientin) bezahlt bekommt, konnte die Kl Anlegerin diesen für ihre spätere Anlageentscheidung relevanten Umstand nicht mitberücksichtigen. Es kommt richtigerweise nicht darauf an, ob die bekl Bank der Kl zur tatsächlich gewählten Wertanlage auch dann geraten hätte, wenn ihr keine Innenprovisionen gewährt worden wären.

Die Bekl hat zu Unrecht behauptet, dass „allfällige Schäden [...] nicht im Rechtswidrigkeitszusammenhang mit der insofern unterbliebenen Aufklärung [stünden]“. Dies offenbar deshalb, weil sie zum Erwerb der „Holland-Fonds“ auch ohne Abschluss einer „Vertriebsvereinbarung“ und ohne den Erhalt von „Provisionen zwischen 3% und 4,5%“ geraten hätte. Damit bestreitet die bekl Bank die Kausalität der Provisionszahlungen für die Anlageempfehlung und indirekt auch, sich von eigenen Umsatzinteressen beeinflussen haben zu lassen. Hätte sie keine Zuwendungen von ihrem Vertriebspartner erhalten oder diese nicht angenommen, wären von ihr trotzdem dieselben „Holland-Fonds“ verkauft worden. In diesem Fall hätte die bekl Bank die Kl mangels Erhalt einer umsatzabhängigen Innenprovision tatsächlich nicht aufklären müssen. Da aber festgestellt wurde, dass die Kl bei ordnungsgemäßer Aufklärung über die Innenprovision eine andere Anlageentscheidung getroffen hätte, kann die (auf einem hypothetischen Alternativsachverhalt beruhende) Einwendung der Bekl nicht berücksichtigt werden. Es ist gerade dadurch ein **realer Schaden** eingetreten, dass die Kl bei korrekter Information über die Innenprovision statt der tatsächlich erworbenen Unternehmensbeteiligungen in eine von der Bekl vorgeschlagene Alternativanlage investiert hätte. Damit setzt sich ihr Vermögen aufgrund der Aufklärungspflichtverletzung anders als

31) In MünchKommHGB VI³ Effektingeschäft Rz 343 h.

32) ZBB 2010, 308 f.

33) BKR 2010, 311 f.

34) Der Auffassung Herresthals (ZBB 2010, 309) ist aber insoweit nicht zuzustimmen, als er eine 10%-Grenze ziehen möchte, unter der eine Aufklärung des Anlegers nicht erforderlich sei; wie hier auch Lamplmayr, Vertriebs von Wertpapieren 297 f; aA Graf, ÖBA 2017, [Juli-Heft].

35) Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/18; Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1295 Rz 21; RIS-Justiz RS0022933.

36) Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/18; Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1295 Rz 21.

37) Habersack, WM 2010, 1253; Buck-Heeb, BKR 2010, 312; so bereits OGH 6 Ob 110/07 f (allerdings zu „Kick-back-Zahlungen“) und nunmehr auch 2 Ob 99/16x (für Innenprovisionen).

38) Vgl Geibel, Kapitalanlegerschaden 18.

39) So zu Recht schon Herresthal, ZBB 2010, 308.

40) Buck-Heeb, BKR 2010, 312.

41) Sinnvoll ist eine solche Erheblichkeitsschwelle allenfalls in Bezug auf die übrigen „Weichkosten“, weil bei diesen kein Interessenkonflikt droht.

gewollt zusammen.⁴²⁾ Der Eingriff in die geschützte Willensfreiheit kann nicht einfach weggedacht werden.

5. Mitverschulden

Die Kl wurde in den *produktbezogenen Anlegerprofilen* auf eine mögliche Verpflichtung zur Rückzahlung der Ausschüttungen aus ihren Beteiligungen hingewiesen. Die darin enthaltenen Warnhinweise hat sie jedoch nicht gelesen. Dies begründe angesichts ihrer „*wirtschaftlichen und rechtlichen Erfahrung*“ als Rechtsanwältin und Insolvenzverwalterin eine grobe Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten (= Mitverschulden; § 1304 ABGB). Ob diese Einschätzung zutrifft, hängt uE vor allem vom Verhalten des Beraters im Verkaufsgespräch ab. Sollte der Mitarbeiter der bekl Bank die Kl darauf hingewiesen haben, dass die ihr ausgehändigten Anlegerprofile relevante Informationen für ihre Anlageentscheidung beinhalten, träfe die Kl ohne Zweifel ein Mitverschulden. Wenn der Berater der Kl allerdings erklärt hätte, die Anlegerprofile enthielten ohnehin nur das Besprochene, wäre die Annahme einer Sorglosigkeit nicht zutreffend. Ein Anleger, der sich an einen Berater wendet, muss sich darauf verlassen dürfen, dass die ihm erteilten Informationen richtig sind. Beratungsleistungen sind Dienstleistungen, die gerade deshalb in Anspruch genommen werden, damit eine eigenständige Informationseinholung unterbleiben kann.⁴³⁾ Dafür spricht in unserer arbeitsteilig organisierten Gesellschaft auch der „*Cheapest-cost-avoider-Gedanken*“: Während der Anlageberater (idealerweise) über sämtliche relevanten Informationen (= präsent Wissen) verfügt, müsste sich der Anleger erst umfassend informieren. Es erscheint also aus rechtsökonomischer Sicht sinnvoll, die Last der Informationserteilung dem Berater aufzuerlegen.

Der OGH geht – trotz Bekenntnis zur Trennungsthese – davon aus, dass „*der Schaden der Kl im Erwerb der nicht gewünschten Anlage liegt und dieser Erwerb sowohl auf ihre Sorglosigkeit in Bezug auf den von ihr*

so genannten ‚Ausschüttungsschwindel‘ als auch auf die unterbliebene Information über die Innenprovision zurückzuführen“⁴⁴⁾ sei. Stützt der Kl – wie hier – sein Begehren alternativ auf *verschiedene Sachverhaltsvarianten*, lägen **mehrere Ansprüche** vor, die verjährungsrechtlich getrennt zu beurteilen seien. Es ist aber fraglich, ob der Vorwurf des Mitverschuldens, der sich in concreto auf einen bereits verjährten Anspruch bezieht, auf den anderen – noch nicht verjährten – Anspruch durchschlägt. Das Vorliegen zweier unterschiedlicher, in verjährungsrechtlicher Hinsicht getrennt voneinander zu beurteilender Schadenersatzansprüche spricht uE eher gegen die Berücksichtigung des Mitverschuldens. Hierzu bedürfte es einer gesonderten Untersuchung.

D. Fazit

Auch bei Innenprovisionen droht ein Interessenkonflikt der Bank oder des selbständigen Anlageberaters. Über diesen muss der Anleger jedenfalls aufgeklärt werden. Schutzzweck dieser Aufklärungspflicht ist die Wahrung der Entscheidungsfreiheit des Anlegers. Darauf, ob die Bank oder der Berater dieselbe Anlage auch ohne Erhalt einer Zuwendung empfohlen hätte, kommt es nicht an. Ob der Kl ein Mitverschulden anzulasten ist, hängt – wie gezeigt (C.5.) – zunächst stark vom Verhalten des Beraters ab. UE spricht auch das Vorliegen zweier unterschiedlicher, in verjährungsrechtlicher Hinsicht getrennt voneinander zu beurteilender Schadenersatzansprüche (Trennungsthese) tendenziell gegen die Berücksichtigung des Mitverschuldens.

42) Vgl *Kletečka*, ÖBA 1999, 391 ff; *Kronthaler*, JBI 2016, 429 FN 3 mwN.

43) Vgl *Pletzer*, JBI 2002, 556 FN 99; *Koziol*, VR 2011 H 3, 22; ähnlich wohl auch *P. Bydlinski*, ÖBA 2008, 170.

44) Im Original sind die Worte „sowohl“ und „als auch“ unterstrichen.

→ In Kürze

Dem OGH ist darin zu folgen, im Hinblick auf das Vorliegen eines Interessenkonflikts nicht zwischen Kick-back-Zahlungen und Innenprovisionen zu unterscheiden. Kritisch zu sehen sind hingegen die Ausführungen in Bezug auf den Rechtswidrigkeitszusammenhang. Die verjährungsrechtliche Trennungsthese steht der Annahme eines Mitverschuldens der Kl wohl entgegen.

→ Zum Thema

Über die Autoren:

Mag. Christoph Kronthaler ist Universitätsassistent am Fachbereich Privatrecht der Universität Salzburg und daneben als Of Counsel bei P | E | H | B Rechtsanwälte tätig.
E-Mail: christoph.kronthaler@sbg.ac.at

Andrea Schwangler, LL. M. (WU), ist Universitätsassistentin am Fachbereich Privatrecht der Universität Salzburg.
E-Mail: andrea.schwangler@sbg.ac.at

Von denselben Autoren erschienen:

Aufgespaltener Vertrag: Kann für einen Vertragspartner ein und dasselbe Rechtsgeschäft gleichzeitig Unternehmer- und Verbrauchergeschäft sein? RdW 2016, 249; Zum Erfüllungsort beim Versandungskauf, ÖJZ 2016, 437; Versandungskauf und Werklieferungsverträge nach österreichischem und deutschem Verbraucherrecht, ZfRV 2017 [erscheint in Kürze].

