

VI. Rechtsgrundlagen der Anlegerberatungshaftung

A. Allgemeines

Wie eingangs dargelegt spielt die Haftung für fehlerhafte Anlagebera- 6/1
tung seit Ausbruch der Finanzkrise 2008 eine zentrale Rolle in der zivilrechtlichen und insbesondere schadenersatzrechtlichen Diskussion und Praxis. Die folgenden Überlegungen sollen vor dem Hintergrund der bereits durchgeführten Analyse der Anlageberatung als Finanzdienstleistung einen Beitrag zu dieser Diskussion liefern.

Anknüpfungspunkt der weiteren Ausführungen ist dabei das im vorigen Kapitel herausgearbeitete Rechtsverhältnis zwischen Anleger und selbstständigem Anlageberater. In der Folge wird daher der Fokus auf haftungsrechtliche Fragen in diesem Verhältnis gelegt werden: Nach einem Überblick über mögliche zivilrechtliche Sonderbeziehungen zwischen Berater und Anleger, die als schadenersatzrechtliche Anspruchsgrundlagen in Frage kommen, wird das Pflichtenprogramm von Anlageberatern in der hier zu behandelnden Konstellation genauer zu analysieren sein.

B. Haftungsgrundlagen

Traditionell wird die Haftung des Anlageberaters in Österreich anhand 6/2
allgemein zivilrechtlicher Rechtsfiguren beurteilt. So wurde bereits Mitte der 1990er Jahre vor Inkrafttreten des WAG 1997 darauf hingewiesen, dass es keine speziellen zivilrechtlichen Haftungsbestimmungen für Anlageberater gibt und sich schadenersatzrechtliche Fragen daher an den allgemeinen Grundsätzen der *Haftung für Rat und Auskunft* zu orientieren haben.²³⁵

235 Welser, *ecolex* 1995, 79 (80). Unter Berücksichtigung des WAG 1997: *Winternitz/Aigner, Anlegerberater*, 25.

Bei den in Frage kommenden Anspruchsgrundlagen ist zwischen deliktischer Haftung und Haftung aufgrund einer Sonderbeziehung zu differenzieren.²³⁶

6/3 Auf Ebene deliktischer Haftungsansprüche ist dabei in erster Linie an die Haftung für einen nachteiligen Rat²³⁷, der ohne Belohnung gegeben wird, nach § 1300 zweiter Satz ABGB zu denken.²³⁸

Als Grundlage für eine Haftung *ex delicto* kommt möglicherweise außerdem das WAG 2007²³⁹ in Frage, welches auf europarechtlicher Grundlage öffentliches Wirtschaftsaufsichtsrecht normiert, sich aber zum Teil auch auf das Verhältnis zwischen gewissen Anlageberatern und ihren Kunden bezieht. Eine deliktische Haftung des Anlageberaters auf dieser Grundlage setzt allerdings voraus, dass man die dort normierten Sorgfaltspflichten gegenüber dem Anleger (insbesondere die Wohlverhaltensregeln nach §§ 38 ff WAG 2007) als Schutzgesetze im Sinne des § 1311 ABGB qualifiziert²⁴⁰, was noch nicht verlässlich geklärt ist.²⁴¹

6/4 Darüber hinaus kommen mehrere Sonderrechtsbeziehungen zwischen dem Anleger und seinem Berater in Frage, die eine strengere Haftung nach (quasi-)vertraglichen Gesichtspunkten rechtfertigen können: Ein eigenständiger Beratungsvertrag²⁴², vertragliche Nebenpflichten zu einem sonstigen bestehenden Vertragsverhältnis, eine dauernde Geschäftsverbindung²⁴³ oder das gesetzliche vorvertragliche Schuld-

236 Dabei geht es um die Haftung aufgrund einer Sonderrechtsbeziehungen als Gegensatz zur deliktischen Haftung. Das Gegensatzpaar Delikt-Vertrag ist ob der vielfältigen Zwischenstufen und weitgehenden Haftungsausweitung im »quasi-vertraglichen« Bereich zu eng gefasst. Dazu ausführlich mwA: *Koziol*, Grundfragen, Rz 4/1 ff; *ders*, JBl 1994, 209.

237 Der Gesetzestext spricht nur von »Rat«; Rat, Auskunft, Gutachten, Stellungnahmen, etc werden allerdings von der hA gleich behandelt: RIS-Justiz RS0026527; *Karner* in KBB⁵ § 1300 Rz 1; *Welser*, Haftung, 11 ff; *C. Völkl*, ÖJZ 2006, 97 (98); *Schacherreiter* in ABGB-ON^{1,04} § 1300 Rz 1; *Reischauer* in *Rummel*³ § 1300 Rz 1. *Koziol* (HPR II² 185 f) vertritt eine strengere Haftung für Auskünfte im Vergleich zur Raterteilung.

238 Dazu ausführlich *W. Völkl/C. Völkl*, Beraterhaftung, Rz 3/11 ff; *C. Völkl*, ÖJZ 2006, 97; *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, BVR I², Rz 3/8.

239 BGBl I 2007/60 zuletzt idF BGBl I 2014/98.

240 In diese Richtung: *Wendehorst*, ÖBA 2010, 562 (565); *Knobl/Janofsky*, ZFR 2008, 68 (69 ff).

241 Siehe dazu die Ausführungen im Zusammenhang mit der Diskussion um die Rechtsnatur der Wohlverhaltenspflichten bei Rz 7/39 ff.

242 *Welser*, *ecolex* 1995, 79; *Wilhelm*, *ecolex* 2010, 232 (232); kritisch dazu etwa *Schobel*, ÖBA 2001, 752 (753 f). Der BGH vertritt diese Haftungsgrundlage trotz kritischer Stimmen in der Lehre seit dem »Bond-Urteil« (XI ZR 12/93 WM 1993, 1455 = NJW 1993, 2433 [Köndger]). Dazu weiter unter Rz 6/10.

243 *Schacherreiter* in ABGB-ON^{1,04} § 1299 Rz 60 mwA; *Welser*, *ecolex* 1995, 79.

verhältnis²⁴⁴, das ab Aufnahme rechtsgeschäftlichen Kontakts besteht und zu einer Haftung wegen Verschulden beim Vertragsabschluss führen kann (*culpa in contrahendo* – in der Folge kurz: *cic*).²⁴⁵

Nach der Rechtslage bis zum 1.11.2007 konnten vertragliche Haftungsansprüche schließlich auch auf § 15 WAG 1997 gestützt werden.²⁴⁶

C. (Quasi-)vertragliche Haftung

1. § 1300 ABGB und die Maßgeblichkeit vertraglicher Haftungsgrundsätze

Im Bereich der Anlegerberatungshaftung kommt deliktischen Schadenersatzansprüchen kaum praktische Bedeutung zu. Dies liegt vor allem daran, dass die heute hA der Haftung für nachteiligen Rat von Sachverständigen gegen Belohnung nach § 1300 erster Satz ABGB in Angelegenheiten ihrer Kunst oder Wissenschaft einen sehr weiten Anwendungsbereich zuzmisst.²⁴⁷ Der breite Anwendungsbereich der vertragsnahen Haftung führt dazu, dass der deliktischen Haftung nach § 1300 zweiter Satz *leg cit* meist kein Raum zukommt.²⁴⁸ Beim Tatbestand des § 1300 zweiter Satz ABGB handelt es sich um eine deliktische Haftung für reine Vermögensschäden, welche zumindest bedingten Vorsatz erfordert und nicht nur auf Sachverständige beschränkt ist, sondern auf jedermann anwendbar ist, der einen Rat oder eine Auskunft erteilt.²⁴⁹

6/5

²⁴⁴ *Iro* in *Apathy/Iro/Koziol*, BVR I², Rz 1/4f mwN; *Welser*, *ecolex* 1995, 79.

²⁴⁵ *Welser*, *ecolex* 1995, 79 (80); *P. Bydlinski* in FS Hadding, 759 (767 ff); *Wendehorst*, ÖBA 2010, 562 (565); *Wilhelm*, *ecolex* 2010, 232 (232); *Oppitz* in *Apathy/Iro/Koziol*, BVR VI², Rz 2/57 ff mwA; *Winternitz/Aigner*, *Anlageberater* 9 ff.

²⁴⁶ Diese Bestimmung normierte einen Schadenersatzanspruch des Anlegers bei Verstoß gegen die Wohlverhaltenspflichten nach §§ 13 f WAG 1997. Dazu etwa *Wendehorst*, ÖBA 2010, 562 (565). Auf diese Haftungsgrundlage kann im vorgegebenen Rahmen nicht weiters eingegangen werden.

²⁴⁷ Dieses Ergebnis deckt sich mit einer Analyse der Beraterhaftungsfälle aus Perspektive der Beratungspflichten: Da keine allgemeine Pflicht besteht jedermann zu beraten, entstehen Haftungsfälle grundsätzlich nur im schuldrechtlichen Sonderverhältnis. Zu den Aufklärungspflichten ausführlich Rz 7/1 ff.

²⁴⁸ Zu möglichen deliktischen Ansprüchen aufgrund von Verstößen gegen die Wohlverhaltenspflichten des WAG 2007 siehe unter Rz 6/3.

²⁴⁹ Für viele etwa: *Schacherreiter* in ABGB-ON^{1.04} § 1300 Rz 8 ff mwA; *Reischauer* in *Rummel*³ § 1300 Rz 7; OGH 2 Ob 202/10k Zak 2011, 137; OGH 2 Ob 252/00p ÖBA 2001, 834; RIS-Justiz RS0026699; RS0026690. Ein vergleichender Überblick über die Rechts-

6/6

Die Haftung nach § 1300 erster Satz ABGB wiederum erfasst Sachverhalte aus dem Zwischenbereich von Vertrag und Delikt²⁵⁰ und folgt nach hA weitgehend vertraglichen Grundsätzen: Es wird für bloße Vermögensschäden bei jeder Art von Verschulden gehaftet und die Gehilfenhaftung nach § 1313a ABGB kommt zur Anwendung.²⁵¹

Nach heute herrschender Interpretation der Wortfolge »gegen Belohnung« in § 1300 erster Satz ABGB ist weder das Vorliegen eines entgeltlichen Geschäftes nach herkömmlichem Verständnis²⁵² noch eines Verpflichtungsverhältnisses Voraussetzung für die Haftung nach quasi-vertraglichen Grundsätzen.²⁵³ Die Erteilung von Rat innerhalb von Verträgen, vorvertraglichen Schuldverhältnissen, ständigen Geschäftsbeziehungen und öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen ist jedenfalls erfasst.²⁵⁴ Auch ein einmaliger geschäftlicher Kontakt reicht aus.²⁵⁵

Im Übrigen ist für die Anwendung von Satz 1 *leg cit* entscheidend, dass der Rat nicht *selbstlos*, also nicht aus bloßer Gefälligkeit, erteilt

-
- lage in Österreich und Deutschland in diesem Punkt, auch aus zuständigkeitsrechtlicher Perspektive, findet sich bei *Thiede/Sommer*, ÖBA 2015, 175 (181 f).
- 250 Grundlegende Herausarbeitung dieses Zwischenbereichs bei *Koziol*, JBl 1994, 209; *ders*, Grundfragen, 4/1 ff; speziell zum § 1300 Satz 1 ABGB: *Karner*, Haftung für Rat und Auskunft zwischen Delikt und Vertrag, in FS *Koziol* (2010) 695; *C. Völkl*, ÖJZ 2006, 97 (108).
- 251 OGH 2 Ob 7/10h Zak 2011, 56; 4 Ob 137/10s EvBl 2011/11; *C. Völkl*, ÖJZ 2006, 97 (105 und 107 f); *W. Völkl/C. Völkl*, Beraterhaftung, Rz 3/56; *Karner* in KBB⁵ § 1300 Rz 2 und 5 mwN; *ders* in FS *Koziol* 695 (701); *Welser*, Haftung 36 f mwA; *Welser*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts II¹³ (2007) 354 mwA; *Koziol*, HPR II⁷ 71 ff. Zur Bedeutung der Gehilfenhaftung für die vorliegende Sachverhaltskonstellation siehe die Ausführungen Rz 5/4 f.
- 252 Die hA definiert jede Leistung als entgeltlich, die für eine Gegenleistung erfolgt. Nach dem Parteiwillen wird dabei für eine Leistung eine synallagmatisch, konditional oder kausal verknüpfte Gegenleistung erbracht, die in einem Tun oder Unterlassen bestehen kann und auch an einen Dritten erfolgen kann. Die Gegenleistung muss keinen Geldwert haben, aber zumindest einen wirtschaftlichen Vorteil darstellen. Dazu, insbesondere zur Abgrenzung zwischen entgeltlicher und unentgeltlicher Leistung, also einer Schenkung, mwA und N etwa: OGH 8 Ob 3/09p MietSlg 61.126; OGH 3 Ob 217/09x JBl 2010, 502; RIS-Justiz RS0018852; *Löcker* in ABGB-ON^{1.02} § 938 Rz 10; *Schubert* in *Rummel*^b § 938 Rz 4.
- 253 Etwa OGH 4 Ob 137/10s EvBl 2011/11; OGH 9 Ob 49/09k JBl 2011, 443 (*Dullinger*); *W. Völkl/C. Völkl*, Beraterhaftung, Rz 3/22 mwN; *Graf*, JBl 2012, 210 (216).
- 254 OGH 6 Ob 104/06x JBl 2008, 450; RIS-Justiz RS0044121; *Karner* in KBB⁵ § 1300 Rz 2 mwN; vgl *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, BVR I², Rz 3/9 mwN.
- 255 In solchen Fällen wurde eine Haftung insbesondere im Zusammenhang mit Bankauskünften ausführlich diskutiert und schlussendlich einhellig bejaht: OGH 8 Ob 246/01m ÖBA 2002, 937 mwN aus Deutschland; ausführlich *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, BVR I², Rz 3/9 ff mwN; vgl *Welser*, Haftung, 62, 66 und 67 mwN.

wird.²⁵⁶ Dies ist der Fall, wenn sich der Sachverständige aus seiner Tätigkeit irgendeinen wirtschaftlichen Vorteil für sich oder einen anderen erhofft, der noch nicht quantifizierbar sein muss und auch nicht unbedingt vom Adressat der Erklärung stammen muss.²⁵⁷

Nach dem Gesetzeswortlaut sind überdies nur Sachverständige von der Haftung nach § 1300 erster Satz ABGB erfasst.²⁵⁸ Dieser Begriff des Sachverständigen bestimmt sich nach dem ABGB und ist traditionell ebenfalls weit auszulegen: Erfasst ist jeder, der eine Tätigkeit übernimmt, für die ein besonderes Können oder Fachwissen Voraussetzung ist.²⁵⁹ Maßgeblich ist dabei nicht das Vorliegen besonderer Kenntnisse, sondern die tatsächliche Übernahme einer besondere Kenntnisse erfordernden Tätigkeit.²⁶⁰ Anlageberater sind daher jedenfalls als Sachverständige im Sinne der §§ 1299, 1300 *leg cit* anzusehen.²⁶¹ § 1299 ABGB objektiviert den Verschuldensmaßstab des Sachverständigen, der unabhängig von subjektiven Kenntnissen für das Fehlen aller erforderlichen berufs- und fachtypischen Kenntnisse und Fähigkeiten einzustehen hat.²⁶²

- 256 Ständige Rechtsprechung des OGH: 9 Ob 76/10g RdW 2011, 218; RIS-Justiz RS0044121; vgl RS0026596; *F. Harrer in Schwimann*³ § 1300 Rz 2; *Schacherreiter* in ABGB-ON¹⁻⁰⁴ § 1300 Rz 2; *Karner* in KBB⁵ § 1300 Rz 2; *ders* in FS Koziol 695 (700); *Graf*, JBl 2012, 210 (216); *C. Völkl*, ÖJZ 2006, 97 (101); *Machold*, Zak 2010, 371; vgl *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, BVR I², Rz 3/9f. In der älteren Lehre wurde demgegenüber noch verstärkt auf das Bestehen eines Verpflichtungsverhältnisses abgestellt: Nachweise bei *Reischauer* in *Rummel*³ § 1300 Rz 7.
- 257 *C. Völkl*, ÖJZ 2006, 97 (101f) mwN; *W. Völkl/C. Völkl*, Beraterhaftung, Rz 3/25 mwN; *Karner* in KBB⁵ § 1300 Rz 2 mwN; *ders* in FS Koziol 695 (701); *Reischauer* in *Rummel*³ § 1300 Rz 7; *F. Harrer* in *Schwimann*³ § 1300 Rz 2; zur Entlohnung des Anlageberaters von dritter Seite: OGH 8 Ob 532/83 JBl 1985, 38; weiters OGH 4 Ob 137/10s EvBl 2011/11.
- 258 Dies betonend: *Reischauer* in *Rummel*³ § 1300 Rz 2 ff; *C. Völkl*, ÖJZ 2006, 97 (101). Nach aA ist § 1300 ABGB Satz 1 im Gegensatz zu Satz 2 *leg cit* nicht auf Sachverständige beschränkt, da es sich generell um eine Haftung für falsche Auskünfte innerhalb einer weit zu verstehenden Sonderbeziehung handelt: *Welser*, Grundriss II¹³ 354; *Karner* in FS Koziol 695 (698 f); *ders* in KBB⁵ § 1300 Rz 1. Zurecht wird dabei aber darauf hingewiesen, dass dann nicht der objektivierte Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB gilt. Nach dem weiten Sachverständigenbegriff, der § 1299 ABGB zugrunde liegt, ergeben sich für die Stellung des Anlageberaters aus diesem Auffassungsunterschied mE wenig praktische Konsequenzen.
- 259 *Welser*, Grundriss II¹³ 353; *C. Völkl*, ÖJZ 2006, 97 (100); *Karner* in FS Koziol 695 (698); vgl RIS-Justiz RS0026557.
- 260 OGH 1 Ob 262/98f NZ 2000, 236; *Karner* in KBB⁵ § 1299 Rz 5 ff.
- 261 OGH 1 Ob 182/97i ÖBA 1998, 230; 3 Ob 13/04i ÖBA 2005, 55. Siehe die weiteren vielfältigen Berufsgruppen bei *Welser*, Grundriss II¹³ 353 mwN; *Karner* in KBB⁵ § 1299 Rz 5 ff.
- 262 RIS-Justiz RS0026541; *Karner* in FS Koziol 695 (698); *ders* in KBB⁵ § 1299 Rz 1 mwN.

6/7 Die soeben skizzierte hA zum Anwendungsbereich von § 1300 erster Satz ABGB läuft auf den allgemeinen Grundsatz hinaus, dass innerhalb von Sonderbeziehungen jede Partei, soweit sie nach den dargelegten Bedingungen als Sachverständiger gilt, schon für fahrlässige fehlerhafte Ratschläge einzustehen hat.²⁶³ Alle bereits erwähnten Sonderbeziehungen, auf die sich die Haftung des Anlageberaters stützen kann, fallen somit prinzipiell unter den Anwendungsbereich des § 1300 erster Satz leg cit.

6/8 Die Zusammenschau von § 1299 und § 1300 ABGB macht auch die beiden dahinterstehenden Wertungsgesichtspunkte deutlich, die zu einer strengeren Haftung nach quasi-vertraglichen Gesichtspunkten führen: Ein durch sachverständige Geschäftstätigkeit oder Berufstätigkeit begründetes besonderes Vertrauen und das wirtschaftliche Eigeninteresse des Auskunftgebers. Allgemein gesprochen kodifiziert § 1300 erster Satz ABGB somit die Haftung für fehlerhafte Erklärungen bei *Inanspruchnahme besonderen Vertrauens* im eigenen *wirtschaftlichen Interesse*.²⁶⁴

Dies ist im Zuge der Anlageberatung typischerweise der Fall: Situationen, in denen Anlageberater gänzlich selbstlos, ohne Erwartung jeglichen wirtschaftlichen Vorteils und ohne Inanspruchnahme ihrer Berufsstellung tätig werden, sind nur schwer vorstellbar²⁶⁵, und wurden – soweit ersichtlich – auch noch nicht Gegenstand der Rechtsprechung des OGH.

Aufgrund des weiten Verständnisses von § 1300 erster Satz ABGB²⁶⁶ kommt der deliktischen Haftung nach Satz 2 leg cit in Fragen der Anlegerberatungshaftung somit nur ein äußerst geringer Anwendungsbereich zu.²⁶⁷ Bei unzulänglicher Anlageberatung stehen daher nach öster-

263 Welser, Grundriss II³³ 354.

264 Überzeugend Karner in FS Koziol 695 (700) mwN.

265 Denkbar wären etwa Fälle, in denen jemand seinen anlagekundigen Freund ganz generell und ohne Aussicht auf einen weiteren geschäftlichen Kontakt um Informationen und seine Meinung zu einer gewissen Anlage befragt: so auch P. Bydliński in FS Hadding, 759 (767).

266 Dazu kommt der bereits kurz erwähnte Aspekt, dass grundsätzlich keine Pflicht besteht, jedermann (zu Anlagegeschäften) zu beraten. Zu den Beratungspflichten ausführlich bei Rz 7/1 ff.

267 Erst kürzlich befasste sich der OGH (4 Ob 73/14k ÖBA 2014, 952) in einem Aufhebungsbeschluss zur Haftung eines Prospektkontrollors mit dem Vorwurf einer »vorsätzlichen Anlegertäuschung«: Ganz generell könnten demnach deliktische Ansprüche sowohl auf den Vorwurf gegründet werden, dass der Kontrollor von Insidergeschäften (»Frontrunning«) beim betroffenen Fonds wusste (§ 1295 Abs 2

reichischem Recht seit jeher (quasi-)vertragliche Haftungsansprüche im Vordergrund.²⁶⁸

2. Vertragliche und vertragsnahe Haftung

Wie dargestellt, sind für die hier vorliegende Konstellation prinzipiell vertragliche Haftungsgrundsätze maßgebend. Dabei kommen mehrere Sonderbeziehungen als Haftungsgrundlage in Frage. Eine Haftung aufgrund Sonderrechtsbeziehung lässt sich im Bereich der Anlageberatung auf einen Beratungsvertrag, eine ständige Geschäftsbeziehung, vertragliche Nebenpflichten oder sic gründen. Im Folgenden soll das Verhältnis zwischen den genannten Varianten näher beleuchtet werden.

In Anlehnung an die ständige Judikatur des BGH²⁶⁹ gründete der OGH Schadenersatzansprüche lange Zeit auf die Verletzung eines konkludent geschlossenen Vertrags zwischen Anleger und Anlageberater (oder Anlagevermittler).²⁷⁰ Diese Ansicht sieht sich starker Kritik aus der Lehre in Deutschland²⁷¹ und Österreich²⁷² ausgesetzt, die vor allem moniert, dass das fundamentale Erfordernis übereinstimmender Willens-

6/9

6/10

ABGB), als auch darauf, dass der Kontrollor den Anleger durch vorsätzliches Verschweigen dieser Geschäfte wissentlich zum Vertragsschluss irreführt hätte (§ 874 ABGB). Darüber hinaus gehende Fälle zu vorsätzlichen Anspruchsgrundlagen finden sich in der neueren Anleger-Judikatur des OGH allerdings nicht.

268 *Leupold/Ramhartner* (ÖBA 2010, 718 [719]) bezeichnen die Haftung aus einer rechtlichen Sonderbeziehung als unstrittig. Weiters *Wendehorst*, ÖBA 2010, 562 (565); *P. Bydlinski*, ÖBA 2008, 159 (159); vgl. *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, BVR I², Rz 3/10.

269 Basierend auf der Judikatur des Reichsgerichts (RGZ 82, 337) stützt der BGH den Schadenersatzanspruch eines falsch informierten Anlegers in ständiger Judikatur auf die Verletzung eines idR konkludenten Auskunfts- und Beratungsvertrags: dazu etwa BGHZ 74, 103 = NJW 1979, 1449; BGHZ 100, 117 = WM 1987, 495; weiters das »Bond-Urteil«: XI ZR 12/93 WM 1993, 1455 = ZiP 1993, 1148 = MDR 1993, 861 = JZ 1994, 102 (*Escher-Weingart*) = NJW 1993, 2433 (*Köndgen*). Dazu weiters *Vortmann*, ÖBA 1994, 579 (579 ff); *Sethe* in *Koschyk/Leible/Schäfer* (Hrsg), Anlegerschutz, 132 (134) mwN.

270 Etwa OGH 4 Ob 604/70 JBl 1971, 361; mit Erwägungen zu Anlageberatern und Anlagevermittlern sowie explizitem Verweis auf den BGH und den Meinungsstand in Deutschland: OGH 1 Ob 182/97i ÖBA 1998, 230; OGH 4 Ob 252/00p ÖBA 2001; aus jüngerer Zeit etwa 8 Ob 60/11y RdW 2012/625.

271 Treffend für viele *Canaris*, Bankvertragsrecht³ (1988) 87.

272 Ausführlich, auch aus historischer und rechtsvergleichender Perspektive *Schobel*, ÖBA 2001, 752 mwA; *Karner* in FS Koziol 695 (700) mwN; *Welser*; Haftung 64 ff. Gegen die Annahme eines konkludenten Beratungsvertrags im Fall einer Auskunft der Bank ohne gesonderte Entlohnung: *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, BVR I², Rz 3/10. Aus jüngerer Zeit und zumindest im dort vorliegenden Fall wieder für die Annahme eines Beratungsvertrags: *Wilhelm*, *ecolex* 2013, 601 (602).

erklärungen zum Vertragsschluss oft nicht vorliegt, insbesondere bei expliziter Ablehnung der Beratung durch die Bank.

W. Völkl/C. Völkl haben die Haftung für Falschberatung in verschiedenen Berufsgruppen untersucht²⁷³ und auch Überlegungen zu den Haftungsgrundlagen für fehlerhafte Anlageberatung angestellt. Sie kritisieren dabei explizit das (teilweise) Abstellen auf »Auskunftsverträge« durch den OGH.²⁷⁴ Auch Schobel hat die Judikatur des OGH zum konkludenten Vertragsschluss kritisiert und vertritt die Ansicht, dass in Fällen fehlerhafter Information von Anlegern eine als (quasi-)vertragliche Haftungsgrundlage ausreicht, um gleichwertige und dogmatisch besser zu begründende Ergebnisse zu erzielen.²⁷⁵

6/11

Während die Judikatur des BGH zum konkludenten Vertragsschluss über viele Jahre gefestigt ist, nähert sich der OGH der Kritik aus der Lehre in einigen neueren Entscheidungen an und zieht statt einem Auskunftsvertrag nunmehr verstärkt § 1300 erster Satz ABGB als Haftungsgrundlage heran.

So sprach der OGH etwa in **4 Ob 137/10s**²⁷⁶ für den Fall eines KFZ-Vermittlers aus, dass dieser wegen einer fehlerhaften Auskunftserteilung im eigenen wirtschaftlichen Interesse nach § 1300 erster Satz ABGB hafte; und weiters: »Auf das Bestehen eines vom Beklagten vermissten Auskunftsvertrags – der allerdings in der Rechtsprechung gelegentlich allein aufgrund der Auskunftserteilung angenommen wurde (...) – kommt es daher nicht an.«²⁷⁷

Die überwiegende Bedeutung (quasi-)vertraglicher Haftungsgrundlagen beim Anlegerschaden wird durch diese Hinwendung der Judikatur zum § 1300 erster Satz ABGB nur noch verstärkt. Dies deswegen, weil § 1300 erster Satz ABGB – wie gezeigt – auch eine Haftung für Auskünfte außerhalb von Vertragsverhältnissen normiert.²⁷⁸ Die Haftung eines Anlageberaters lässt sich daher insbesondere in jenen Fällen auf § 1300 erster Satz leg cit gründen, in denen selbst bei wohlwollender

273 W. Völkl/C. Völkl, Beraterhaftung, Rz 1/2 ff und 3/86 f.

274 W. Völkl/C. Völkl, Beraterhaftung, Rz 3/10 (FN 20); ebenso Schobel, ÖBA 2001, 752 (753 f).

275 Schobel, ÖBA 2001, 752 (753 f).

276 OGH 4 Ob 137/10s EvBl 2011/11; weiters OGH 9 Ob 49/09k JBl 2011, 443 (Dullinger); kürzlich auch 1 Ob 241/14v ÖBA 2015, 526. Dies begrüßend: W. Völkl/C. Völkl, Beraterhaftung, Rz 3/10 (FN 20).

277 OGH 4 Ob 137/10s EvBl 2011/11: Begründungspunkt 2.2.

278 Treffend Karner in FS Koziol, 695 (700); Schobel, ÖBA 2001, 752 (755 ff).

Argumentation kein konkludenter Vertragsabschluss (oder eine vertragliche Nebenpflicht) mehr angenommen werden kann.

Diese Ausweitung vertragsnaher Haftungsgrundsätze hat Stimmen in der jüngeren Lehre dazu veranlasst, die Grenzen zwischen den verschiedenen Anspruchsgrundlagen bei nachteiliger Auskunftserteilung einzuebnen. Nach *W. Völkl/C. Völkl* mache es etwa keinen Unterschied, ob man die Haftung eines Beraters auf einen gegebenenfalls konkludent geschlossenen Auskunftsvertrag oder auf § 1300 erster Satz ABGB als selbstständige Haftungsgrundlage stützt: In beiden Fällen müsse die erteilte Beratung den anhand des Einzelfalls zu konkretisierenden Prinzipien der *Richtigkeit*, *Genauigkeit*, *Vollständigkeit* und *Verständlichkeit* genügen.²⁷⁹ Damit komme es für die Pflichten des (Anlage-)Beraters nicht so sehr auf die Anspruchsgrundlage, als auf den Inhalt von Auskunft und Anfrage im Einzelfall an.²⁸⁰

6/12

3. Stellungnahme

Der zuletzt skizzierten neueren Lehre und Rechtsprechung ist mE im Wesentlichen zuzustimmen. Es ist hervorzuheben, dass die Figur des vom BGH in ständiger Rechtsprechung angenommenen konkludenten Beratungsvertrags in vielen Sachverhaltskonstellationen kaum mit der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre zu vereinbaren ist. Wie kürzlich *Karner* überzeugend dargelegt hat, mag diese vom BGH geprägte Rechtsprechung darin begründet liegen, dass sich im deutschen Recht keine mit § 1300 erster Satz ABGB vergleichbar vielseitige Bestimmung findet bzw fand.²⁸¹

6/13

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass der Anlageberater unabhängig von dieser alten Streitfrage nach herrschender Rechtsprechung und Literatur gemäß vertraglichen Grundsätzen für eine unzulängliche Beratung einzustehen hat. Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass keine

6/14

²⁷⁹ *W. Völkl/C. Völkl*, Beraterhaftung, Rz 3/86 f.

²⁸⁰ *W. Völkl/C. Völkl*, Beraterhaftung, Rz 3/87. Auch *Hopt* (Funktion, Dogmatik und Reichweite der Aufklärungs-, Warn- und Beratungspflichten der Kreditinstitute, in Bankrechtstag 1992, 1 [11f]) ging schon früh davon aus, dass die konkrete Haftungsgrundlage im vorliegenden Zusammenhang an Bedeutung verliert. *Leupold/Ramharter* (ÖBA 2010, 718 [719]) weisen allerdings richtigerweise darauf hin, dass sehr wohl auch eine Abgrenzung zwischen (quasi-)vertraglichen Haftungsansprüchen nötig ist. So unterscheidet sich das Pflichtenprogramm eines Vermögensverwaltungsvertrags maßgeblich von dem eines Beratungsvertrags.

²⁸¹ *Karner* in FS Koziol 695 (700) mwA.

Pflicht besteht jedermann zu beraten; Anleger können sich daher bei Falschberatung je nach Fallkonstellation typischerweise entweder auf einen konkludenten Beratungsvertrag oder auf die §§ 1300 ABGB stützen. *W. Völkl/C. Völkl* heben in diesem Zusammenhang mE richtigerweise hervor, dass losgelöst von der konkret vorliegenden Sonderbeziehung zwischen Berater und Anleger abstrakte inhaltliche Kriterien zu definieren sind, die in der Folge eine Bestimmung der spezifischen Beratungspflichten im Einzelfall ermöglichen.

6/15 Nachdem unabhängig von der jeweils anzunehmenden Sonderbeziehung in der Praxis fast ausschließlich vertragsnahe Haftungsgründe relevant sind, ist es mE daher im vorliegenden Kontext, der nicht allzu sehr auf eine konkrete rechtsgeschäftliche Beziehung zwischen Berater und Anleger eingengt werden soll, zielführend, die wesentlichen Prinzipien festzuhalten, nach denen sich die Beratungsleistung in einer Sonderbeziehung zu richten hat. Dabei sollen Grundsätze und Wertungskriterien herausgearbeitet werden, die dann die konkrete Ausformulierung eines Pflichtenprogramms für Anlageberater im Einzelfall ermöglichen. Dieser Ansatz kann nicht nur den Blick auf Prinzipien von Aufklärungspflichten im Vertragsrecht freilegen, sondern erleichtert auch deren praktische Anwendung, da diese sodann mit unterschiedlicher Gewichtung auf die verschiedenen Rechtsbeziehungen und Anlageprodukte angewendet werden können.

Dieser hier vertretene Ansatz läuft im Ergebnis auf die von *W. Völkl/C. Völkl* angedachte, punktuelle Einebnung der Unterschiede zwischen den verschiedenen Anspruchsgrundlagen bei der Beraterhaftung hinaus. Treffender erscheint es aber mE, im vorliegenden Zusammenhang von einem *strukturellen Gleichlauf der Beratungspflichten* bei den in Frage kommenden Anspruchsgrundlagen zu sprechen.

6/16 Dieser Ansatz deckt sich mit allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen. So ist es generell anerkannt, dass zwischen den Sorgfaltspflichten in contrahendo (etwa im Vorfeld einer Veranlagung) und den Schutzpflichten aus einem bereits geschlossenen Vertrag (etwa einem Beratungsvertrag) ein *fließender Übergang* besteht.²⁸² Es ist kein Grund ersichtlich, warum dies gerade in Bezug auf Aufklärungspflichten gegenüber einem Anleger anders sein sollte. Dem Gedanken eines *Gleich-*

282 Grundlegend und überzeugend *Koziol*, Grundfragen Rz 4/9 f mwN; im Zusammenhang mit Anlegerschäden auch *Bollenberger*, Fehlerhafte Anlageberatung – Informationsobliegenheiten und -pflichten des Kunden, in FS Fenyves (2013) 49 (57).

laufs der Anspruchsgrundlagen ist daher im vorliegenden Zusammenhang zu folgen.

Leupold/Ramharter²⁸³ weisen zwar richtigerweise darauf hin, dass die Grenzen zwischen den möglichen Sonderrechtsbeziehungen im Verhältnis Anleger – Finanzmarktintermediär nicht gänzlich verwischt werden sollen: Die Pflichten des Anlageberaters unterscheiden sich etwa, wie gezeigt, fundamental von jenen eines Vermögensverwalters. Eine undifferenzierte Gleichbehandlung ist daher abzulehnen. Dies spricht aber nicht zwingend gegen den hier gewählten Ansatz.

6/17

Zum einen stellt die vorliegende Untersuchung nur auf Fälle der Anlageberatung ab. In diesem Bereich kann der hier gewählte Analyseweg daher nicht zu einer Vermischung der Pflichten verschiedener Intermediäre (zB Anlageberater vs Vermögensverwalter) führen.

Zum anderen geht es hier gerade um die Herausarbeitung von Aufklärungsprinzipien, die losgelöst vom Einzelfall als Anhaltspunkte für eine breite Zahl von Konstellationen dienen sollen. Die Beantwortung konkreter Problemstellungen bedarf naturgemäß einer Anwendung dieser Grundsätze auf den Einzelfall. Solange diese Beratungsgrundsätze unter Bedachtnahme auf den Einzelfall angemessen gegeneinander gewichtet werden, besteht keine Gefahr einer unzulässigen Vermengung unterschiedlicher Sachverhaltskonstellationen und haftungsrechtlicher Wertungen.

Die hier vertretene Gleichbehandlung verschiedener schuldrechtlicher Sonderbeziehungen ist damit *punktuel*ler und *funktioneller* Natur, da diese nur im Hinblick auf Beratungspflichten des Anlageberaters in dessen Funktion als Informationsintermediär erfolgen soll.

6/18

Wie sogleich gezeigt werden wird, folgt auch die hA dieser Methode, indem sie Prinzipien der Anlageberatung losgelöst vom Einzelfall definiert und in der Folge in concreto gegeneinander abwägt, ohne sich – wie hier – explizit mit den Gründen für eine Gleichbehandlung der in Frage kommenden Anspruchsgrundlagen auseinanderzusetzen.

283 ÖBA 2010, 718 (719).

D. Zwischenergebnis

6/19 Dem Anleger stehen gegen seinen Berater grundsätzlich sowohl deliktische als auch vertragliche und vertragsnahe Schadenersatzrechtliche Anspruchsgrundlagen zur Verfügung. Aufgrund des von Lehre und Rechtsprechung sehr weit gezogenen Anwendungsbereichs des § 1300 erster Satz ABGB, welcher im Kern lediglich ein Handeln zum eigenwirtschaftlichen Vorteil als – weit definierter – Sachverständiger erfordert, sind deliktische Haftungsgrundsätze von wenig praktischer Relevanz. Als Grundlage der daher maßgeblichen vertraglichen und vertragsnahen Haftung dienen je nach Konstellation ein eigenständiger Beratungsvertrag, vertragliche Nebenpflichten zu einem sonstigen bestehenden Vertragsverhältnis, eine dauernde Geschäftsverbindung oder *cic*.

Während der BGH und mit ihm lange Zeit auch der OGH die Haftung des Anlageberaters vornehmlich auf die Verletzung eines eigenständigen Beratungsvertrags stützte, haben sich österreichische Judikatur und Literatur in jüngerer Zeit verstärkt zu *cic* und § 1300 erster Satz ABGB hingewendet.

6/20 Unabhängig von den konkret in Frage kommenden Haftungsgrundlagen besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass die Haftung des Anlageberaters vertraglichen oder vertragsnahen Prinzipien zu gehorchen hat. In Weiterführung der Ansicht von *W. Völkl/C. Völkl* ist es vor diesem Hintergrund *mE* zielführend, sich auf die Herausarbeitung genereller inhaltlicher Kriterien zu konzentrieren, nach denen sich die Anlageberatung im Einzelfall zu richten hat. Wegen des *strukturellen Gleichlaufs* zwischen den verschiedenen vertraglichen und vertragsnahen Haftungsgrundlagen, können diese Grundsätze sodann in unterschiedlicher Gewichtung in *concreto* zur Bestimmung der individuell geschuldeten Aufklärung herangezogen werden.

VII. Umfang der Beratungspflichten

A. Meinungsstand

1. Allgemeine Grundsätze

Ausgangspunkt der Bestimmung von Aufklärungs-, Informations- und Beratungspflichten ist die fundamentale Wertung, dass jeder Vertragspartei das (wirtschaftliche) Risiko eines von ihm abgeschlossenen Vertrags prinzipiell selbst zu tragen hat. Grundlegender Schutzzweck von Informationspflichten ist nach hA die Wahrung des freien Willensent schlusses und damit der Dispositionsfreiheit.²⁸⁴ Da jeder Vertragspartei seine Interessen selbst wahrzunehmen hat, besteht kein Anspruch, vor Vertragsschluss ungefragt über alle Umstände aufgeklärt zu werden, die einen vom Vertragsabschluss abhalten könnten.²⁸⁵ Informationspflichten bedürfen also einer besonderen Begründung im Einzelfall. 7/1

Die Annahme von Informationspflichten erfordert vor allem ein Schutzbedürfnis im Sinne eines *Informations- oder Aufklärungsbedarfs* bei einem Partner.²⁸⁶ Aufklärungsbedarf setzt einerseits voraus, dass der Vertragspartner über die Information selbst nicht verfügt (Unkenntnis), sowie andererseits, dass er sich die Information selbst nicht leicht be- 7/2

284 Siehe dazu schon die grundlegenden Ausführungen zum Zweck der Anlageberatung unter Rz 3/1 ff. Weiters *Pletzer*, JBl 2002, 545 (549 ff); *Welser*, Vertretung ohne Vollmacht (1970) 130; *Wilhelm*, *ecolex* 2011, 891 (892); ausführlich zum Schutzzweck vorvertraglicher Informationspflichten kürzlich etwa *A. Reich-Rohrwig*, Aufklärungspflichten 27 ff mwA und N. Aus Deutschland insbesondere *Breidenbach*, Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluss (1989) 11 ff mwA; *Schwarze*, Vorvertragliche Verständigungspflichten (2001) 10 mwA und N.

285 Für viele: OGH 1 Ob 548/92 ÖBA 1993, 408 (*Koch*); reichhaltige weitere Nachweise bei RIS-Justiz RS0014811; *Apathy/Riedler* in *Schwimann*³ § 870 Rz 6; aus deutscher Sicht *St. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag (1997) 416 f mwN.

286 Im Zusammenhang mit Anlegerschäden: OGH 31.5.2011, 10 Ob 30/11a: Begründungspunkt 4.2. Der Grundsatz ist nicht auf diesen Problembereich beschränkt, sondern wird vom OGH generell angewendet: OGH 5 Ob 247/09y wobl 2010, 248; RIS-Justiz RS0111165. Ebenso *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, BVR I², Rz 3/37. Grundlegend aus deutscher Sicht, unter besonderer Berücksichtigung des beweglichen Systems nach *Wilburg: Breidenbach*, Informationspflichten 62 ff mwA. Ausführlich zur dogmatischen Rechtfertigung von vorvertraglichen Informationspflichten aus deutscher Sicht, insbesondere zur Sicherstellung informationellen Gleichgewichts: *Schwarze*, Verständigungspflichten 122 ff mwA und N.