

→ Anlageberatung: Über erhebliche Weichkosten muss aufgeklärt werden

§ 1295 ABGB (§ 11 WAG 1996)

→ Die Aufklärung bzw. Informationserteilung eines Anlageberaters hat dem Gebot vollständiger, richtiger und rechtzeitiger Beratung zu genügen, durch die der Kunde in den Stand versetzt werden muss, die Auswirkungen seiner Anlageentscheidung zu erkennen.

Sachverhalt:

Gegenstand des Verfahrens sind dem kl. Verein von einem Ehepaar (im Weiteren: Konsumenten) abgetretene Ansprüche auf Schadenersatz durch die **bekl. Bank** wegen mehrfach fehlerhafter **Anlageberatung** im Zusammenhang mit drei Veranlagungen in geschlossene Fonds. Beide Vorinstanzen bejahten Beratungsfehler der Bekl., darunter unterlassene Aufklärung über hohe Weichkosten, und verneinten eine Verjährung der Ansprüche. Während das ErstG den Konsumenten (Verbrauchern) ein Mitverschulden von 50% anlastete, lehnte das BerG diesen Einwand ab.

Der OGH billigte die Entscheidung des BerG und wies die Rev der Bekl zurück.

Aus der Begründung:

[Unterlassene Aufklärung über Höhe der Weichkosten]

Der Kl machte in erster Instanz als separaten **Beratungsfehler** (des Mitarbeiters) der Bekl. mehrfach den hohen Weichkostenanteil der Beteiligungen geltend (einschließlich des 5%igen Agios: 21%, 34% und 17%, jeweils bezogen auf das Kommanditkapital der Konsumenten) und verwies dazu ua auf Judikatur des dBGH. Die Bekl. nahm dazu ausdrücklich Stellung, indem sie vorbrachte, dass die **Weichkosten** (mit Ausnahme einer Bestandsprovision von 1% und des Agios von 5%) nicht ihr zugekommen seien und die Konsumenten nicht abgehalten hätten, die Veranlagung zu zeichnen. Damit hat sie weder eine sie treffende Aufklärungspflicht noch die Höhe der behaupteten Kosten substantiiert bestritten, sondern nur die Kausalität des Beratungsfehlers. Angesichts des übrigen, sehr umfangreichen Bestreitungsbringens und der Argumentation der Bekl. auf Basis des gegnerischen Vorbringens liegt somit ein schlüssiges Zugeständnis der diesbezüglichen Tatsachenbehauptungen des Kl vor (RIS-Justiz RS0039927 [T 3 und T 12]). Schon in erster Instanz war daher unstrittig, dass die – um das 5%ige Agio bereinigten – Weichkosten 16%, 29% und 12%, jeweils bezogen auf das Kommanditkapital, betragen, sodass in den diesen Werten entsprechenden Annahmen des BerG kein Verstoß gegen den **Unmittelbarkeitsgrundsatz** zu erblicken ist; ebensowenig bestehen in diesem Zusammenhang sekundäre Feststellungsmängel. Die Bekl. konnte aufgrund des bereits dargelegten Inhalts des erstinstanzlichen Verfahrens auch nicht davon überrascht werden, dass das BerG den schon vom ErstG bejahten Beratungsfehler ebenfalls als gegeben erachtete und sich in dieser Frage (auch) mit Judikatur des BGH auseinandersetzte (RIS-Justiz RS0122365 [T 1]). Der Berufungsentscheidung liegt daher kein Verstoß gegen § 182a ZPO zugrunde.

→ Beratung und Aufklärung sind nicht vom Kunden nachzufragen, sondern von den aufklärungspflichtigen Rechtsträgern anzubieten. Den Kunden trifft keine Obliegenheit, sich einen Kapitalmarktprospekt zu beschaffen und diesen zu lesen; aus einer solchen Unterlassung kann daher kein Mitverschulden abgeleitet werden.

Die Bekl. vermag in ihrer Rechtsrüge nicht schlüssig darzulegen, weshalb die Rechtsansicht des BerG, die Konsumenten (Verbraucher) wären von ihr über die – von der Bekl. selbst in ihrer Berufung als „relativ hohe“ bzw. „nicht unerhebliche Kosten des Kapitals“ bezeichneten, also – erheblichen **Weichkosten** (vgl. dazu die Definition in 6 Ob 193/15 y) aufzuklären gewesen, unzutreffend sein sollte. Die konkrete Ausgestaltung der **Beratungspflichten** hängt nämlich immer von den Umständen des Einzelfalls ab (RIS-Justiz RS0029601 [T 9]; RS0119752 [T 3]), sodass nur eine grobe Fehlbeurteilung zu korrigieren wäre (RIS-Justiz RS0106373).

Es trifft zwar zu, dass das BerG zur Begründung seiner Rechtsansicht auch Judikatur des BGH zitierte; zunächst berief es sich aber auf die gefestigte Rsp des OGH zur Ausgestaltung und zum Umfang der Beratungspflichten nach dem hier noch anzuwendenden WAG 1996 (Beratungszeitpunkte September 2004 und Mai 2005; vgl. 1 Ob 21/16 v Pkt 3.5), welche die Grundlage der Beurteilung dieser Rechtsfrage bildet. Einer Auseinandersetzung mit dem Inhalt und der Entwicklung der Judikatur des BGH zum Thema Weichkosten bedarf es daher nicht.

Die Bekl. stellt zwar in Frage, ob sie als **vermittelnde Bank** zur Aufklärung über die Weichkosten verpflichtet sei, nennt jedoch keinen tragfähigen Grund, warum sie diese Verpflichtung nicht treffen sollte, zumal sie gegenüber den Konsumenten unstrittig die Stellung eines **Anlageberaters** einnahm. Vielmehr gesteht sie selbst zu, dass diese Kosten Einfluss auf die Beurteilung der **Werthaltigkeit** der Anlage, also des veranlagten Kapitals, hatten und ein erhebliches Ausmaß erreichten; damit kann eine unvertretbare Fehlbeurteilung der Vorinstanzen nicht begründet werden. Hat doch nach stRsp die Informationserteilung dem Gebot **vollständiger, richtiger und rechtzeitiger Beratung** zu genügen, durch die der Kunde in den Stand versetzt werden muss, die Auswirkungen seiner Anlageentscheidung zu erkennen (RIS-Justiz RS00123046; 6 Ob 28/15 h). Daher erübrigen sich – schon nach dem Standpunkt der Bekl. – weitere Überlegungen zur Frage, ob die Weichkosten zum Veranlagungskapital des Anlegers oder zur Gesamtinvestitionssumme des Fonds ins Verhältnis zu setzen sind, bzw. zu einem allfälligen Mindestprozentsatz.

[Aktive Beratung und Aufklärung]

Der Verweis darauf, dass sich aus dem **Kapitalmarktprospekt** zur im September 2004 getätigten Veranlagung der Weichkostenanteil rechnerisch nachvollziehen lasse, weshalb die Bekl. aufgrund der vollständigen, richtigen und nicht irreführenden Darstellung in den Unterlagen keine eigenständige Aufklärungspflicht getroffen habe, über-

EvBI 2017/119

§ 1295 ABGB
(§ 11 WAG 1996)

OGH 26. 1. 2017,
3 Ob 190/16 m
(OLG Graz
2 R 6/16 v;
LG für ZRS Graz
17 Cg 113/13 z)

In dieser Entscheidung nimmt der OGH zur Verletzung der Aufklärungspflicht einer anlageberatenden Bank im Zusammenhang mit sog. „Weichkosten“ Stellung.

geht, dass den Konsumenten gar keine **Kapitalmarktprospekte** ausgefolgt wurden. Zwar traf die Bekl keine **gesetzliche Pflicht** dazu (§ 17 Abs 3 Z 1 WAG 1996; 6 Ob 193/15 y). Auch nach den Wohlverhaltensregeln des WAG 1996 sind jedoch Beratung und Aufklärung nicht vom Kunden **nachzufragen**, sondern von den in § 11 WAG 1996 genannten Rechtsträgern **anzubieten** (RIS-Justiz RS0119752 [T 14] = RS0123046 [T 4]). Die Möglichkeit der Konsumenten, vom Inhalt des Kapitalmarktprospekts Kenntnis zu erlangen, ändert daher nichts an der Informationspflicht der Bekl über nur darin enthaltene, wesentliche Umstände. Für die Konsumenten (Verbraucher) bestand – mangels konkreter Anhaltspunkte für das Vorliegen von **erheblichen Weichkosten** in den ihnen vorliegenden Unterlagen – keine Obliegenheit, sich den Kapitalmarktprospekt zu beschaffen und diesen zu lesen (vgl 3 Ob 112/15 i). Daher kann eine diesbezügliche Unterlassung **kein Mitverschulden** begründen.

[Kausalität des Beratungsfehlers]

Der Vorwurf, es fehle an einer Feststellung zur **Kausalität** des angenommenen Beratungsfehlers für die bei-

den im Mai 2005 vorgenommenen Veranlagungen, missachtet die angesichts der gewählten Formulierung vertretbare Auslegung der von der Bekl erfolglos bekämpften Feststellungen des ErstG zu dieser Tatfrage. Daher geht das Argument, den Konsumenten wären die Weichkosten im Ankaufszeitpunkt egal gewesen, ebenfalls nicht vom – in dritter Instanz unangreifbaren – Sachverhalt aus.

[Verjährung]

Dem erstmals in der Rev erhobenen Einwand, die Klage wäre „auch deshalb wegen Verjährung abzuweisen gewesen, weil die Kostenbelastung nur einen Teilaspekt des Totalverlustrisikos (5 Ob 133/15 t) darstellt“, fehlt überdies eine gesetzmäßige Ausführung (§ 506 Abs 2 ZPO). Die zit Entscheidung beschäftigt sich nämlich gar nicht mit Weichkosten und auch sonst wird von der Bekl nicht dargelegt, aus welchen Gründen der von den Vorinstanzen angenommene Beratungsfehler keine **eigenständige**, den geltend gemachten Anspruch begründende **Pflichtverletzung** darstellen sollte.

Hinweis:

Der Begriff „Weichkosten“ stammt aus dem Gebiet der geschlossenen Fonds und bezeichnet dort die Kosten, die während der Auflegung eines Fonds und dessen Vertrieb anfallen (www.kreditlexikon.com/kreditlexikon/weichkosten.html [Stand 31. 5. 2017]). Allgemein werden darunter diejenigen Kosten verstanden, die in der **Investitionszeit** anfallen. Die „Weichkosten“ stehen in keinem direkten Zusammenhang mit dem jeweiligen **Investitionsobjekt** des geschlossenen Fonds, wie zB dem Flugzeug oder der Immobilie, das/die die Fondsgesellschaft kaufen möchte bzw bereits gekauft hat. Zu den „Weichkosten“ gehören vor allem **Vertriebs- und Marketingkosten**, also Kosten für die Aktivitäten in diesen Bereichen.

Ein Schaden aus einer fehlerhaften Anlageberatung ist bereits durch den Erwerb des in Wahrheit nicht gewollten Finanzprodukts eingetreten. Die **Verjährungsfrist** beginnt daher bereits mit Kenntnis davon, dass nicht die gewünschte (risikolose) Anlageform gewählt wurde. Ob eine mangelhafte Aufklärung des Beraters über einen Umstand von anderen Pflichtverletzungen (**eigenständigen** Beratungsfehlern) abgegrenzt werden kann, ist nach inhaltlichen Gesichtspunkten zu beurteilen (5 Ob 133/15 t EvBl 2017/23, 171).

Christoph Brenn

Anmerkung:

Geschlossene Fonds (meistens GmbH & Co KG) sammeln von Anlegern Kapital für ein bestimmtes Projekt – etwa die Bewirtschaftung eines Schiffs – ein. Durch die Verwirklichung des Projekts soll Gewinn erzielt werden, an dem die Anleger partizipieren.

Dass dieses Konzept nicht immer aufgeht, ist hinreichend bekannt. Ebenso bekannt ist, dass die negative Entwicklung vieler Fonds zu zahlreichen Prozessen wegen fehlerhafter Anlageberatung geführt hat.

Die vorliegende Entscheidung beschäftigt sich dabei erstmals mit dem Problem der sog Weichkosten (vgl auch 6 Ob 193/15 y; 2 Ob 99/16 x).

Weichkosten werden vom Fonds nicht unmittelbar für die Projektverwirklichung (zB Kauf des Schiffs) aufgewendet, sondern hängen bloß mit der Struktur dieser Anlageform zusammen. Es handelt sich also etwa um Kosten für die teilweise durchaus aufwendige Produktkonzeption, Kapitalbeschaffung, den Vertrieb oder die Geschäftsführung (*Hoppe/Riedel*, DB 2007, 1125 [1126 f]; *Loritz/Wagner*, NZG 2013, 367 [368]). Konkret betrug der Weichkostenanteil an den Veranlagungen 12%, 16% und 29%, jeweils zusätzlich zu 5% Agio. Fraglich war, ob der Anlageberater über solche Weichkosten hätte aufklären müssen.

Dabei ist zunächst zu bedenken, dass die Zwecke, für die das Kapital aufgewendet wird, nicht grundsätzlich zu missbilligen sind. Es ist etwa klar, dass ein Fonds konzipiert werden muss und dass dafür Kosten anfallen (*Klausberger/Lenz*, ÖBA 2017, 426 [427]). Einzelne Posten können indes problematisch sein. So zählen auch Innenprovisionen, die dem Berater hinter dem Rücken des Anlegers aus dem Anlagevermögen zufließen, zu den Weichkosten. Hier kann schon der naheliegende Interessenkonflikt des Beraters eine Offenlegungspflicht begründen (OLG Wien 34 R 125/15 z; *Wilhelm*, *ecolex* 2017, 305; aA *Graf*, ÖBA 2017, 480; offenlassend 2 Ob 99/16 x).

Weichkosten sind also nicht per se „schlecht“. Ist trotzdem per se darüber aufzuklären? Diese Pflicht könnte sich daraus ergeben, dass der Weichkostenanteil Rückschlüsse auf die Werthaltigkeit des Investments zulässt. Je höher er ist, desto weniger Geld fließt schließlich in das Anlageobjekt und desto geringer wird folglich der Ertrag ausfallen. Werden also nach Abzug des Agio € 100.000,- angelegt und beträgt der Weichkostenanteil – wie im konkreten Fall – 29%, werfen sie bloß € 71.000,- an Erträgen ab.



Dass dieser Umstand den Anleger interessiert, leuchtet ein. Dass er sich vom Berater Aufklärung darüber erwartet, ebenso. Eine informierte Produktauswahl wäre sonst ja nicht möglich. Da der Berater dieser Erwartung auch unkompliziert entsprechen könnte – er verfügt schließlich über das dafür erforderliche Wissen oder könnte es sich zumindest viel leichter beschaffen als der Kunde –, liegt eine Aufklärungspflicht nahe (Breidenbach, Informationspflichten [1989] 70 ff; Kozziol in BVR I² Rz 3/37).

Dementsprechend bejaht der OGH in der vorliegenden Entscheidung das Bestehen einer Aufklärungspflicht, was mit der Rsp des BGH korrespondiert. Dieser zieht allerdings eine Erheblichkeitsschwelle ein: Über Weichkosten sei erst ab einem Anteil von 15% aufzuklären, mit niedrigeren Weichkosten müsse der Kunde aufgrund deren Marktüblichkeit rechnen (BGH NJW 2004, 1732; NJW-RR 2014, 559). Angesichts des konkret vorliegenden „erhebliche[n] Ausmaß[es]“ (12%, 16%, 29%) äußerte sich der OGH nicht zu einem allfälligen Mindestprozentsatz.

Diesbezüglich sollte sich der OGH nicht am BGH orientieren. Die maßgebliche Frage ist, womit der Kunde

rechnen muss. Die Antwort darauf kann nur im jeweiligen Einzelfall gefunden werden (RS0119752). Die allgemeine 15%-Grenze ist daher eine zu grobe Vereinfachung des Problems. Abgesehen davon scheinen 15% zumindest im Hinblick auf die Erwartungen unerfahrener Anleger hoch gegriffen. Das regelmäßig zu leistende Agio kann vielmehr sogar den Eindruck erwecken, dass Vertriebskosten und dgl damit abgedeckt sind und die komplette Einlage in das Anlageobjekt fließt. Es kann daher sogar eine Aufklärungspflicht über Weichkosten jeglicher Höhe in Betracht kommen (vgl Schwab, BKR 2011, 450 [453]; Graf, ÖBA 2017, 480 [485]).

Das Thema Weichkosten genießt erst seit Kurzem Aufmerksamkeit. Die vorliegende Entscheidung könnte dazu führen, dass bereits abgeschlossene Fälle neu aufgerollt werden. Schließlich ist mittlerweile geklärt, dass Schadenersatzansprüche bei unterschiedlichen Pflichtverletzungen getrennt voneinander verjähren, und steht die Rechtskraft eines abweisenden Urteils einer weiteren Klage aufgrund einer anderen Pflichtverletzung nicht entgegen (ausf Liebel, ÖBA 2017, 403).

Alexander Wilfinger,
WU Wien



→ Eingeschränkte Prüfung bei Bewilligung der Akteneinsicht

§ 219 Abs 2 ZPO (§ 22 AußStrG)

Im Verfahren zur Bewilligung von Akteneinsicht ist keine abschließende Beurteilung der Tat- und Rechtsfragen in Bezug auf jenes Verfahren oder jene Rechtslage vorzunehmen, das oder die zur

Sachverhalt:

Der Nachlass der Erblasserin wurde aufgrund der Testamente von 2005 und von 2006 den beiden Erben eingetraget. Das erste dieser Testamente bezog sich auf das in der Schweiz gelegene Vermögen der Erblasserin, das zweite auf ihr sonstiges, insb in Österreich gelegenes Vermögen. Beide enthielten die ausdrückliche Anordnung, dass sämtliche früheren letztwilligen Verfügungen in Bezug auf das jeweils betroffene Vermögen widerrufen würden. Änderungen von Stiftungserklärungen zu bereits errichteten Privatstiftungen verfügte die Erblasserin in diesen Testamenten nicht.

Nach Rechtskraft des Einantwortungsbeschlusses legte ein Rechtsanwalt dem Gericht die Abschrift eines notariellen Testaments der Erblasserin v 29. 9. 1999 und die Kopie einer letztwilligen Verfügung v 8. 1. 2001 vor. Im notariellen Testament war unter anderem die Änderung der Stiftungsurkunde einer von der Erblasserin errichteten Stiftung vorgesehen. Darin sah sie einen „Familienbeirat“ vor, dem unter anderem die Antragstellerin angehören sollte. Der Gerichtskommissär übermittelte der Antragstellerin Abschriften der beiden Verfügungen.

Die Antragstellerin begehrt Einsicht in

„sämtliche im Akt befindliche letztwilligen Verfügungen der Erblasserin sowie in Gerichtsstücke, die ihre Berufung in den [...] Familienbeirat tangieren“.

Begründung des rechtlichen Interesses angeführt wird. Es ist der Vorrang jenes Verfahrens zu wahren, in dem die strittige Frage von den dafür zuständigen Gerichten oder Behörden als Hauptfrage zu entscheiden ist.

Sie beabsichtige, die Bestellung in den Familienbeirat anzunehmen, soweit sich nicht aus dem Verlassenschaftsakt ergebe, dass die Erblasserin die Verfügung gültig abgeändert habe.

Das ErstG sprach aus, dass der Antragstellerin Einsicht in jene vier letztwilligen Verfügungen gewährt werde, die nach dem notariellen Testament aus 1999 errichtet wurden.

Das von den Erben angerufene RekG wies den Antrag ab.

Der OGH änderte infolge RevRek der Antragstellerin den angefochtenen Beschluss dahin ab, dass er die Einsicht in den ersten Absatz auf Seite 2 des Testaments von 2005, in Punkt 3 des Testaments von 2006 und in die Datums- und Unterschriftenzeilen dieser Testamente gewährte.

Aus der Begründung:

[Das rechtliche Interesse]

Da die Antragstellerin nicht Partei des Verfahrens war, ist ihr Antrag nach § 22 AußStrG iVm § 219 Abs 2 ZPO zu beurteilen (6 Ob 197/14k SZ 2014/127; 2 Ob 9/17p); die nur Pflegschaftsverfahren betreffende Norm des § 141 AußStrG ist nicht anzuwenden (2 Ob 175/06h). Mangels Zustimmung der Erben ist auf dieser Grundlage eine zweistufige Prüfung vorzunehmen: Die Akteneinsicht setzt jedenfalls ein recht-

EvBI 2017/120

§ 219 Abs 2 ZPO
(§ 22 AußStrG)

OGH 28. 3. 2017,
2 Ob 41/17 v
(LG Eisenstadt
13 R 142/16 d;
BG Eisenstadt
11 A 411/14 m)

Diese für die Praxis wichtige Entscheidung trifft grundsätzliche Aussagen zum Wesen der Akteneinsicht.