

# TE OGH 2007/11/7 6Ob110/07f

JUSLINE Entscheidung

Ⓞ Veröffentlicht am 07.11.2007

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Pimmer als Vorsitzenden und durch die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Schenk sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler und Univ.-Prof. Dr. Kodek als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Franz K\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Ivo Greiter und andere Rechtsanwälte in Innsbruck, gegen die beklagten Parteien 1. B\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, 2. P\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, Schweiz, beide vertreten durch Dr. Alfons Klauzner, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen 439.416,98 EUR sA, über den Rekurs der beklagten Parteien gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht vom 10. Jänner 2007, GZ 3 R 130/06a-34, mit dem das Urteil des Landesgerichts Innsbruck vom 30. August 2006, GZ 11 Cg 158/04i-29, aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Begründung:

Der Kläger war seit Jänner 1998 Kunde der Filiale L\*\*\*\*\* der Erstbeklagten. Er nahm dort eine Geldanlage in Form eines B\*\*\*\*\*-Fonds mit einem Anteil von 75 % an festverzinslichen Wertpapieren und einem Aktienanteil von 25 % vor. Diese Veranlagung war als eher kurzfristig gedacht.

Noch im Jahr 1998 kündigte er jedoch gegenüber Peter B\*\*\*\*\*, dem Leiter der Filiale L\*\*\*\*\*, an, im Frühjahr 1999 eine größere Veranlagung vornehmen zu wollen, zumal aus einem Verlustbeteiligungsmodell rund 10 Mio S frei werden würden; diese Veranlagung war 1989 auf rund 10 Jahre abgeschlossen worden.

Im April 1999 ließ der Kläger zunächst im Wege seines damaligen Steuerberaters ein Angebot eines anderen Anbieters erstellen, welcher eine Verzinsung von rund 4 bis 4,5 % für erzielbar ansah. Sodann konfrontierte er den Filialleiter mit der Frage, ob dieser ihm ein ähnliches bzw. besseres Angebot machen könne, woraufhin dieser ihm mehrere Anlagevorschläge unterbreitete. Seine Empfehlungen gingen dabei dahin, das Geld bei der Erstbeklagten zu belassen und die bislang beim B\*\*\*\*\*-Fonds gewählte Strategie „75 % festverzinsliche und 25 % Aktienanteile“ beizubehalten. Der Kläger erklärte, seinerseits über eine Verlängerung des Verlustbeteiligungsmodells nachdenken und insoweit auch mit anderen Banken sprechen zu wollen.

Am 3. 5. 1999 kam es in den Räumlichkeiten der Erstbeklagten zu einem Gespräch zwischen dem Kläger und dem

Filialeiter. Dabei wurde auch eine Veranlagung im Ausland bei einer Tochtergesellschaft der Erstbeklagten, nämlich der Zweitbeklagten, thematisiert, nachdem der Kläger selbst eine Veranlagung in KEST-freier Form ins Spiel gebracht hatte; bei dieser Gelegenheit nannte der Filialeiter die Zweitbeklagte als Möglichkeit. Diese wurde zum damaligen Zeitpunkt von einem Mitarbeiter der Erstbeklagten, nämlich Wolfgang P\*\*\*\*\*, der etwa 30 Jahre lang im Anlagegeschäft tätig gewesen war, geleitet. Sie bediente sich bei der Veranlagung zweier Schweizer Banken, nämlich der C\*\*\*\*\* und der „J\*\*\*\*\*“ Bank, und war eine 100 % - Tochtergesellschaft der Erstbeklagten. Sie wurde allerdings vollkommen selbstständig geführt.

Der Filialeiter forcierte gegenüber dem Kläger das Beibehalten der bisherigen Strategie, der Kläger erklärte jedoch, dass ihm „dies zu wenig“ sei und er eine höhere Rendite als im konservativen Modell erzielen wolle. Als Reaktion darauf brachte der Filialeiter das Thema „Vermögensverwaltung“ ins Spiel, woraufhin der Kläger das Thema „KESt-freie Anlage im Ausland“ ansprach; er erklärte dabei ausdrücklich, eine Anlagemöglichkeit im Ausland zu suchen. Der Filialeiter zeigte dem Kläger auf, dass auch bei einer Veranlagung über die Zweitbeklagte als Vermögensverwalterin die Vermögensverwaltung mit 100 % festverzinsliche Wertpapiere bis 100 % Aktienanteile möglich sein würde. Er riet dem Kläger jedoch auch bei dieser Gelegenheit, selbst dann, wenn er sich für eine Vermögensverwaltung durch die Zweitbeklagte entscheiden sollte, die schon bekannte B\*\*\*\*\*-Strategie mit 25 % Aktienanteil und 75 % festverzinslichen Wertpapieren beizubehalten. Er wies den Kläger ausdrücklich darauf hin, dass bei Aktien auch 100 % Verlust eintreten könnten.

Der Kläger legte sich jedoch in weiterer Folge ausdrücklich auf eine Strategie mit 50 % Aktienanteil fest. Er sprach davon, dass er das Geld jahrelang nicht brauchen werde, weshalb er eine langfristige Anlageform wünsche. Es war somit ausschließlich die Entscheidung des Klägers, den Aktienanteil gegenüber der bisherigen Strategie auszubauen. Im Zuge auch dieses Gesprächs wies der Filialeiter den Kläger mehrfach darauf hin, dass bei einer Aktienveranlagung auch ein 100 %iger Verlust eintreten könnte.

Nachdem sich der Kläger hinsichtlich der gewünschten Strategie auf das 50 %-Modell festgelegt hatte, übergab ihm der Filialeiter die vorliegenden Unterlagen betreffend Vermögensverwaltung durch die Zweitbeklagte und ging mit ihm diese Unterlagen „Formular für Formular“ kurz durch. Er legte dabei dem Kläger auch das Formular des „Vermögensverwaltungsauftrags“ (Beilage .A) vor und merkte dort unter Punkt 2) „Anlageprofil“ als Anlageziel/Anlagestrategie die Nr. „3“ an. Unter einem legte er dem Kläger auch das dritte Blatt der Beilage .A vor, auf dem neben der Rubrik „Anlageziel“ bei den vorgenommenen Einstufungen „2 Income“ und „3 Balanced“ Kreuzchen angebracht wurden. Beim „Anlageziel 3 Balanced“ ist das Risikoprofil wie folgt dargelegt:

„Das ausgewogene Depot enthält Anleihepapiere und Aktien zu jeweils gleichen Teilen. Angestrebt wird ein möglichst großes Wachstum“.

Unter der Rubrik „Risiko/Chancenprofil“ ist in dieser Spalte „Mittel“ angemerkt. Neben diesem Vermerk unter Bezugnahme auf die angeschlossene Anlagestrategie „Nr. 3“ ist unter Punkt 8. „Entschädigung“ festgehalten:

„Die vom Vermögensverwalter berechneten Verwaltungsgebühren sind in der beiliegenden Preistabelle (Beilage 2) festgelegt und verstehen sich exklusive Mehrwertsteuer. Sie werden quartalsweise nachträglich auf dem Kundenkonto und der Anzeige belastet. Eine allfällige Retrozession der Bank steht dem Vermögensverwalter zu.“

Am 6. 5. 1999 unterfertigte der Kläger in den Geschäftsräumlichkeiten der Erstbeklagten in L\*\*\*\*\* den „Vermögensverwaltungsantrag“ Beilage .A - es steht nicht fest, weshalb auf der inhaltsgleichen Beilage .B das Datum „6. 6. 2001“ aufscheint - und eine „Beschränkte Vollmacht für professionelle Vermögensverwalter“ Beilage .1, die unter anderem folgenden Inhalt aufwies:

„ ... Der unterzeichnende Vollmachtgeber erteilt hiermit an [die Zweitbeklagte mit Sitz in der Schweiz], welche als von der C\*\*\*\*\* (nachfolgend Bank genannt) unabhängiger Vermögensverwalter tätig ist und in dieser Tätigkeit weder Angestellter noch Beauftragter der Bank ist, die Vollmacht, ihn der Bank gegenüber in Bezug auf die Verwaltung seiner dort deponierten Vermögenswerte in jeder Hinsicht zu vertreten, einschließlich bei (aber nicht beschränkt auf) An- und Verkauf von Wertpapieren und Wertrechten jeder Art, ohne Einschränkung betreffend deren Marktgängigkeit, Herkunft, rechtliche Konstruktion und Beherrschungsverhältnisse; Wiederanlagen; Neuanlagen; Inkasso und Konversionen; Ausübung und Verwertung von Bezugsrechten, ... sowie Termingeschäfte. ... Diese Vollmacht untersteht dem schweizerischen Recht. Der Kunde anerkennt, dass auf die aufgrund dieser abgeschlossenen Verträge und durchgeführten Transaktionen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und alle weiteren Spezialbedingungen der

Bank Anwendung finden. ... Der Vollmachtgeber bestätigt, je ein Exemplar der Informationsschriften Merkmale und Risiken von Traded Options bzw von Financial Futures erhalten und von deren Inhalt Kenntnis genommen zu haben. Der Vollmachtgeber ermächtigt hiermit den Bevollmächtigten zum Kauf, Verkauf bzw zur Ausübung von Traded Options und Financial Futures. Er ermächtigt den Bevollmächtigten ausdrücklich, die für die genannten derivativen Produkte erforderlichen Verträge in seinem Namen zu unterschreiben. ..."

In der Folge disponierte die Zweitbeklagte mit dem Geld des Klägers dahingehend, dass zu 50 % Anleihen, welche nicht wieder verkauft wurden, und zu 50 % Aktien mit wiederholtem Ver- und Ankauf angeschafft wurden. Sie bediente sich dabei der C\*\*\*\*\*. Es wurden unter anderem Käufe von Wertschriften, Obligationen und Aktien bzw Fonds durchgeführt, wobei der Kläger über diese Transaktionen vor ihrer Durchführung nicht informiert wurde und auch keinen Einfluss auf diese Vorgänge nahm. Für die im Wege der C\*\*\*\*\* durchgeführten Transaktionen der Zweitbeklagten für den Kläger erhielt die Zweitbeklagte Retrozessionen, wobei nicht feststeht, in welcher Höhe diese „Provisionszahlungen“ anfielen.

Der Kläger wurde über diese Provisionszahlungen seitens der C\*\*\*\*\* an die Zweitbeklagte im Einzelnen nicht gesondert informiert. Der Filialleiter der Erstbeklagten informierte ihn jedoch in unregelmäßigen Abständen in deren Räumlichkeiten über die „Performance“ der Vermögensverwaltung. Dabei wurden die Depotauszüge „Position für Position“ mit dem Kläger durchgegangen. Fallweise wurden auch Depotauszüge mit einer handschriftlichen Bemerkung des Filialleiters an den Kläger übermittelt.

Nachdem im Juli 2001 aus Sicht des Klägers Wertschwankungen eingetreten waren, die über seinen Toleranzhorizont hinausgegangen waren, erklärte der Filialleiter dem Kläger gegenüber, dass er mit derartigen Schwankungen einfach rechnen müsse, man allenfalls Aktienanteile mit den Anteilen an Anleihen abtauschen könne und dadurch eine erhöhte Sicherheit erzielbar wäre. Er erklärte dem Kläger, dass die Entwicklung „wiederum nach oben gehen“ würde.

Vor Übermittlung der Performance zum Depot der Zweitbeklagten vom 27. 6. 2001 erhielt der Kläger zuletzt am 8. 1. 2001 einen Auszug vom 31. 12. 2000. Beim Gespräch im Juli 2001 diskutierten der Filialleiter und der Kläger den Depotauszug vom 27. 6. 2001, aus dem sich eine Reduzierung des Kapitals aktuell auf 887.908 EUR bei einem Kapitalaufwand von 1.017.419 EUR ergab. Der Filialleiter erklärte dabei dem Kläger, dass die Verluste „effektiv nicht eingetreten seien, sondern nur bei einem Verkauf realisiert“ würden.

Nachdem in der Folge auch im Jahr 2003 die Entwicklung eine ungünstige war, kam es wiederum zu einem Gespräch zwischen dem Filialleiter und dem Kläger im August/September 2003, bei dem angesprochen wurde, dass Mitarbeiter bei der Zweitbeklagten ausgewechselt worden seien. Bei einem weiteren Gespräch rund 2 bis 3 Monate später teilte der Filialleiter dem Kläger mit, dass das Beschäftigungsverhältnis mit dem Geschäftsführer der Zweitbeklagten bereits im Oktober 2003 aufgelöst worden sei. Es steht jedoch nicht fest, dass die Entscheidungen im Personalsektor der Zweitbeklagten ihre Ursachen in der Vermögensentwicklung auf Seiten des Klägers gehabt hätten. Ebenso wenig steht fest, ob die Änderungen in der Personalstruktur bei der Zweitbeklagten darauf zurückzuführen waren, dass es bei der Zweitbeklagten zu grob fahrlässigen Unregelmäßigkeiten gekommen wäre, und ob der Filialleiter gegenüber dem Kläger Ende 2003 überhaupt geäußert hätte, dass es bei der Zweitbeklagten zu „grob fahrlässigen Unregelmäßigkeiten“ gekommen sei.

In der Folge gab es ein Gespräch mit Direktor M\*\*\*\*\* bei der Erstbeklagten in I\*\*\*\*\*. Dabei wurde dem Kläger mitgeteilt, es habe lediglich in einem Bereich im Zusammenhang mit einer falschen Währungsbewertung bei einem Wertpapier ein Problem gegeben. Dieser Bewertungsfehler wurde sodann durch eine Zahlung von 30.000 EUR an den Kläger saniert.

Schließlich erklärte der Kläger mit Schreiben vom 17. 6. 2004 gegenüber der Zweitbeklagten den Rücktritt vom Vermögensverwaltungsauftrag und forderte die C\*\*\*\*\* auf, sämtliche Wertpapiere bestens zu veräußern bzw zu verwerten und den gesamten Depoterlös samt Guthaben an ihn zu überweisen. Daraufhin wurden ihm am 6. 8. 2004 450.016,22 EUR auf sein Konto bei der Ö\*\*\*\*\* AG angewiesen; am selben Tag erfolgte eine Gutschrift über 56.025 CHF bzw 42.002,20 EUR. Am 24. 8. 2004 wurden dem Kläger 6.812,47 EUR gutgeschrieben, weiters erfolgte ein Wertpapierübertrag im Gegenwert von 79.895 EUR. Tatsächlich langten auf dem Konto des Klägers 449.319,10, 42.002,20 und 6.786,39 EUR, zusammen somit 498.107,69 EUR ein. Zusammen mit dem Wertpapierübertrag ergibt dies 578.802,69 EUR.

Im Protokoll der Verwaltungsratssitzung der Zweitbeklagten vom 21. 5. 2004 ist unter anderem festgehalten:

„4. Schadensfälle

4.1. Sanierungsbeitrag der [Erstbeklagten]:

Sanierung fehlgeschlagene Anlagestrategie CHF 216.373,82

4.2. Rechtsstreitigkeiten ...

Aufgrund der in der Vergangenheit entstandenen Schadensfälle werden folgende Punkte klar geregelt:

- Umsetzung und Einhaltung der Anlagerichtlinien und Anlagestrategie [der Erstbeklagten]

- Kundengerechte Beratung und Betreuung sowie Abklärung der Risikofähigkeit und Risikobereitschaft im Gespräch mit dem Kunden

...

6. Bonus Wolfgang P\*\*\*\*\*

6.1. Ausgangslage

Aufgrund der Sachlage wurde dem ehemaligen Geschäftsleiter Wolfgang P\*\*\*\*\* kein Bonus ausgezahlt. Die Vorkommnisse, welche im internen Revisionsbericht vom Dezember 2003 beschrieben sind, und die nachträglich bekannt gewordenen Mängel in der Geschäftsführung hatten zur Folge, dass der bis Ende 2003 befristete Arbeitsvertrag am 23. 12. 2003 durch eine fristlose Kündigung aufgehoben wurde. ...

Durch die in der Vergangenheit übermäßig getätigten Aktien-Trades bei ... Kunden [der Erstbeklagten], welche nachträglich bekannt wurden, hat Herr P\*\*\*\*\* als Geschäftsführer das Jahresergebnis maßgeblich beeinflusst. Die aufgrund dieser Praxis geschilderten Vorgangsweise, wurden Herrn P\*\*\*\*\* voraussichtlich zu viel an Erfolgsprämie in den letzten Jahren ausbezahlt. Herr Mag. S\*\*\*\*\* bekommt den Auftrag, dies zu prüfen."

Es steht allerdings nicht fest, ob diese Vorgänge betreffend Wolfgang P\*\*\*\*\* unmittelbar auf den Geschäftsfall des Klägers und die diesbezügliche Vermögensverwaltung der Zweitbeklagten Auswirkungen hatten. Ebenso wenig steht fest, ob die beim Kläger eingetretenen Wertverluste im unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit allfälligen dem Wolfgang P\*\*\*\*\* zum Vorwurf gemachten Malversationen stehen.

Der Kläger begehrt von den Beklagten die Zahlung von 439.416,98 EUR. Er sei niemals darüber aufgeklärt worden, dass derartige Verluste drohen könnten; hätte er dies gewusst, hätte er die vorgenommene Veranlagungsform nie getätigt. Die Beklagten wären aufgrund der Wohlverhaltensregeln des Wertpapieraufsichtsgesetzes verpflichtet gewesen, ihn über dieses Risiko aufzuklären und ihn zu beraten; dies hätten sie grob fahrlässig unterlassen, weshalb sie ihm für den eingetretenen Schaden solidarisch hafteten. Die Veranlagungsform sei dem Kläger von den Beklagten, als deren Erfüllungsgehilfe der Filialleiter anzusehen sei, vorgeschlagen worden, die durch eine hohe Anzahl von Kauf- und Verkaufstransaktionen hohe Vergütungen und Gebühren lukrieren wollten; tatsächlich habe die Zweitbeklagte Vergütungen und Administrationsgebühren in Höhe von 53.980,92 EUR erzielt, die letztlich auch der Erstbeklagten als 100 %ige Mutter der Zweitbeklagten zugutegekommen seien; der Filialleiter habe somit nicht die Kundeninteressen, sondern jene des Konzerns der Erstbeklagten vertreten. Der Kläger sei auch nicht darüber aufgeklärt worden, dass bei den Transaktionen von der C\*\*\*\*\* Rückprovisionen (Retrozessionen) an die Zweitbeklagte geflossen seien; dies erkläre die hohe Zahl von Transaktionen, die letztlich zu Gebühren und Kosten in Höhe von rund 188.000 EUR zu Lasten des Klägers geführt hätten. Hätte der Kläger von diesen Rückprovisionen gewusst, hätte er den „Vermögensverwaltungsauftrag" nicht erteilt. Die Zweitbeklagte habe zudem schlecht gewirtschaftet, weil noch von Jänner 2003 bis Mai 2004 Verluste erzielt wurden, während in diesem Zeitraum die wichtigsten Börsen um bis zu 50 % gestiegen seien; es sei bei der Zweitbeklagten zu „Unregelmäßigkeiten" gekommen, die auch das Depot des Klägers betroffen hätten. Und schließlich sei der Kläger am 17. 6. 2004 gemäß § 3 KSchG vom Vertrag mit der Zweitbeklagten zurückgetreten, weshalb die Vertragsbeziehung rückabzuwickeln sei; er sei davor niemals schriftlich über sein Rücktrittsrecht informiert worden, das sich darauf gründe, dass er den „Vermögensverwaltungsauftrag" nicht in den Geschäftsräumen der Zweitbeklagten erteilt habe. Der Kläger begehrt von den Beklagten die Zahlung von 439.416,98 EUR. Er sei niemals darüber aufgeklärt worden, dass derartige Verluste drohen könnten; hätte er dies gewusst, hätte er die vorgenommene Veranlagungsform nie getätigt. Die Beklagten wären aufgrund der

Wohlverhaltensregeln des Wertpapieraufsichtsgesetzes verpflichtet gewesen, ihn über dieses Risiko aufzuklären und ihn zu beraten; dies hätten sie grob fahrlässig unterlassen, weshalb sie ihm für den eingetretenen Schaden solidarisch hafteten. Die Veranlagungsform sei dem Kläger von den Beklagten, als deren Erfüllungsgehilfe der Filialleiter anzusehen sei, vorgeschlagen worden, die durch eine hohe Anzahl von Kauf- und Verkaufstransaktionen hohe Vergütungen und Gebühren lukrieren wollten; tatsächlich habe die Zweitbeklagte Vergütungen und Administrationsgebühren in Höhe von 53.980,92 EUR erzielt, die letztlich auch der Erstbeklagten als 100 %ige Mutter der Zweitbeklagten zugutegekommen seien; der Filialleiter habe somit nicht die Kundeninteressen, sondern jene des Konzerns der Erstbeklagten vertreten. Der Kläger sei auch nicht darüber aufgeklärt worden, dass bei den Transaktionen von der C\*\*\*\*\* Rückprovisionen (Retrozessionen) an die Zweitbeklagte geflossen seien; dies erkläre die hohe Zahl von Transaktionen, die letztlich zu Gebühren und Kosten in Höhe von rund 188.000 EUR zu Lasten des Klägers geführt hätten. Hätte der Kläger von diesen Rückprovisionen gewusst, hätte er den „Vermögensverwaltungsauftrag“ nicht erteilt. Die Zweitbeklagte habe zudem schlecht gewirtschaftet, weil noch von Jänner 2003 bis Mai 2004 Verluste erzielt wurden, während in diesem Zeitraum die wichtigsten Börsen um bis zu 50 % gestiegen seien; es sei bei der Zweitbeklagten zu „Unregelmäßigkeiten“ gekommen, die auch das Depot des Klägers betroffen hätten. Und schließlich sei der Kläger am 17. 6. 2004 gemäß Paragraph 3, KSchG vom Vertrag mit der Zweitbeklagten zurückgetreten, weshalb die Vertragsbeziehung rückabzuwickeln sei; er sei davor niemals schriftlich über sein Rücktrittsrecht informiert worden, das sich darauf gründe, dass er den „Vermögensverwaltungsauftrag“ nicht in den Geschäftsräumen der Zweitbeklagten erteilt habe.

Die Beklagten wendeten ein, die Erstbeklagte habe dem Kläger lediglich die Zweitbeklagte namhaft gemacht und den Bargeldtransport in die Schweiz organisiert; zu einem Vertragsverhältnis sei es nicht gekommen. Der Kläger sei Geschäftsführer und nahezu 100 % - Gesellschafter einer international tätigen Unternehmensgruppe mit einem Jahresumsatz von 27 Mio EUR und über 200 Mitarbeitern; er habe daher gewusst, „um was es gehen würde“. Er habe das Anlageprofil Nr. 3 und einen 50 %igen Aktienanteil gewählt und nicht „bieder“ veranlagten wollen. Er sei Ende 1999/Anfang 2000 zu einem historischen Höchststand der Aktienmärkte eingestiegen, die Indices seien dann jedoch, insbesondere nach den Ereignissen des 11. 9. 2001, bis etwa Anfang 2004 gesunken. Die Zweitbeklagte unterliege als ausländisches Unternehmen nicht den Regeln des Wertpapieraufsichtsgesetzes, jedenfalls habe sie nicht schuldhaft - und schon gar nicht grob fahrlässig - gehandelt; die Haftung für leichte Fahrlässigkeit sei im Übrigen ausgeschlossen worden. Zu Unregelmäßigkeiten bei der Zweitbeklagten in dem Sinn, dass sich jemand an fremdem Vermögen vergriffen hätte, sei es nicht gekommen; es habe lediglich Unstimmigkeiten dahin gegeben, dass einige Mitarbeiter zu technologielastrig veranlagt hätten. Es sei für eine Haftung nicht ausreichend nachzuweisen, dass die Aktienkurse gefallen seien; dafür bestehe keine Haftung der Bank. Allenfalls treffe den Kläger auch ein Mitverschulden, weil er den Vertrag zu einem Zeitpunkt aufgelöst habe, als die Börsenkurse wieder zu steigen begonnen hätten. Da ein etwa 10jähriger Veranlagungszeitraum vereinbart gewesen sei, hätte der Kläger der Zweitbeklagten eine „Chance auf Verbesserung“ geben müssen. Die Vergütungen und Administrationsgebühren seien einerseits ausdrücklich vereinbart worden, andererseits handle es sich um Bankspesen Dritter. Ein Rücktrittsrecht nach § 3 KSchG sei dem Kläger nie zugestanden, weil er selbst den Geschäftskontakt in den Räumlichkeiten der Erstbeklagten „initiiert“ habe.

Die Beklagten wendeten ein, die Erstbeklagte habe dem Kläger lediglich die Zweitbeklagte namhaft gemacht und den Bargeldtransport in die Schweiz organisiert; zu einem Vertragsverhältnis sei es nicht gekommen. Der Kläger sei Geschäftsführer und nahezu 100 % - Gesellschafter einer international tätigen Unternehmensgruppe mit einem Jahresumsatz von 27 Mio EUR und über 200 Mitarbeitern; er habe daher gewusst, „um was es gehen würde“. Er habe das Anlageprofil Nr. 3 und einen 50 %igen Aktienanteil gewählt und nicht „bieder“ veranlagten wollen. Er sei Ende 1999/Anfang 2000 zu einem historischen Höchststand der Aktienmärkte eingestiegen, die Indices seien dann jedoch, insbesondere nach den Ereignissen des 11. 9. 2001, bis etwa Anfang 2004 gesunken. Die Zweitbeklagte unterliege als ausländisches Unternehmen nicht den Regeln des Wertpapieraufsichtsgesetzes, jedenfalls habe sie nicht schuldhaft - und schon gar nicht grob fahrlässig - gehandelt; die Haftung für leichte Fahrlässigkeit sei im Übrigen ausgeschlossen worden. Zu Unregelmäßigkeiten bei der Zweitbeklagten in dem Sinn, dass sich jemand an fremdem Vermögen vergriffen hätte, sei es nicht gekommen; es habe lediglich Unstimmigkeiten dahin gegeben, dass einige Mitarbeiter zu technologielastrig veranlagt hätten. Es sei für eine Haftung nicht ausreichend nachzuweisen, dass die Aktienkurse gefallen seien; dafür bestehe keine Haftung der Bank. Allenfalls treffe den Kläger auch ein Mitverschulden, weil er den Vertrag zu einem Zeitpunkt aufgelöst habe, als die Börsenkurse wieder zu steigen begonnen hätten. Da ein etwa 10jähriger Veranlagungszeitraum vereinbart gewesen sei, hätte der Kläger der Zweitbeklagten eine „Chance auf

Verbesserung" geben müssen. Die Vergütungen und Administrationsgebühren seien einerseits ausdrücklich vereinbart worden, andererseits handle es sich um Bankspesen Dritter. Ein Rücktrittsrecht nach Paragraph 3, KSchG sei dem Kläger nie zugestanden, weil er selbst den Geschäftskontakt in den Räumlichkeiten der Erstbeklagten „initiiert“ habe.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab, wobei es von der Anwendbarkeit materiellen österreichischen Rechts ausging. Die Beklagten hätten ihre Aufklärungspflichten nicht verletzt und auch nicht gegen die Wohlverhaltensregeln verstoßen. Dass Aktiengeschäfte per se risikoträchtig sind, sei mittlerweile als bekannt anzusehen; davon sei auch beim Kläger auszugehen gewesen; im Übrigen habe der Filialleiter den Kläger darauf ausdrücklich hingewiesen. Im „Vermögensverwaltungsauftrag“ sei außerdem ausgewiesen, dass die Zweitbeklagte Retrozessionen (Provisionszahlungen) von der C\*\*\*\*\* erhalten werde; mit dieser Offenlegung fielen jedoch Rechtsfolgen zu Lasten der Beklagten weg. Malversationen im Bereich der Zweitbeklagten habe der Kläger nicht nachgewiesen.

Das Berufungsgericht hob das Ersturteil auf und trug dem Erstgericht Verfahrensergänzung und neuerliche Entscheidung auf. Es sprach aus, dass der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei, weil höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage der analogen Anwendbarkeit des § 3 Abs 1 letzter Satz KSchG auf andere Dauerschuldverhältnisse ebenso fehle wie zur Frage der Anwendbarkeit des § 3 Abs 1 KSchG auf Geschäftsräumlichkeiten des Vertreters des Unternehmers, zur Frage der Pflichten eines Finanzdienstleisters und zur Frage der Zulässigkeit von Spesenaufteilungsvereinbarungen („Kick-back-Vereinbarungen“). In der Sache selbst vertrat das Berufungsgericht die Auffassung, das abgeschlossene Geschäft sei auf Seiten des Klägers ein Verbrauchervertrag gewesen, sodass gemäß Art 5 Abs 2 EVÜ materielles österreichisches Recht anzuwenden sei, weil der Filialleiter der Erstbeklagten als Vertreter der Zweitbeklagten die vom Kläger unterfertigten Vertragsunterlagen in Österreich entgegen genommen habe und die Ausnahmebestimmung des Art 5 Abs 4 lit b EVÜ hier nicht zur Anwendung komme, habe die Zweitbeklagte doch ihre Vertragspflichten nicht ausschließlich in der Schweiz erfüllt, sondern auch in Österreich. Der Kläger habe zwar keine schriftliche Belehrung über sein Rücktrittsrecht gemäß § 3 KSchG erhalten, sein Rücktritt am 17. 6. 2004 sei jedoch verspätet erfolgt, weil die Monatsfrist des § 3 Abs 1 letzter Satz KSchG analog auf sämtliche Dauerschuldverhältnisse anzuwenden sei; im Übrigen habe der Kläger die Geschäftsräume der Erstbeklagten wegen einer beabsichtigten Geldanlage aufgesucht, wobei die Erstbeklagte als Vertreterin der Zweitbeklagten und deshalb ihre Geschäftsräumlichkeiten als solche des Unternehmers im Sinne des § 3 Abs 3 Z 1 KSchG anzusehen seien. Die Zweitbeklagte, die Finanzdienstleistungen anbiete und deshalb gemäß § 11 Abs 1 Z 2 WAG iVm § 1 Abs 1 Z 19 BWG den Bestimmungen des Wertpapieraufsichtsgesetzes unterliege, habe jedoch gegen dessen Wohlverhaltensregeln (§§ 11 ff WAG) verstoßen, weil sie vor Vertragsabschluss kein Kundenprofil erstellt und eine Dokumentation der Angaben des Klägers unterlassen habe; darüber hinaus habe sie den Kläger nicht ausreichend darüber aufgeklärt, dass sie berechtigt sei, Retrozessionen zu lukrieren, bzw worum es sich dabei handle. Diese Verstöße seien als grob fahrlässig anzusehen, weshalb sie gemäß §§ 13 und 14 iVm § 15 WAG schadenersatzpflichtig sei. Auch die Erstbeklagte, die mit dem Kläger eine langjährige Geschäftsbeziehung unterhalten habe, hafte gemäß § 1300 ABGB, weil ihr Filialleiter den Kläger nicht über die Retrozessionsvereinbarung aufgeklärt habe; im Übrigen sei die Erstbeklagte durch ihren Filialleiter bei den Beratungsgesprächen für die Zweitbeklagte aufgetreten, weshalb sie sich die mangelhafte Aufklärung zurechnen lassen müsse, und kämen schließlich die Vorteile aus der Retrozessionsvereinbarung auch der Erstbeklagten als 100 %iger Muttergesellschaft der Zweitbeklagten zugute. Allerdings hänge die Haftung der Beklagten davon ab, ob der Kläger bei ordnungsgemäßer Aufklärung und Beratung die angebotene Veranlagungsform dennoch gewählt hätte oder nicht; diesbezüglich habe das Erstgericht jedoch keine Feststellungen getroffen. Das Berufungsgericht hob das Ersturteil auf und trug dem Erstgericht Verfahrensergänzung und neuerliche Entscheidung auf. Es sprach aus, dass der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei, weil höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage der analogen Anwendbarkeit des Paragraph 3, Absatz eins, letzter Satz KSchG auf andere Dauerschuldverhältnisse ebenso fehle wie zur Frage der Anwendbarkeit des Paragraph 3, Absatz eins, KSchG auf Geschäftsräumlichkeiten des Vertreters des Unternehmers, zur Frage der Pflichten eines Finanzdienstleisters und zur Frage der Zulässigkeit von Spesenaufteilungsvereinbarungen („Kick-back-Vereinbarungen“). In der Sache selbst vertrat das Berufungsgericht die Auffassung, das abgeschlossene Geschäft sei auf Seiten des Klägers ein Verbrauchervertrag gewesen, sodass gemäß Artikel 5, Absatz 2, EVÜ materielles österreichisches Recht anzuwenden sei, weil der Filialleiter der Erstbeklagten als Vertreter der Zweitbeklagten die vom Kläger unterfertigten Vertragsunterlagen in Österreich entgegen genommen habe und die Ausnahmebestimmung des Artikel 5, Absatz 4, Litera b, EVÜ hier nicht zur Anwendung komme, habe die Zweitbeklagte doch ihre Vertragspflichten nicht ausschließlich in der Schweiz erfüllt, sondern auch in Österreich. Der Kläger habe zwar keine schriftliche

Belehrung über sein Rücktrittsrecht gemäß Paragraph 3, KSchG erhalten, sein Rücktritt am 17. 6. 2004 sei jedoch verspätet erfolgt, weil die Monatsfrist des Paragraph 3, Absatz eins, letzter Satz KSchG analog auf sämtliche Dauerschuldverhältnisse anzuwenden sei; im Übrigen habe der Kläger die Geschäftsräume der Erstbeklagten wegen einer beabsichtigten Geldanlage aufgesucht, wobei die Erstbeklagte als Vertreterin der Zweitbeklagten und deshalb ihre Geschäftsräumlichkeiten als solche des Unternehmers im Sinne des Paragraph 3, Absatz 3, Ziffer eins, KSchG anzusehen seien. Die Zweitbeklagte, die Finanzdienstleistungen anbiete und deshalb gemäß Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer 2, WAG in Verbindung mit Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 19, BWG den Bestimmungen des Wertpapieraufsichtsgesetzes unterliege, habe jedoch gegen dessen Wohlverhaltensregeln (Paragraphen 11, ff WAG) verstoßen, weil sie vor Vertragsabschluss kein Kundenprofil erstellt und eine Dokumentation der Angaben des Klägers unterlassen habe; darüber hinaus habe sie den Kläger nicht ausreichend darüber aufgeklärt, dass sie berechtigt sei, Retrozessionen zu lukrieren, bzw worum es sich dabei handle. Diese Verstöße seien als grob fahrlässig anzusehen, weshalb sie gemäß Paragraphen 13 und 14 in Verbindung mit Paragraph 15, WAG schadenersatzpflichtig sei. Auch die Erstbeklagte, die mit dem Kläger eine langjährige Geschäftsbeziehung unterhalten habe, hafte gemäß Paragraph 1300, ABGB, weil ihr Filialleiter den Kläger nicht über die Retrozessionsvereinbarung aufgeklärt habe; im Übrigen sei die Erstbeklagte durch ihren Filialleiter bei den Beratungsgesprächen für die Zweitbeklagte aufgetreten, weshalb sie sich die mangelhafte Aufklärung zurechnen lassen müsse, und kämen schließlich die Vorteile aus der Retrozessionsvereinbarung auch der Erstbeklagten als 100 %iger Muttergesellschaft der Zweitbeklagten zugute. Allerdings hänge die Haftung der Beklagten davon ab, ob der Kläger bei ordnungsgemäßer Aufklärung und Beratung die angebotene Veranlagungsform dennoch gewählt hätte oder nicht; diesbezüglich habe das Erstgericht jedoch keine Feststellungen getroffen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Rekurs der Beklagten ist zulässig; er ist aber nicht berechtigt.

1. Die Zweitbeklagte macht zunächst Nichtigkeit des Verfahrens geltend; die inländische Gerichtsbarkeit sei nicht gegeben. Sie übersieht dabei allerdings, dass bereits das Erstgericht (unter anderem) ihre diesbezügliche Einrede verworfen hat und diese Entscheidung mangels Anfechtung in Rechtskraft erwachsen ist.

2. Die Vorinstanzen qualifizierten das Rechtsverhältnis zwischen dem Kläger und den Beklagten als Verbrauchervertrag - dies ist im Rekursverfahren nicht mehr strittig - und gingen unter Berufung auf Art 5 Abs 2 EVÜ auch im Verhältnis zur Zweitbeklagten von der Anwendbarkeit materiellen österreichischen Rechts aus. Die Zweitbeklagte hält dem im Rekurs nunmehr entgegen, einerseits sei die Erstbeklagte nicht als ihre Vertreterin anzusehen und andererseits sei der Ausnahmetatbestand des Art 5 Abs 4 lit b EVÜ erfüllt; damit komme aber Schweizer Recht zur Anwendung. 2. Die Vorinstanzen qualifizierten das Rechtsverhältnis zwischen dem Kläger und den Beklagten als Verbrauchervertrag - dies ist im Rekursverfahren nicht mehr strittig - und gingen unter Berufung auf Artikel 5, Absatz 2, EVÜ auch im Verhältnis zur Zweitbeklagten von der Anwendbarkeit materiellen österreichischen Rechts aus. Die Zweitbeklagte hält dem im Rekurs nunmehr entgegen, einerseits sei die Erstbeklagte nicht als ihre Vertreterin anzusehen und andererseits sei der Ausnahmetatbestand des Artikel 5, Absatz 4, Litera b, EVÜ erfüllt; damit komme aber Schweizer Recht zur Anwendung.

2.1. Der Kläger und die Zweitbeklagte schlossen am 6. 5. 1999 einen „Vermögensverwaltungsauftrag“, der unter Punkt 11. „Gerichtsstand“ festlegt, dass „dieser Vertrag Schweizerischem Recht untersteht“; Gerichtsstand sei Zürich. Nach Art 3 Abs 1 des Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (EVÜ) wäre nach dieser Rechtswahl Schweizer und nicht österreichisches Recht anzuwenden. Dass die Schweiz kein Vertragsstaat dieses Übereinkommens ist (vgl Verschraegen in Rummel, ABGB<sup>3</sup> II/6 [2004] Vor Art 1 EVÜ Rz 1), spielt im Hinblick auf dessen Art 2 keine Rolle; danach wäre das nach dem Übereinkommen bezeichnete Recht auch dann anzuwenden, wenn es das Recht eines Nichtvertragsstaates ist (Giuliano/Lagarde, Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl 1980 Nr C 282, 13; Verschraegen aaO Art 2 Rz 1 [loi uniforme]). 2.1. Der Kläger und die Zweitbeklagte schlossen am 6. 5. 1999 einen „Vermögensverwaltungsauftrag“, der unter Punkt 11. „Gerichtsstand“ festlegt, dass „dieser Vertrag Schweizerischem Recht untersteht“; Gerichtsstand sei Zürich. Nach Artikel 3, Absatz eins, des Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (EVÜ) wäre nach dieser Rechtswahl Schweizer und nicht österreichisches Recht anzuwenden. Dass die Schweiz kein Vertragsstaat dieses Übereinkommens ist vergleiche Verschraegen in Rummel, ABGB<sup>3</sup> II/6 [2004] Vor Artikel eins, EVÜ Rz 1), spielt im Hinblick auf dessen Artikel 2, keine Rolle; danach wäre das nach dem Übereinkommen bezeichnete Recht auch dann anzuwenden, wenn es das Recht eines Nichtvertragsstaates ist

(Giuliano/Lagarde, Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABI 1980 Nr C 282, 13; Verschraegen aaO Artikel 2, Rz 1 [loi uniforme]).

2.2. Nach Art 5 Abs 2 EVÜ darf allerdings bei Verbraucherverträgen die Rechtswahl der Parteien nicht dazu führen, dass dem Verbraucher der durch die zwingenden Bestimmungen des Rechts des Staates, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, gewährte Schutz entzogen wird, wenn (unter anderem) der Vertragspartner des Verbrauchers oder sein Vertreter die Bestellung des Verbrauchers in diesem Staat entgegengenommen haben. Vertreter des Leistungserbringers ist dabei jede Person, die in seinem Namen handelt (Giuliano/Lagarde aaO 24; Heiss in Czernich/Heiss, EVÜ [1999] Art 5 Rz 37; Martiny in MünchKommBGB4 [2006] Art 29 EGBGB Rz 39; deutscher BGH NJW 1994, 262), also jede Person, die mit der Entgegennahme von Bestellungen betraut wurde (Verschraegen in Rummel, ABGB<sup>3</sup> II/6 [2004] Art 5 EVÜ Rz 37). Entgegennahme bedeutet deren faktischen Erhalt oder Zugang (Heiss, aaO Rz 36; Martiny, aaO Rz 38; deutscher BGH NJW 1997, 1697). 2.2. Nach Artikel 5, Absatz 2, EVÜ darf allerdings bei Verbraucherverträgen die Rechtswahl der Parteien nicht dazu führen, dass dem Verbraucher der durch die zwingenden Bestimmungen des Rechts des Staates, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, gewährte Schutz entzogen wird, wenn (unter anderem) der Vertragspartner des Verbrauchers oder sein Vertreter die Bestellung des Verbrauchers in diesem Staat entgegengenommen haben. Vertreter des Leistungserbringers ist dabei jede Person, die in seinem Namen handelt (Giuliano/Lagarde aaO 24; Heiss in Czernich/Heiss, EVÜ [1999] Artikel 5, Rz 37; Martiny in MünchKommBGB4 [2006] Artikel 29, EGBGB Rz 39; deutscher BGH NJW 1994, 262), also jede Person, die mit der Entgegennahme von Bestellungen betraut wurde (Verschraegen in Rummel, ABGB<sup>3</sup> II/6 [2004] Artikel 5, EVÜ Rz 37). Entgegennahme bedeutet deren faktischen Erhalt oder Zugang (Heiss, aaO Rz 36; Martiny, aaO Rz 38; deutscher BGH NJW 1997, 1697).

Diese Voraussetzungen treffen im vorliegenden Verfahren auf den Filialleiter der Erstbeklagten zu, der über die notwendigen Unterlagen für den Vertragsabschluss verfügte, diese mit dem Kläger „Formular für Formular“ durchging, den vom Kläger unterfertigten „Vermögensverwaltungsauftrag“ und die weiteren Unterlagen wieder übernahm und diese an die Zweitbeklagte weiterleitete. Die Unterlagen hatte der Filialleiter - wie er selbst vor dem Erstgericht aussagte (AS 89) und worauf die Beklagten in ihrem Rekurs auch hinweisen - von der Zweitbeklagten angefordert und auch erhalten. Damit konnte der Kläger aber jedenfalls auf eine (Anscheins-)Vollmacht des Filialleiters vertrauen; die Zweitbeklagte als Vertretene setzte ein Verhalten (einen äußeren Tatbestand), das bei einem gutgläubigen Dritten die begründete Annahme rechtfertigte, sie habe - bereits früher - Vollmacht erteilt (Apathy in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> [2006] § 1029 Rz 7 mwN; vgl auch EuGH Rs 218/86 [SAR Schotte GmbH/Parfums Rothschild SARL], der in dieser Entscheidung darauf abstellte, dass sich das eine Unternehmen nicht nur in die Verhandlungen und den Abschluss des Vertrags mit dem anderen Unternehmen einschaltete, sondern sich auch im Stadium der Vertragserfüllung um dessen ordnungsgemäße Abwicklung kümmerte). Diese Voraussetzungen treffen im vorliegenden Verfahren auf den Filialleiter der Erstbeklagten zu, der über die notwendigen Unterlagen für den Vertragsabschluss verfügte, diese mit dem Kläger „Formular für Formular“ durchging, den vom Kläger unterfertigten „Vermögensverwaltungsauftrag“ und die weiteren Unterlagen wieder übernahm und diese an die Zweitbeklagte weiterleitete. Die Unterlagen hatte der Filialleiter - wie er selbst vor dem Erstgericht aussagte (AS 89) und worauf die Beklagten in ihrem Rekurs auch hinweisen - von der Zweitbeklagten angefordert und auch erhalten. Damit konnte der Kläger aber jedenfalls auf eine (Anscheins-)Vollmacht des Filialleiters vertrauen; die Zweitbeklagte als Vertretene setzte ein Verhalten (einen äußeren Tatbestand), das bei einem gutgläubigen Dritten die begründete Annahme rechtfertigte, sie habe - bereits früher - Vollmacht erteilt (Apathy in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> [2006] Paragraph 1029, Rz 7 mwN; vergleiche auch EuGH Rs 218/86 [SAR Schotte GmbH/Parfums Rothschild SARL], der in dieser Entscheidung darauf abstellte, dass sich das eine Unternehmen nicht nur in die Verhandlungen und den Abschluss des Vertrags mit dem anderen Unternehmen einschaltete, sondern sich auch im Stadium der Vertragserfüllung um dessen ordnungsgemäße Abwicklung kümmerte).

Die Beklagten meinen in ihrem Rekurs, der Filialleiter der Erstbeklagten habe lediglich dem Kläger die Zweitbeklagte namhaft gemacht; er selbst sei (Empfangs-)Bote gewesen. Sie übersehen dabei jedoch, dass sich die Beurteilung der Frage, ob jemand Vertreter oder Bote eines anderen ist, allein nach seinem tatsächlichen Auftreten gegenüber dem Geschäftsgegner richtet und nicht danach, wie er nach dem Willen des Auftraggebers auftreten soll (Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I13 [2006] 221 mwN). Der Filialleiter hat aber nicht nur dem Kläger die Unterlagen übermittelt und den „Vermögensverwaltungsauftrag“ nach Unterfertigung zur Weiterleitung wieder übernommen, sondern ist mit dem Kläger die Unterlagen „Formular für Formular“ durchgegangen und hat ihn auch beraten, so etwa über das Verhältnis



der Aufteilung des zu veranlagenden Geldes auf festverzinsliche bzw auf Aktienanteile. Die Annahme, der Filialleiter sei lediglich als Bote tätig geworden, ist außerdem deshalb verfehlt, weil dieser selbst ganz offensichtlich davon ausgegangen ist, für die Zweitbeklagte zu handeln. Aus seiner Aussage vor dem Erstgericht ergibt sich nämlich weiters, dass er deshalb dem Kläger keinen anderen Vermögensverwalter (einer anderen Bank) angeboten habe, weil es „absolut untypisch bzw unüblich [sei], einen Kunden an eine andere Bank zu vermitteln; in der Schweiz draußen haben wir ansonsten niemanden" (AS 107). Und schließlich ist auch das Berufungsgericht - insoweit von den Beklagten unwidersprochen - davon ausgegangen, dass die Zweitbeklagte sich zur Erbringung ihrer vorvertraglichen Aufklärungs- und Beratungsleistungen, aber auch für den Abschluss des Vertrags der Erstbeklagten bedient habe, die wiederum durch ihren Filialleiter gehandelt habe (S. 25). Die Beklagten meinen in ihrem Rekurs, der Filialleiter der Erstbeklagten habe lediglich dem Kläger die Zweitbeklagte namhaft gemacht; er selbst sei (Empfangs-)Bote gewesen. Sie übersehen dabei jedoch, dass sich die Beurteilung der Frage, ob jemand Vertreter oder Bote eines anderen ist, allein nach seinem tatsächlichen Auftreten gegenüber dem Geschäftsgegner richtet und nicht danach, wie er nach dem Willen des Auftraggebers auftreten soll (Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I13 [2006] 221 mwN). Der Filialleiter hat aber nicht nur dem Kläger die Unterlagen übermittelt und den „Vermögensverwaltungsauftrag" nach Unterfertigung zur Weiterleitung wieder übernommen, sondern ist mit dem Kläger die Unterlagen „Formular für Formular" durchgegangen und hat ihn auch beraten, so etwa über das Verhältnis der Aufteilung des zu veranlagenden Geldes auf festverzinsliche bzw auf Aktienanteile. Die Annahme, der Filialleiter sei lediglich als Bote tätig geworden, ist außerdem deshalb verfehlt, weil dieser selbst ganz offensichtlich davon ausgegangen ist, für die Zweitbeklagte zu handeln. Aus seiner Aussage vor dem Erstgericht ergibt sich nämlich weiters, dass er deshalb dem Kläger keinen anderen Vermögensverwalter (einer anderen Bank) angeboten habe, weil es „absolut untypisch bzw unüblich [sei], einen Kunden an eine andere Bank zu vermitteln; in der Schweiz draußen haben wir ansonsten niemanden" (AS 107). Und schließlich ist auch das Berufungsgericht - insoweit von den Beklagten unwidersprochen - davon ausgegangen, dass die Zweitbeklagte sich zur Erbringung ihrer vorvertraglichen Aufklärungs- und Beratungsleistungen, aber auch für den Abschluss des Vertrags der Erstbeklagten bedient habe, die wiederum durch ihren Filialleiter gehandelt habe (Sitzung 25).

2.3. Nach seinem Abs 4 lit b gilt Art 5 EVÜ trotz Vorliegens der situativen (Heiss in Czernich/Heiss, EVÜ [1999] Art 5 Rz 22; Verschraegen in Rummel, ABGB<sup>3</sup> II/6 [2004] Art 5 EVÜ Rz 26) Voraussetzungen seines Abs 2 nicht für Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen, wenn die dem Verbraucher geschuldeten Dienstleistungen ausschließlich in einem anderen als dem Staat erbracht werden müssen, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Dazu gehören zwar auch örtliche Bank- und Brokerdienstleistungen (Magnus in Staudinger, BGB13 Art 29 EGBGB Rz 62; Verschraegen aaO Rz 23; Martiny in MünchKommBGB4 Art 29 EGBGB [2006] Rz 27 mwN; aA Heiss in Czernich/Heiss, EVÜ [1999] Art 5 Rz 23; zu Geschäftsbesorgungsverhältnissen vgl deutscher BGH NJW 1994, 262; Verschraegen aaO Rz 16); die von Art 5 Abs 4 lit b EVÜ geforderte Ausschließlichkeit ist hier jedoch nicht gegeben.

2.3. Nach seinem Absatz 4, Litera b, gilt Artikel 5, EVÜ trotz Vorliegens der situativen (Heiss in Czernich/Heiss, EVÜ [1999] Artikel 5, Rz 22; Verschraegen in Rummel, ABGB<sup>3</sup> II/6 [2004] Artikel 5, EVÜ Rz 26) Voraussetzungen seines Absatz 2, nicht für Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen, wenn die dem Verbraucher geschuldeten Dienstleistungen ausschließlich in einem anderen als dem Staat erbracht werden müssen, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Dazu gehören zwar auch örtliche Bank- und Brokerdienstleistungen (Magnus in Staudinger, BGB13 Artikel 29, EGBGB Rz 62; Verschraegen aaO Rz 23; Martiny in MünchKommBGB4 Artikel 29, EGBGB [2006] Rz 27 mwN; aA Heiss in Czernich/Heiss, EVÜ [1999] Artikel 5, Rz 23; zu Geschäftsbesorgungsverhältnissen vergleiche deutscher BGH NJW 1994, 262; Verschraegen aaO Rz 16); die von Artikel 5, Absatz 4, Litera b, EVÜ geforderte Ausschließlichkeit ist hier jedoch nicht gegeben:

Zunächst kann in diesem Belang nicht außer Acht gelassen werden, dass bereits die vorvertragliche Beratung des Klägers und sodann die Entgegennahme seiner Vertragserklärungen in Österreich erfolgte. Außerdem waren nach § 11 Abs 1 (österreichisches) WAG BGBl Nr 753/1996 (das Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 ist erst am 1. 11. 2007 in Kraft getreten und daher auf den vorliegenden Sachverhalt noch nicht anzuwenden) bei Erbringung von gewerblichen Dienstleistungen, die mit Wertpapieren oder sonstigen Veranlagungen des Vermögens von Kunden in Zusammenhang stehen, die Interessen des Kunden bestmöglich zu wahren und insbesondere die §§ 12 bis 18 WAG zu beachten. Nach § 13 Z 4 WAG waren bei der Erbringung dieser Dienstleistungen dem Kunden alle zweckdienlichen Informationen mitzuteilen, soweit dies zur Wahrung der Interessen des Kunden und im Hinblick auf Art und Umfang der beabsichtigten Geschäfte erforderlich war. Das Gesetz sah hier also echte Nachberatungs- und

Zusatzinformationspflichten während der Vertragslaufzeit vor (3 Ob 289/05d = ÖBA 2006/1384); der Kunde musste in den Stand versetzt werden, die Auswirkungen seiner Anlageentscheidung zu erkennen (7 Ob 64/04v = ÖBA 2005, 721; 3 Ob 40/07i). Dies galt auch für Vermögensverwaltungen (Knobl in Fröhlichsthal/Hausmaninger/Knobl/Oppitz/Zeipelt, WAG [1998] § 13 Rz 94) und umfasste etwa die Information über „erhebliche“ Verluste (Knobl aaO; deutscher BGH WM 1994, 836). Dass schließlich derartige Verpflichtungen nicht auch nach Schweizer Recht bestanden hätten, behaupten die Beklagten dabei gar nicht; sie haben sich im Verfahren erster Instanz dazu vielmehr ausdrücklich darauf berufen (AS 23), dass dem Kläger bei Anwendung Schweizer Rechts kein „österreichischer Rechtsschutz“ entgehen würde. Zunächst kann in diesem Belang nicht außer Acht gelassen werden, dass bereits die vorvertragliche Beratung des Klägers und sodann die Entgegennahme seiner Vertragserklärungen in Österreich erfolgte. Außerdem waren nach Paragraph 11, Absatz eins, (österreichisches) WAG Bundesgesetzblatt Nr 753 aus 1996, (das Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 ist erst am 1. 11. 2007 in Kraft getreten und daher auf den vorliegenden Sachverhalt noch nicht anzuwenden) bei Erbringung von gewerblichen Dienstleistungen, die mit Wertpapieren oder sonstigen Veranlagungen des Vermögens von Kunden in Zusammenhang stehen, die Interessen des Kunden bestmöglich zu wahren und insbesondere die Paragraphen 12 bis 18 WAG zu beachten. Nach Paragraph 13, Ziffer 4, WAG waren bei der Erbringung dieser Dienstleistungen dem Kunden alle zweckdienlichen Informationen mitzuteilen, soweit dies zur Wahrung der Interessen des Kunden und im Hinblick auf Art und Umfang der beabsichtigten Geschäfte erforderlich war. Das Gesetz sah hier also echte Nachberatungs- und Zusatzinformationspflichten während der Vertragslaufzeit vor (3 Ob 289/05d = ÖBA 2006/1384); der Kunde musste in den Stand versetzt werden, die Auswirkungen seiner Anlageentscheidung zu erkennen (7 Ob 64/04v = ÖBA 2005, 721; 3 Ob 40/07i). Dies galt auch für Vermögensverwaltungen (Knobl in Fröhlichsthal/Hausmaninger/Knobl/Oppitz/Zeipelt, WAG [1998] Paragraph 13, Rz 94) und umfasste etwa die Information über „erhebliche“ Verluste (Knobl aaO; deutscher BGH WM 1994, 836). Dass schließlich derartige Verpflichtungen nicht auch nach Schweizer Recht bestanden hätten, behaupten die Beklagten dabei gar nicht; sie haben sich im Verfahren erster Instanz dazu vielmehr ausdrücklich darauf berufen (AS 23), dass dem Kläger bei Anwendung Schweizer Rechts kein „österreichischer Rechtsschutz“ entgehen würde.

Zur Erfüllung dieser Verpflichtungen bediente sich - wie schon dargestellt - die Zweitbeklagte der Erstbeklagten, die wiederum durch ihren Filialleiter handelte (S. 25). Demnach wurde der Kläger in den Räumlichkeiten der Erstbeklagten in L\*\*\*\*\*, also in Österreich, in unregelmäßigen Abständen über die Performance der Vermögensverwaltung informiert; dabei wurden die Depotauszüge „Position für Position“ durchgegangen; fallweise wurden dem Kläger auch Depotauszüge mit handschriftlichen Bemerkungen des Filialleiters übermittelt. Dass dieser dem Kläger nur deshalb zur Verfügung gestanden sein sollte, weil er gehofft habe, den Kläger für die Erstbeklagte über eine bereits bestehende geringe Veranlagung hinaus zu gewinnen, lässt sich den Feststellungen der Vorinstanzen ebenso wenig entnehmen wie der Umstand, dass der Filialleiter aus reinem Entgegenkommen gehandelt hätte, wie die Beklagten dies nunmehr in ihrem Rekurs darzutun versuchen. Dagegen spricht allein schon das Zustandekommen des Vertrags (2.2.). Im Übrigen bestand etwa auch gemäß Punkt 10. des „Vermögensverwaltungsauftrags“ die Verpflichtung der Zweitbeklagten, dem - in Österreich lebenden - Kläger über dessen entsprechenden Auftrag die Bankkorrespondenz direkt zuzustellen. Zur Erfüllung dieser Verpflichtungen bediente sich - wie schon dargestellt - die Zweitbeklagte der Erstbeklagten, die wiederum durch ihren Filialleiter handelte (Sitzung 25). Demnach wurde der Kläger in den Räumlichkeiten der Erstbeklagten in L\*\*\*\*\*, also in Österreich, in unregelmäßigen Abständen über die Performance der Vermögensverwaltung informiert; dabei wurden die Depotauszüge „Position für Position“ durchgegangen; fallweise wurden dem Kläger auch Depotauszüge mit handschriftlichen Bemerkungen des Filialleiters übermittelt. Dass dieser dem Kläger nur deshalb zur Verfügung gestanden sein sollte, weil er gehofft habe, den Kläger für die Erstbeklagte über eine bereits bestehende geringe Veranlagung hinaus zu gewinnen, lässt sich den Feststellungen der Vorinstanzen ebenso wenig entnehmen wie der Umstand, dass der Filialleiter aus reinem Entgegenkommen gehandelt hätte, wie die Beklagten dies nunmehr in ihrem Rekurs darzutun versuchen. Dagegen spricht allein schon das Zustandekommen des Vertrags (2.2.). Im Übrigen bestand etwa auch gemäß Punkt 10. des „Vermögensverwaltungsauftrags“ die Verpflichtung der Zweitbeklagten, dem - in Österreich lebenden - Kläger über dessen entsprechenden Auftrag die Bankkorrespondenz direkt zuzustellen.

Es kann somit nicht davon ausgegangen werden, dass die Zweitbeklagte ihre Dienstleistungen ausschließlich in der Schweiz erbracht hätte bzw hätte erbringen müssen. Art 5 Abs 4 lit b EVÜ hält den Verbraucher aber nur in diesen Fällen für nicht schutzbedürftig, weil er hier eben nicht erwarten kann, dass in Abweichung von den allgemeinen Anknüpfungsregeln sein Heimatrecht zur Anwendung kommen wird (Verschraegen aaO Rz 21 mwN). Ob die teilweise

Leistungserbringung dem Kläger gegenüber in Österreich dabei - wie die Beklagten in ihrem Rekurs meinen - lediglich aus „Gefälligkeit“ erfolgte, ist unbeachtlich. Es kann somit nicht davon ausgegangen werden, dass die Zweitbeklagte ihre Dienstleistungen ausschließlich in der Schweiz erbracht hätte bzw hätte erbringen müssen. Artikel 5, Absatz 4, Litera b, EVÜ hält den Verbraucher aber nur in diesen Fällen für nicht schutzbedürftig, weil er hier eben nicht erwarten kann, dass in Abweichung von den allgemeinen Anknüpfungsregeln sein Heimatrecht zur Anwendung kommen wird (Verschraegen aaO Rz 21 mwN). Ob die teilweise Leistungserbringung dem Kläger gegenüber in Österreich dabei - wie die Beklagten in ihrem Rekurs meinen - lediglich aus „Gefälligkeit“ erfolgte, ist unbeachtlich.

2.4. Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass die Vorinstanzen zutreffend materielles österreichisches Recht auch im Verhältnis des Klägers zur Zweitbeklagten angewendet haben.

3. Der Kläger hält in der Rekursbeantwortung seinen Rechtsstandpunkt aufrecht, er sei am 17. 6. 2004 berechtigt vom Vertrag zurückgetreten; er habe den „Vermögensverwaltungsauftrag“ nicht in den Geschäftsräumlichkeiten der Zweitbeklagten abgeschlossen und ihn auch nicht kongruent angebahnt, weil er sich ursprünglich nur für eine Geldanlage interessiert, den „Vermögensverwaltungsauftrag“ jedoch der Filialleiter ins Spiel gebracht habe.

3.1. Nach § 3 Abs 1 KSchG kann der Verbraucher grundsätzlich vom Vertrag zurücktreten, wenn er seine Vertragserklärung weder in den vom Unternehmer für seine geschäftlichen Zwecke dauernd benützten Räumen noch bei einem von diesem dafür auf einer Messe oder einem Markt benützten Stand abgegeben hat. Der Rücktritt muss binnen einer Woche ab Zustandekommen des Vertrags erklärt werden, es sei denn, dem Verbraucher wäre anlässlich der Entgegennahme seiner Vertragserklärung keine schriftliche Belehrung über dieses Rücktrittsrecht ausgefolgt worden. 3.1. Nach Paragraph 3, Absatz eins, KSchG kann der Verbraucher grundsätzlich vom Vertrag zurücktreten, wenn er seine Vertragserklärung weder in den vom Unternehmer für seine geschäftlichen Zwecke dauernd benützten Räumen noch bei einem von diesem dafür auf einer Messe oder einem Markt benützten Stand abgegeben hat. Der Rücktritt muss binnen einer Woche ab Zustandekommen des Vertrags erklärt werden, es sei denn, dem Verbraucher wäre anlässlich der Entgegennahme seiner Vertragserklärung keine schriftliche Belehrung über dieses Rücktrittsrecht ausgefolgt worden.

Zwischen den Parteien ist unstrittig, dass dem Kläger vor seinem von den Vorinstanzen festgestellten Rücktritt vom Vertrag am 17. 6. 2004 eine derartige Urkunde nicht ausgefolgt worden ist. Damit wäre der Rücktritt zunächst einmal zu Recht erfolgt.

3.2. Bis zum Inkrafttreten des ZivRÄG 2004 am 1. 1. 2004 erlosch dieses Rücktrittsrecht zwar auch bei Nichtausfolgung der Belehrungsurkunde spätestens einen Monat nach der vollständigen Erfüllung des Vertrags durch beide Vertragspartner. Mit dem ZivRÄG 2004 wurde diese Befristung jedoch in Entsprechung einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (Slg 2001, 1-9945 [Heininger/Bayrische Hypo- und Vereinsbank AG]) beseitigt und in § 41a Abs 16 KSchG auch dessen Rückwirkung angeordnet; die unbefristete Rücktrittsmöglichkeit gilt somit auch für Verträge, die vor dem 1. 1. 2004 abgeschlossen worden sind (vgl dazu Mayrhofer/Tangl in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 3 KSchG Rz 76). 3.2. Bis zum Inkrafttreten des ZivRÄG 2004 am 1. 1. 2004 erlosch dieses Rücktrittsrecht zwar auch bei Nichtausfolgung der Belehrungsurkunde spätestens einen Monat nach der vollständigen Erfüllung des Vertrags durch beide Vertragspartner. Mit dem ZivRÄG 2004 wurde diese Befristung jedoch in Entsprechung einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (Slg 2001, 1-9945 [Heininger/Bayrische Hypo- und Vereinsbank AG]) beseitigt und in Paragraph 41 a, Absatz 16, KSchG auch dessen Rückwirkung angeordnet; die unbefristete Rücktrittsmöglichkeit gilt somit auch für Verträge, die vor dem 1. 1. 2004 abgeschlossen worden sind vergleiche dazu Mayrhofer/Tangl in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> Paragraph 3, KSchG Rz 76).

3.3. Das Berufungsgericht ist dennoch von einer Verfristung der Rücktrittserklärung ausgegangen, indem es § 3 Abs 1 letzter Satz KSchG idF ZivRÄG 2004 analog anwendete. Nach dieser Bestimmung erlischt das Rücktrittsrecht bei Versicherungsverträgen spätestens einen Monat nach Zustandekommen des Vertrags. Das Berufungsgericht hat sich dabei auf die Lehrmeinung Krejcis (in Rummel, ABGB II/4<sup>3</sup> [2002] § 3 KSchG Rz 47) gestützt, der meint, der Grund für die Ausnahme der Versicherungsverträge sei deren meist sehr lange Laufzeit; ein so langer Schwebezustand sei vom Gesetzgeber als unbillig empfunden worden, welcher Gedanke auch bei vergleichbaren Dauerrechtsverhältnissen Beachtung finden sollte. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden: 3.3. Das Berufungsgericht ist dennoch von einer Verfristung der Rücktrittserklärung ausgegangen, indem es Paragraph 3, Absatz eins, letzter Satz KSchG in der Fassung ZivRÄG 2004 analog anwendete. Nach dieser Bestimmung erlischt das Rücktrittsrecht bei Versicherungsverträgen

spätestens einen Monat nach Zustandekommen des Vertrags. Das Berufungsgericht hat sich dabei auf die Lehrmeinung Krejcis (in Rummel, ABGB II/4<sup>3</sup> [2002] Paragraph 3, KSchG Rz 47) gestützt, der meint, der Grund für die Ausnahme der Versicherungsverträge sei deren meist sehr lange Laufzeit; ein so langer Schwebezustand sei vom Gesetzgeber als unbillig empfunden worden, welcher Gedanke auch bei vergleichbaren Dauerrechtsverhältnissen Beachtung finden sollte. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden:

Die Regelung des Rücktrittsrechts in § 3 KSchG erfolgte in Umsetzung der Richtlinie 85/577/EWG (Haustürgeschäfte-RL; vgl dazu ausführlich Mayrhofer/Tangl aaO Rz 7 ff). Die Zulässigkeit der Einschränkung des Rücktrittsrechts auf einen Monat nach Zustandekommen des Versicherungsvertrags erklärt sich daraus, dass die Haustürgeschäfte-RL aufgrund ihres Art 3 Abs 2 lit d für Versicherungsverträge nicht gilt (Mayrhofer/Tangl aaO Rz 77). Andere Dauerschuldverhältnisse hat der Gesetzgeber des ZivRÄG 2004 hingegen offensichtlich bewusst nicht von der Grundregel des § 3 Abs 1 KSchG ausgenommen; nach den Materialien dürfe der Unternehmer hier bei Dauerschuldverhältnissen nicht besser als bei Zielschuldverhältnissen gestellt werden (v

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)