

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 Klaunzer, 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

B e s c h l u s s

gefasst:

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

B e g r ü n d u n g :

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 Filialleiter. 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 Filialleiter 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 Filialleiter 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 Filialleiter 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 Filialleiter 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 Filialleiter 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 Filialleiter 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 ./3 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.

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“ veranlagen 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.

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.

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.

2.1. 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*, ABGB³ 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]).

2.2. 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 *MünchKommBGB*⁴ [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*, ABGB³ 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).

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

Schwimmann, ABGB³ [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).

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).

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*, ABGB³ 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 MünchKommBGB*⁴ 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:

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.

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.

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.

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.

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*, Klang³ § 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/4³ [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:

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 (vgl. *Mayrhofer/Tangl aaO*; ebenso *Krejci aaO* 36). Eine planwidrige Lücke bei Dauerschuldverhältnissen generell - wie dies offensichtlich *Krejci* (aaO) und das Berufungsgericht meinen -, die durch analoge Anwendung des § 3 Abs 1 letzter Satz KSchG geschlossen werden müsste, besteht somit nicht; eine derartige Lückenfüllung wäre auch im Hinblick auf die erwähnte Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs unzulässig.

Allerdings ist zu prüfen, ob nicht auch der hier zu beurteilende Vertrag aus dem Anwendungsbereich der Haustürgeschäfte-RL herausfällt; in einem solchen Fall käme nämlich eine analoge Anwendung des § 3 Abs 1 letzter Satz KSchG durchaus in Betracht:

Nach ihrem Art 1 Abs 1 gilt die Haustürgeschäfte-RL für Verträge, die zwischen einem Gewerbetreibenden, der Waren liefert oder Dienstleistungen erbringt, und einem Verbraucher außerhalb der Geschäftsräume des Gewerbetreibenden geschlossen werden. Dienstleistungsverträge sind dabei alle Verträge, die die entgeltliche Herbeiführung eines bestimmten faktischen Erfolgs und in Abgrenzung zum Arbeitsvertrag nicht nur die schlichte Verrichtung einer Tätigkeit zum Gegenstand haben (1 Ob 63/03a = EvBl 2004/83 mwN). Dazu zählen auch Werk-, Geschäftsbesorgungs- und Frachtverträge, aber auch die Verträge mit dienstleistenden Freiberuflern wie Architekten und Rechtsanwälten sowie Vermittlertätigkeiten für Waren, Kredite und Kapitalanlagen (vgl. *Czernich/Tiefenthaler/G. Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht [2003] Art 5 EuGVO

Rz 38; *Kropholler*, Europäisches Zivilprozessrecht⁸ [2005] Art 5 EuGVO Rz 44).

Da Art 3 Abs 2 der Haustürgeschäfte-RL zwar Verträge über Wertpapiere von ihrem Geltungsbereich ausnimmt, nicht aber Vermögensverwaltungs- oder diesen gleichzuhaltende Verträge und außerdem Ausnahmen von gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherschutzbestimmungen eng auszulegen sind (vgl. EuGH C-203/99 [*Veedfald/Arhus Amtskommune*]; Slg 2001, I-9945 [*Heininger/Bayrische Hypo- und Vereinsbank AG*]), kann nicht von der Unanwendbarkeit der Haustürgeschäfte-RL auf den hier zu beurteilenden Vermögensverwaltungsvertrag ausgegangen werden (vgl. auch deutscher BGH NJW 2002, 1868, der den Vermögensverwaltungsvertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstvertragscharakter sieht). Damit scheidet aber auch eine analoge Anwendung des § 3 Abs 1 letzter Satz KSchG aus; das Rücktrittsrecht des Klägers war daher am 17. 6. 2004 noch nicht verfristet.

3.4. Der Kläger hat den „Vermögensverwaltungsauftrag“ am 6. 5. 1999 zwar nicht in den von der Zweitbeklagten für ihre geschäftlichen Zwecke dauernd benützten Räumen unterzeichnet, wohl aber in den Räumlichkeiten deren Vertreters (**2.2.**). Da § 3 Abs 1 KSchG das Rücktrittsrecht des Verbrauchers unter anderem dann ausschließt, wenn dieser die Vertragserklärung in den vom Unternehmer für seine geschäftlichen Zwecke dauernd benützten Räumen abgegeben hat, stellt sich allerdings die weitere Frage, ob die Räumlichkeiten des Vertreters jenen des Unternehmers gleichzuhalten sind; in diesem Fall wären dort abgeschlossene Verträge für den Verbraucher nämlich jedenfalls verbindlich.

Ein Teil der Lehre bejaht diese Frage (*Doralt/Koziol*, Stellungnahme MinEntw [1979] 14; *Fischer-Czermak*, Das Konsumentenschutzgesetz und der Liegenschaftsverkehr, NZ 1991, 115; *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ [2002] § 3 KSchG Rz 14), andere Lehrmeinungen verneinen sie hingegen (*W. Schuhmacher*, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung [1983] 361; *Kosesnik-Wehrle*, KSchG² [2004] § 3 Rz 8).

Schilcher (in *Krejci*, Handbuch zum KSchG [1981] 292) will eine teleologische Reduktion vornehmen; in allen Fällen, in denen zwar das Tatbestandsmerkmal eines Verbrauchergeschäfts außerhalb der vom Unternehmer für seine geschäftlichen Zwecke dauernd genutzten Räume vorliegt, von einer Überrumpelung des Verbrauchers jedoch keine Rede sein kann, sei dessen Rücktritt ausgeschlossen.

Mayrhofer/Tangl (in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 3 KSchG Rz 21) verweisen darauf, dass von Seiten der Lehre (etwa *Doralt/Koziol* [aaO] und *Fischer-Czermak* [aaO]) immer wieder vermutet worden sei, der Gesetzgeber habe bei der Fassung des § 3 KSchG an dieses Problem nicht gedacht; dennoch habe er es bislang trotz zahlreicher KSchG-Novellierungen unterlassen, § 3 Abs 1 KSchG etwa durch das Tatbestandsmerkmal „noch in den vom Vertreter des Unternehmers für dessen geschäftliche Zwecke dauernd benützten Räumen“ zu ergänzen. Es liege daher der Schluss nahe, dass der Gesetzgeber diese Einschränkung des § 3 - Schutzbereichs ganz bewusst vermieden habe, sodass dem Verbraucher bei Vertragsabschluss in den Räumen des Vertreters oder Geschäftspartners des Unternehmers ein Rücktrittsrecht zuzubilligen ist. Sie schränken dies allerdings insofern ein, als ein Rücktrittsrecht nur „im Zweifel“ bestehen

soll. In solchen Fällen sei auf den Gesetzeszweck, nämlich auf die Erfassung jener Orte, an denen ein Vertragsabschluss typischerweise auf eine Überrumpelung des Verbrauchers zurückzuführen ist, Bedacht zu nehmen. Es sei die Überlegung anzustellen, ob der Verbraucher mit einem derartigen rechtsgeschäftlichen Tätigwerden des Unternehmers in Räumlichkeiten wie den vorliegenden rechnen musste oder ob er dadurch in eine seine Willensfreiheit verdünnende Überraschungssituation versetzt werden konnte.

Der Oberste Gerichtshof hat zur Frage der analogen Anwendbarkeit des § 3 Abs 1 KSchG auf die Räumlichkeiten des Vertreters des Unternehmers noch nicht konkret Stellung genommen. Er führte allerdings in der Entscheidung 5 Ob 509/92 (= SZ 65/37 = JbI 1992, 796) aus, das Konsumentenschutzgesetz bezwecke den Schutz des Verbrauchers im rechtsgeschäftlichen Verkehr mit professionellen Anbietern; dieser solle vor Rechtsnachteilen bewahrt werden, die ihm durch die Ausnützung seiner typischerweise schwächeren Position drohten. Ein besonders wirksames Instrument sei dabei das in § 3 KSchG normierte Rücktrittsrecht. Aus Gründen der Rechtssicherheit werde es dem Verbraucher allerdings nicht in allen denkbaren Fällen einer Ungleichgewichtslage zugestanden; der Gesetzgeber habe das Rücktrittsrecht vielmehr auf Tatbestände beschränkt, die für unüberlegte, unter psychologischem Druck zustandegekommene Geschäftsabschlüsse typisch sind. Diese bewusst gewählte Gesetzestechnik verbiete zwar eine teleologische Reduktion der in § 3 Abs 1 und 3 KSchG normierten Rücktrittsvoraussetzungen nach Maßgabe der konkreten Überrumpelungsgefahr. Auslegungsprobleme, die sich bei der Subsumtion konkreter Tatumstände eines

Geschäftsabschlusses unter die Tatbestandsmerkmale des § 3 KSchG ergeben, seien jedoch im Lichte des Gesetzeszwecks zu lösen, dem Verbraucher eine ausreichende Überlegungsfrist zu geben und ihn keiner Zwangssituation auszusetzen. § 3 Abs 1 erster Halbsatz KSchG sei deshalb jedenfalls im Liegenschaftsverkehr analog auf alle Örtlichkeiten anzuwenden, die dem Vertragsabschluss über bewegliche Sachen in den Geschäftsräumen des Unternehmers gleichkämen, also etwa auf die Kanzleien von Rechtsanwälten, Notaren und Immobilienmaklern. In der Entscheidung 7 Ob 508/93 (= *ecolex* 1993, 522) ging der Oberste Gerichtshof davon aus, dass sich die Frage der analogen Anwendbarkeit des § 3 Abs 1 KSchG auf den Kauf von Kaffeeautomaten in einem vom Unternehmer nur sporadisch (drei Tage im Monat) benützten Büroraum hingegen nicht stelle.

Mit *Mayrhofer/Tangl* (aaO) ist im Hinblick auf die Untätigkeit des Gesetzgebers anlässlich zahlreicher Novellierungen des Konsumentenschutzgesetzes anzunehmen, dass der Gesetzgeber ganz bewusst dem Verbraucher bei Vertragsabschluss in den Räumen des Vertreters oder Geschäftspartners des Unternehmers grundsätzlich ein Rücktrittsrecht einräumen wollte, weshalb eine umfassende analoge Anwendung des § 3 Abs 1 KSchG auf derartige Räume ausscheidet. Desgleichen scheidet aber auch eine teleologische Reduktion dieser Bestimmung auf jene Fälle aus, in denen es tatsächlich zu keiner Überrumpelung gekommen ist (5 Ob 509/92; 7 Ob 508/93 unter ausdrücklicher Ablehnung von *Schilcher* [aaO]). Zu berücksichtigen ist jedoch der Gesetzeszweck, dem Verbraucher eine ausreichende Überlegungsfrist zu geben und ihn keiner Zwangssituation auszusetzen.

Da im vorliegenden Verfahren der Kläger die Filiale eines Bankinstituts aufgesucht hat, um eine Geldanlage vorzunehmen bzw sich diesbezüglich beraten zu lassen, konnte er nicht davon überrascht sein, dass ihm derartige Produkte tatsächlich auch angeboten wurden. Dass diese nicht von der Erstbeklagten stammten, deren Filiale der Kläger aufgesucht hatte, sondern von der Zweitbeklagten - ebenfalls einer Bank -, spielt dabei keine Rolle. Der Kläger befand sich vielmehr in einer Situation, die jener vergleichbar ist, in der der Verbraucher bei einem Immobilienmakler einen Vertrag abschließt (vgl 5 Ob 509/92). Dort - und auch bei Rechtsanwälten und Notaren (*Fischer-Czermak* aaO) - werden eben üblicherweise Verträge abgeschlossen. In Banken bzw deren Filialen werden eben üblicherweise Bankgeschäfte getätigt.

Daran ändert auch nichts, dass ihm letztlich ein „Vermögensverwaltungsvertrag“ angeboten wurde; es kann nicht gesagt werden, dass - wie der Kläger in seiner Rekursbeantwortung offensichtlich meint - dies keine Geldanlage gewesen wäre.

3.5. Der Kläger ist daher so zu behandeln, als hätte er den „Vermögensverwaltungsvertrag“ in den Räumlichkeiten des Unternehmers im Sinne des § 3 Abs 1 KSchG abgeschlossen. Die von ihm angestrebte Vertragsauflösung ex tunc und die Rückabwicklung des Vertragsverhältnisses mit der Zweitbeklagten scheidet dann aber von vorneherein aus, ohne dass es der Beantwortung der weiteren Frage bedürfte, ob nicht der Kläger überhaupt selbst den Vertragsabschluss gemäß § 3 Abs 3 Z 1 KSchG angebahnt hat.

4. Das Berufungsgericht ist bei seiner Entscheidung von der Anwendbarkeit der

Wohlverhaltensregeln der §§ 11 ff WAG BGBl Nr 753/1996 ausgegangen. Die Beklagten meinen dagegen, Vermögensverwaltung sei nicht Anlageberatung und auch sonst keine Finanzdienstleistung im Sinne des Wertpapieraufsichtsgesetzes bzw des Bankwesengesetzes.

4.1. Nach § 11 Abs 1 Z 2 WAG galten die Wohlverhaltensregeln unter anderem für das Finanzdienstleistungsgeschäft gemäß § 1 Abs 1 Z 19 BWG. Darunter fällt wiederum (unter anderem) die Verwaltung von Kundenportefeuilles mit Verfügungsvollmacht im Auftrag des Kunden, sofern diese Dienstleistung das Halten von Geld, Wertpapieren oder sonstigen Instrumenten nicht umfasst, sodass der Erbringer der Dienstleistung diesbezüglich zu keiner Zeit Schuldner seiner Kunden werden kann.

Zwischen dem Kläger und der Zweitbeklagten ist ein Vermögensverwaltungsvertrag zustande gekommen. Die vom Kläger unterfertigte „Beschränkte Vollmacht für professionelle Vermögensverwalter“ ist dabei dadurch gekennzeichnet, dass der Kläger der Zweitbeklagten die Vertretungsmacht gegenüber der C***** in Bezug auf die Verwaltung seiner dort deponierten (bzw zu deponierenden) Vermögenswerte einräumte.

Ein solches Vertragsverhältnis wird als diskretionäre Vermögensverwaltung im fremden Namen bzw aus der Sicht der Depotbank als externe Vermögensverwaltung bezeichnet (vgl *Knobl* in *Fröhlichstahl/Hausmaninger/Knobl/Oppitz/Zeipelt*, WAG [1998] § 11 Rz 12; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht I [2005] § 6 Rz 39). Sein Inhalt ist die „Verwaltung von Kundenportefeuilles mit Verfügungsmacht im Auftrag des Kunden“ (§ 1 Abs 1 Z 19 lit b BWG). Darunter wird die mit einer entsprechenden Vollmacht gekoppelte Erteilung eines

Auftrags durch den Kunden an seinen Vertragspartner verstanden, einen Teil seines Vermögens oder sein Gesamtvermögen, das aus Finanzinstrumenten besteht, entsprechend den Anlagerichtlinien im Namen und auf Rechnung des Kunden zu gestionieren, und zwar im Regelfall ohne vorherige Rücksprachepflicht mit dem Kunden. Der Vermögensverwalter muss über einen Entscheidungsspielraum verfügen, der die konkrete Anlageentscheidung für den Kunden umfasst (*Schäfer* in *Assmann/Schütze*, Handbuch des Kapitalanlagerechts² [1997] § 28 Rz 1 ff; *Knobl* aaO; *Assmann* in *Assmann/Schneider*, WpHG⁴ [2006] § 2 Rz 65). Dies entspricht dem Begriff der Verwaltung einzelner Portefeuilles in Abschnitt A Nr. 3 des Anhangs der Richtlinie 93/22/EWG (Wertpapierdienstleistungs-RL; vgl dazu EuGH C-356/00 [*Testa* und *Lazzeri/Consob*]) und gilt daher als Wertpapierdienstleistung (*Schäfer* aaO).

Die Zweitbeklagte unterlag somit als Finanzdienstleisterin im Sinne des § 11 Abs 1 Z 2 WAG im Rahmen der Vermögensverwaltung für den Kläger den Wohlverhaltensregeln der §§ 12 bis 18 WAG (*Knobl* aaO § 11 Rz 12, § 13 Rz 90; *Kalss/Oppitz/Zollner*, aaO Rz 36). Der Einwand der Beklagten in ihrem Rekurs, § 1 Abs 1 Z 19 WAG (richtig: BWG) habe vorausgesetzt, dass der Finanzdienstleister Geld, Wertpapiere oder sonstige Instrumente nicht hält, der Vermögensverwalter dies aber sehr wohl tut, geht fehl; dieser hält nämlich nicht im eigenen Namen, sondern im Namen des Kunden.

4.2. Der Kläger hat den Beklagten im Verfahren erster Instanz vorgeworfen, ihn vor bzw bei Abschluss des Vermögensverwaltungsvertrags nicht ausreichend über die möglichen Risiken aufgeklärt zu haben. Dies ist nicht richtig.

Nach § 3 Z 1 und Z 4 WAG hatte ein Finanzdienstleister bei der Erbringung der Finanzdienstleistung diese mit der erforderlichen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit im Interesse seines Kunden zu erbringen und dem Kunden alle zweckdienlichen Informationen mitzuteilen, soweit dies zur Wahrung der Interessen des Kunden und im Hinblick auf die Art und den Umfang der beabsichtigten Geschäfte erforderlich war. Eine umfassende Interessenwahrungs- und Treuepflicht traf (und trifft) den Vermögensverwalter darüber hinaus bereits nach § 1009 ABGB (vgl. *P. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*² [2007] § 1009 ABGB Rz 2), weil der Vermögensverwaltungsvertrag als Bevollmächtigungsvertrag im Sinne der §§ 1002 ff ABGB einzuordnen ist (vgl. *Gumpoltsberger*, Aufklärungspflicht der Bank über Spesenaufteilungsvereinbarung bei gestaffelter Einschaltung zweier WPDLU, *ecolex* 2005, 682 [683]; vgl. auch *Schäfer* in *Assmann/Schütze*, Handbuch des Kapitalanlagerechts² [1997] § 28 Rz 10; Schweizerischer Bundesgerichtshof BGE 132 III 460, BGE 124 III 155; deutscher BGH NJW 2002, 1868 [Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstvertragscharakter]).

Nach den Feststellungen der Vorinstanzen hat allerdings der Filialleiter der Erstbeklagten den Kläger sowohl zum Thema Vermögensverwaltung als auch - und dies mehrfach - zum konkreten Verlustrisiko bei einer Veranlagung in Aktien anhand eines drastischen Beispiels („Tiroler Loden“) aufgeklärt und ihm auch sicherere Anlagemöglichkeiten aufgezeigt und angeboten; so hat er mit ihm über die Entwicklung anderer Aktien gesprochen und auf den B*****-Fonds verwiesen. Von einer mangelhaften Aufklärung des Klägers bezüglich allfälliger Risiken kann

somit nicht ausgegangen werden, ist die Bank doch jedenfalls nicht verpflichtet, einen spekulierenden Kunden zu bevormunden (*Fornara/Woschank*, Anlegerschutz - Bankenschutz, AnwBl 2002, 306; 6 Ob 268/00f = ÖBA 2001/984); eine KEST-freie Anlageform im Ausland (unter Übermittlung des zu veranlagenden Geldes mittels Bargeldtransports) wollte nach den Feststellungen der Vorinstanzen aber der Kläger selbst haben.

4.3. Das Berufungsgericht hat der Zweitbeklagten unter anderem vorgeworfen, gegen die Wohlverhaltensregeln der §§ 11 ff WAG verstoßen zu haben, indem sie es unterlassen habe, ein Kundenprofil des Klägers zu erstellen (§ 13 Z 3 WAG) und die Angaben des Klägers gemäß § 17 WAG zu dokumentieren. Dem kann nicht gefolgt werden:

Abgesehen davon, dass die für die Vermögensverwaltung einzuholenden Informationen und die Erstellung von Anlagerichtlinien nach § 13 Z 3 WAG der Umsetzung der vorgegebenen Ziele diene (*Schäfer* in *Assmann/Schütze*, Handbuch des Kapitalanlagerechts² [1997] § 28 Rz 18; *Knobl* in *Fröhlichstahl/Hausmaninger/Knobl/Oppitz/Zeipelt*, WAG [1998] § 13 Rz 91; *Koller* in *Assmann/Schneider*, WpHG⁴ [2006] § 31 Rz 109), hat der Kläger nach den Feststellungen der Vorinstanzen schon beim ersten Gespräch in den Räumlichkeiten der Erstbeklagten am 3. 5. 1999 entgegen dem Rat des Filialleiters einen Ausbau der bisherigen Anlagestrategie auf einen 50 %igen Aktienanteil gewünscht. Jedenfalls bei den Gesprächen im Mai 1999 wurde ein „Anlageprofil“ (schriftlich; s Beilage ./A) erstellt. Es war auch ausdrücklich davon die Rede, dass der Kläger das Geld jahrelang nicht brauchen werde, sodass letztlich auch die finanziellen Verhältnisse des Klägers erforscht wurden.

Die Zweitbeklagte hat daher ihre Pflichten gemäß § 13 Z 3 WAG erfüllt und eine Prüfung dahin vorgenommen, ob ihr Kunde in der Lage ist und bleibt, etwaige Verluste aus der gewählten Anlagestrategie durch seine Einkommens- und Vermögenslage zu kompensieren, ohne seine Lebensumstände entscheidend ändern zu müssen (vgl 2 Ob 236/04a = ÖBA 2005/1295 [*Oppitz*]; *Fornara/Woschank*, Anlegerschutz – Bankenschutz, AnwBl 2002, 306 [310]; *Knobl* aaO § 13 Rz 30).

Was die Dokumentationspflichten betrifft, so konnte das Erstgericht lediglich nicht feststellen, wie es dazu kam, dass als „Ort und Datum“ auf der Ausfertigung Beilage ./3 des Vermögensverwaltungsvertrags (mit dem „Anlageprofil“) „L***** 6. 6. 2001“ aufscheint. Sonstige Verstöße zeigen weder das Berufungsgericht noch der Kläger in seiner Rekursbeantwortung auf. Darüber hinaus dient die Aufzeichnungspflicht lediglich der Kontrolle der Einhaltung der Wohlverhaltensregeln; sie wurden ausschließlich im Interesse dieser Kontrolle oder einer strafbehördlichen Verfolgung normiert. § 17 WAG bildete jedoch bei Verletzung keine Grundlage für quasivertragliche oder deliktische Schadenersatzansprüche (*Knobl* aaO § 17 Rz 1 unter Hinweis auf die Wertpapierdienstleistungs-RL; zum insofern vergleichbaren § 34 WpHG vgl auch *Koller* in *Assmann/Schneider*, WpHG⁴ [2006] § 34 Rz 1). Auch § 15 WAG, der eine Schadenersatzpflicht nur bei Verletzung der Pflichten nach den §§ 13 und 14 WAG normierte, kann für eine Haftung der Zweitbeklagten in diesem Zusammenhang nicht Grundlage sein.

4.4. Insbesondere vorgeworfen hat das Berufungsgericht den Beklagten jedoch, sie hätten den Kläger nicht ausreichend über die Bedeutung und die durchaus

möglichen - die Interessen des Klägers in naheliegender Weise gefährdenden - Folgen der in der von ihr erstellten „Vermögensverwaltungsauftragsurkunde“ enthaltenen Klausel betreffend allfällige Retrozessionen der Zweitbeklagten aufgeklärt. Dieser Auffassung ist beizutreten:

4.4.1. § 13 Z 2 und 4 WAG schrieb die schon früher (etwa RIS-Justiz RS0026135, RS0027769) zu Effektengeschäften insbesondere aus culpa in contrahendo, positiver Forderungsverletzung und dem Beratungsvertrag abgeleiteten Aufklärungs- und Beratungspflichten fest (stRsp, s 9 Ob 230/02t = eclex 2003/248; 2 Ob 236/04a; 5 Ob 106/05g = RdW 2006/406; RIS-Justiz RS0119752). Z 2 verpflichtete dabei den Wertpapierdienstleistungserbringer, sich bei der Erbringung der Dienstleistung um die Vermeidung von Interessenkonflikten zu bemühen und dafür zu sorgen, dass bei unvermeidbaren Interessenkonflikten der Kundenauftrag unter der gebotenen Wahrung des Kundeninteresses ausgeführt wurde. Nach Z 4 waren 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.

4.4.2. Nach herrschender Auffassung beinhaltet die Verpflichtung, „alle zweckdienlichen Informationen mitzuteilen“ und sich „um die Vermeidung von Interessenkonflikten zu bemühen“, vor allem auch, dem Kunden Retrozessionsvereinbarungen („Kick-back“-Vereinbarungen) offenzulegen (*Knobl* in *Fröhlichstahl/Hausmaninger/Knobl/Oppitz/Zeipelt*, WAG [1998] § 13 Rz 14 und 93; *Koziol*, Die Haftung der depotführenden Bank bei Provisionsvereinbarungen mit externen Vermögensverwaltern ihrer Kunden, ÖBA 2003, 483

[485]; *Gumpoltsberger*, Aufklärungspflicht der Bank über Spesenaufteilungsvereinbarung bei gestaffelter Einschaltung zweier WPDLU, *ecolex* 2005, 682 [685]; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht I [2005] § 6 Rz 39; zum deutschen Recht *Arendts*, Betrügerische Verhaltensweisen bei der Anlageberatung und der Vermögensverwaltung, *ÖBA* 1996, 775 [778]; *Geibel*, Schadenersatz wegen verdeckter Innenprovisionen und ähnlichen Zuwendungen, *ZBB* 2003, 349 [351, 359]; *Koller* in *Assmann/Schneider*, WpHG⁴ [2006] § 31 Rz 81 ff; deutscher BGH NJW 2001, 962, NJW 2007, 1876; zum Schweizer Recht *Hess*, Zur Stellung des externen Vermögensverwalters im Schweizer Finanzmarktrecht, *AJP* 1999, 1426 [1432]; BGE 132 III 460). Darunter - dem Begriff Retrozession entspricht jener des „Kick-Back“ - werden insbesondere bei der Vermögensverwaltung Vereinbarungen des Vermögensverwalters mit der Depotbank verstanden, durch die der Vermögensverwalter für die Veranlassung von Wertpapiergeschäften (überwiegend) umsatzabhängige Provisionen erhält. Diese Vergütungen werden wiederum in der Regel aus Mitteln gezahlt, welche die Bank vom Kunden für die Durchführung der veranlassten Wertpapiergeschäfte und die Depotverwaltung erhält (*Assmann*, Interessenkonflikte und „Inducements“ im Lichte der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente [MiFID] und der MiFID-Durchführungsrichtlinie, *ÖBA* 2007, 40 [53]; vgl auch *Arendts* aaO; *Schäfer* in *Assmann/Schütze*, Handbuch des Kapitalanlagerechts² [1997] § 28 Rz 48; *Hess* aaO; *Benicke*, Wertpapiervermögensverwaltung [2006] 690; deutscher BGH ZIP 1989, 830, NJW 2001, 962).

4.4.3. Die durch eine Retrozessionsvereinbarung geschaffene Gefährdung der Kundeninteressen besteht darin,

dass ein Anreiz geschaffen wird, sowohl bei der Auswahl der Bankverbindung als auch hinsichtlich der Anzahl und des Umfangs der für den Kunden des Vermögensverwalters über die Bank abzuwickelnden Geschäfte nicht allein das Interesse des Kunden, sondern auch das eigene Interesse an möglichst umfangreichen Vergütungen der Bank zu berücksichtigen (deutscher BGH NJW 2001, 962, NJW 2007, 1876). Ein solcher Interessenkonflikt tritt bei der Vermögensverwaltung verstärkt auf, weil das Korrektiv einer von Fall zu Fall getroffenen, autonomen Entscheidung des Kunden fehlt (*Koller in Assmann/Schneider*, WpHG⁴ [2006] § 31 Rz 85; vgl auch *Benicke* aaO 694). Ein Anlageverwalter, der beim Kapitalanleger über eine hinreichende Vertrauensstellung verfügt, kann in diesem Sinne - vom Interesse des Anlegers her nicht gerechtfertigte - Provisionen durch Ausnutzung einer ihm erteilten Vollmacht „schinden“ (NJW 2004, 3423). Unter Spesentreiberei („Churning“) - als Steigerung - versteht man schließlich den durch das Interesse des Kunden nicht gerechtfertigten häufigen Umschlag eines Anlagekontos, durch den der Broker oder der Vermittler oder beide sich zu Lasten der Gewinnchancen des Kunden Provisionseinnahmen verschaffen (vgl BGH NJW 1995, 1225, NJW-RR 2000, 51, NJW 2004, 3423; eingehend dazu *Benicke* aaO 690).

4.4.4. Bei Verletzung der Pflichten nach den §§ 13 und 14 WAG kann Schadenersatz verlangt werden (§ 15 Abs 1 WAG). Mit dieser Bestimmung war eine ausdrückliche Haftungsnorm geschaffen worden, die auch im Gesetz den zivilrechtlichen Charakter der Verhaltenspflichten eindeutig klarstellte. Sie bezweckte die grundsätzliche Sicherstellung der Haftung des Rechtsträgers bei Verletzung der genannten Bestimmungen auch bei bereits leichter Fahrlässigkeit. Fällt der Bank eine Verletzung von Aufklärungspflichten zur Last,

ist zu prüfen, wie der Kunde stünde, wenn er ordnungsgemäß aufgeklärt worden wäre (2 Ob 236/04a; 7 Ob 64/04v = ÖBA 2005/1304; 3 Ob 289/05d).

Von den Vorinstanzen festgestellt wurde, dass die Zweitbeklagte tatsächlich von der C***** Retrozessionen erhielt. Das Erstgericht führte hiezu aus (S 18 des Ersturteils), dass die Höhe dieser „Provisionszahlungen ... nicht festgestellt werden kann“. In diesem Zusammenhang kann allerdings auf die Aussage des Mitarbeiters der C*****, Stephan H*****, in ON 24 bzw 26, verwiesen werden, der immerhin von 45 % der in der Schweiz angefallenen Kommissionen sprach. Dieses Verhalten der Zweitbeklagten könnte daher grundsätzlich zu ihrer vom Berufungsgericht angenommenen Haftung aus dem Titel des Schadenersatzes gegenüber dem Kläger führen. Dass Punkt 6. des „Vermögensverwaltungsauftrags“ Beilage ./A eine Freizeichnung der Zweitbeklagten für lediglich leicht fahrlässige „Missachtung der ihr aus diesem Auftrag zukommenden Sorgfaltspflicht“ enthält, schadet dabei nicht; diese Freizeichnungsklausel ist nämlich gegenüber dem übrigen Vertragstext nicht deutlich hervorgehoben und daher nicht verbindlich (§ 864a ABGB).

4.4.5. Die Beklagten berufen sich allerdings in ihrem Rekurs - gerade noch erkennbar - darauf, dass der „Vermögensverwaltungsauftrag“ unter Punkt 8. ohnehin einen Hinweis auf „allfällige Retrozessionen der Bank“ enthalte.

Richtig ist, dass nach dem Vorgesagten (**4.4.2.**) eine Haftung der Bank gemäß § 13 Z 2 und 5, Z 4, § 15 Abs 1 WAG ausscheidet, wenn sie dem Kunden die Retrozessionsvereinbarung („Kick-back“-Vereinbarung) vor Vertragsabschluss offengelegt hat. Diese Aufklärung ist deshalb unbedingt notwendig, um dem Kunden einen insofern

bestehenden Interessenkonflikt offenzulegen. Erst durch die Aufklärung wird der Kunde in die Lage versetzt, das Umsatzinteresse des Vertragspartners selbst einzuschätzen (BGH NJW 2001, 962, NJW 2007, 1876).

Die Informationserteilung 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 (7 Ob 64/04v = ÖBA 2005/1304; 3 Ob 40/07i = Zak 2007/388; *Knobl* aaO § 13 Rz 33; *Winternitz*, Wertpapieraufsichtsgesetz [1998] § 13 Rz 41). Sie hat aber auch in einer für den Kunden verständlichen Form zu erfolgen, wobei auf dessen persönliche Kenntnisse und Erfahrungen Rücksicht zu nehmen und bei der Verwendung von Fachausdrücken Vorsicht geboten ist (*Avancini* in *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II [1993] Rz 7/52; *Winternitz* aaO § 13 Rz 50); selbst wenn der Kunde die Fremdsprache, in welcher ein Fachausdruck gehalten ist, beherrscht, ist es nämlich möglich, dass er die Bedeutung des Begriffs nicht erfasst hat (*Tutsch*, Umfang der Aufklärungs- und Beratungspflicht, *ecolex* 1995, 84; *Winternitz* aaO). Fremdsprachige, aber auch finanztechnische Begriffe sind daher im Zweifel zu vermeiden, jedenfalls aber zu erklären (*Koller* in *Assmann/Schneider*, WpHG⁴ [2006] § 31 Rz 147).

Dem Gebot der Verständlichkeit bei der Verwendung von Fachbegriffen im Wertpapieraufsichtsgesetz BGBl Nr 753/1996 entspricht das Gebot der Transparenz in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern gegenüber einem Konsumenten in § 6 Abs 3 KSchG. Nach *M. Leitner* (Transparenzgebot [2005] 91) ist bei der Transparenzprüfung bei der Verwendung von Begriffen der Fachsprache vom Vorverständnis des für die jeweilige

Vertragsart typischen Durchschnittskunden auszugehen; intransparent seien dabei auch Klauseln, die ihre konkreten Rechtsfolgen und ihre wirtschaftliche Tragweite verschleiern (ebenso *St. Korinek*, Das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, Jbl 1999, 149 [155, 172]; RIS-Justiz RS0115217).

Der Begriff der Retrozession ist grundsätzlich auslegungsbedürftig. Darunter werden nach allgemeinem Sprachgebrauch nämlich auch eine Wiederabtretung und insbesondere im Wirtschaftsleben eine besondere Form der Rückversicherung verstanden (vgl *Duden*, Die neue deutsche Rechtschreibung²⁴, 851); der Begriff ist daher objektiv mehrdeutig. Dazu kommt, dass sich der Hinweis der Zweitbeklagten auf eine „allfällige Retrozession“ in dem mit „Entschädigung“ überschriebenen Vertragspunkt findet, in dem an sich die Verwaltungsgebühren des Vermögensverwalters geregelt sind. Der Kläger konnte daher darunter allenfalls auch eine Art Vergütung durch die Depotbank verstanden haben und musste keineswegs zwingend davon ausgehen, dass es sich dabei um umsatzabhängige Provisionen für getätigte Transaktionen handelt, die aus den ihm von der Depotbank verrechneten Gebühren an den Vermögensverwalter weitergegeben werden (kick-back). Und schließlich hat der Kläger bereits in seiner Berufung zutreffend darauf hingewiesen, dass ein Hinweis auf „allfällige“ Retrozessionen der Bank schon ihrem Wortlaut nach keine ausreichende Aufklärung darstellt, wird doch völlig offen gelassen, ob nun eine derartige Vereinbarung besteht oder nicht, in welchen Fällen sie gewährt werden soll (nur in Einzelfällen oder generell bei allen Transaktionen) und welches Ausmaß sie haben sollte.

Im vorliegenden Verfahren steht nicht fest, dass der Kläger vor Unterfertigung des „Vermögensverwaltungsauftrags“ tatsächlich umfassend darüber informiert gewesen wäre, dass die Zweitbeklagte offensichtlich generell bei Schweizer Umsätzen durchaus erhebliche Rückprovisionen erhalten sollte. Es ist auch nicht strittig, dass über Retrozessionen nicht gesprochen und der Kläger vom Filialleiter der Erstbeklagten über deren Inhalt und Bedeutung nicht aufgeklärt wurde. Ein Anleger, der sein Vermögen bislang in einem Fonds angelegt hatte und mit Retrozessionen daher noch nie konfrontiert war, muss aber keineswegs mit diesem Fachbegriff vertraut sein. Jedenfalls gehen Zweifel zu Lasten der Zweitbeklagten. Den Vermögensverwalter traf eben gemäß § 13 Z 4 WAG grundsätzlich die Pflicht, den Kunden über diese Zuwendungen zu informieren und sich um dessen Genehmigung zu bemühen (*Koziol*, ÖBA 2003, 483; *Oppitz* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht VI² [2007] Rz 2/78). Dabei ist ein strenger Maßstab anzulegen (so auch der deutsche BGH NJW 2001, 962; vgl auch *Lang*, Informationspflichten bei Wertpapierdienstleistungen [2003] 517). Auch die Durchführungsrichtlinie 2006/73/EG strebt an, dass Wertpapierdienstleistungen ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse der Kunden erbracht werden; sie versucht, jeglichen Einfluss auf die Beratungs- oder Empfehlungstätigkeit durch Geldzahlungen hintanzuhalten (*Oppitz* aaO mwN).

Eine Haftung der Zweitbeklagten scheidet somit nicht schon deshalb aus, weil dem Kläger der Abschluss von Retrozessionsvereinbarungen vor Vertragsunterfertigung offengelegt worden wäre.

4.4.6. Die Beklagten meinen in ihrem Rekurs, die Zweitbeklagte könne allenfalls zur Herausgabe der erlangten Retrozessionen an den Kläger verpflichtet werden, nicht jedoch zu Schadenersatzleistungen. Damit missversteht sie aber die Konzeption des Wertpapieraufsichtsgesetzes: Sie hat dadurch, dass sie den Kläger nicht umfänglich und verständlich über die Retrozessionsvereinbarungen informiert hat, gegen die Wohlverhaltensregel des § 13 Z 2 und 4 WAG verstoßen. Dies führt nach § 15 Abs 1 WAG jedenfalls zu Schadenersatzverpflichtungen. Es ist dabei auch aktenwidrig, wenn die Beklagten in ihrem Rekurs argumentieren, der Kläger habe ohnehin „nur ... dieses Geld“ zurück haben wollen.

4.4.7. Die Zweitbeklagte erfüllte ihre vorvertraglichen bzw in § 13 WAG normierten Aufklärungs- und Beratungspflichten durch die Erstbeklagte in der Person deren Filialleiters. Es ist dabei nicht ganz verständlich, was die Beklagten in ihrem Rekurs meinen, wenn sie ausführen, „die vorvertragliche Beratung [*sei*] eben vorvertraglich und nicht Teil eines Vertrags [*gewesen*]; sie erfolgte nicht für die Zweitbeklagte, [*sondern*] gegenüber einem Interessenten und in dieser Sache präsumtiven Kunden“. Gerade darum geht es ja bei vorvertraglichen Verpflichtungen (Schutz- und Aufklärungspflichten).

Die Verletzung von vorvertraglichen Pflichten durch einen Stellvertreter oder auch durch sonstige Vertragsgehilfen ist jedoch nach § 1313a ABGB dem Geschäftsherrn zuzurechnen (RIS-Justiz RS0028857, RS0028435). Dass es sich bei den Beklagten um zwei formell selbstständige Rechtsträger handelt, steht der Annahme einer Gehilfenstellung nicht entgegen, weil nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs auch

selbstständige Unternehmer Erfüllungsgehilfen sein können (RIS-Justiz RS0028563).

Nach neuer Rechtsprechung kommt es auch nicht auf die konkrete Ausgestaltung des zwischen dem Schuldner und dem Gehilfen bestehenden Innenverhältnisses an, sodass eine allenfalls fehlende fachliche Weisungsbefugnis unerheblich wäre (4 Ob 251/06z = ecolex 2007/211 mwN).

4.5. Der Kläger hat seinen Anspruch gegenüber der Zweitbeklagten einerseits auf den Titel des Schadenersatzes gestützt, andererseits aber auch auf die hohen Vergütungen und Provisionen verwiesen, mit denen sein Konto von der Zweitbeklagten belastet wurde. Das Erstgericht wird daher im fortgesetzten Verfahren mit dem Kläger auch zu erörtern haben (§ 182a ZPO), ob er - für den Fall, dass sein Schadenersatzanspruch nicht zu Recht bestehen sollte - nicht jedenfalls die Ausfolgung der von der Zweitbeklagten erhaltenen Retrozessionsbeträge begehrt.

Nach § 1009 ABGB ist nämlich der Gewalthaber verpflichtet, dem Gewaltgeber alle persönlichen Vorteile herauszugeben, die ihm aus irgendeinem mit der Geschäftsführung im inneren Zusammenhang stehenden Grund zugekommen sind, weil in einem solchen Fall grundsätzlich die Besorgnis gerechtfertigt ist, dass diese Vorteile auf die getroffenen Entscheidungen einen dem Geschäftsherrn nachteiligen Einfluss haben konnte (5 Ob 764/78 = SZ 52/158 [Provision]; *P. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*² [2007] § 1013 Rz 1; *Apathy* in *Schwimann*, ABGB³ [2006] § 1013 Rz 4). Nach § 1013 ABGB ist es dem Gewalthaber nicht erlaubt, ohne Willen des Machthabers in Rücksicht auf die Geschäftsverwaltung von einem Dritten Geschenke anzunehmen (9 ObA 292/92; 9 ObA 206/92 = SZ 65/120). Die erhaltenen Geschenke werden zur „Armenkasse“ (an deren

Stelle der Bezirksfürsorgeverband getreten ist [*Apathy* aaO Rz 6; *Strasser* in *Rummel*³ [2000] § 1013 Rz 10]; *P. Bydlinski* aaO S 1085 Fußnote [„Fürsorgeverband"]) eingezogen, jedoch geht nach herrschender Auffassung der Herausgabeanspruch des Geschäftsherrn nach § 1009 ABGB dem Anspruch der Armenkasse vor (9 ObA 292/92; 9 ObA 206/92; *Apathy* aaO Rz 6; *Strasser* aaO; differenzierend *P. Bydlinski* aaO Rz 2, der allerdings insofern zustimmt, als - so wie im vorliegenden Verfahren - „die Zuwendung [auch bloß indirekt] aus dem Vermögen des Auftraggebers" stammt). Unter das Verbot der Geschenkkannahme fallen alle Arten von Vorteilen, insbesondere auch Provisionen (7 Ob 1589/92; *Strasser* aaO Rz 4; *Apathy* aaO Rz 2).

Nach *Koziol* (ÖBA 2003, 483) hat daher der Vermögensverwalter grundsätzlich auch Retrozessionen an den Gewaltgeber herauszugeben (ebenso deutscher BGH ZIP 1989, 830 zur Parallelvorschrift des § 667 dBGB; *Schäfer* in *Assmann/Schütze*, Handbuch des Kapitalanlagerechts² [1997] § 28 Rz 48; zu Art 400 OR der Schweizerische Bundesgerichtshof BGE 132 III 460; *Watter*, Über die Pflichten der Bank bei externer Vermögensverwaltung, AJP 1998, 1174 [1177 FN 27]).

Im vorliegenden Verfahren enthält der „Vermögensverwaltungsauftrag" zwar den Passus „Eine allfällige Retrozession der Bank steht dem Vermögensverwalter zu"; da der Gewaltgeber nach § 1009 ABGB jedoch grundsätzlich Anspruch auf Herausgabe aller aus dem Geschäft erhaltenen Vorteile hat (*P. Bydlinski* aaO Rz 4; *Strasser* in *Rummel*³ [2000] § 1009 Rz 23), ist dieser Vertragspunkt unter dem Gesichtspunkt eines Verzichts des Klägers auf diesen Herausgabeanspruch

zu beurteilen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass jedenfalls unentgeltliche Verzichtserklärungen (wie auch im vorliegenden Verfahren) einschränkend auszulegen sind (RIS-Justiz RS0038546). Bei der Auslegung nach § 914 ABGB ist zunächst vom Wortsinn auszugehen und sodann der Wille der Parteien - das ist die dem Erklärungsempfänger erkennbare Absicht des Erklärenden - zu erforschen; letztlich ist die Willenserklärung so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht, wobei die Umstände der Erklärung und die im Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche heranzuziehen sind (RIS-Justiz RS0017915; *Bollenberger* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*² [2007] § 914 Rz 5).

Die grammatikalische Interpretation des Begriffs „eine allfällige Retrozession“ unter dem Vertragspunkt „Entschädigung“ könnte nun aus der Sicht des Erklärungsempfängers im Hinblick auf die Verwendung des Einzahlworts „Retrozession“ auch nur eine einmalige Vergütung durch die Depotbank verstehen; dann hätte die Zweitbeklagte die restlich erhaltenen Retrozessionen an den Kläger herauszugeben. Allerdings wird das Erstgericht im fortgesetzten Verfahren auch diese Frage noch mit den Parteien zu erörtern haben, sollte es tatsächlich nicht zu einer Verurteilung der Zweitbeklagten aus dem Titel des Schadenersatzes kommen, sondern (lediglich) zu einer Verpflichtung zur Herausgabe von Retrozessionen.

5. Die Beklagten wehren sich zuletzt in ihrem Rekurs noch gegen die - zusätzliche - Verurteilung der Erstbeklagten; sei diese als Erfüllungsgehilfin der Zweitbeklagten tätig geworden, sei es zu einem Vertrag zwischen dieser und dem Kläger gekommen. Eine solidarische Verpflichtung beider Beklagten komme nicht in Betracht.

5.1. Nach den Feststellungen der Vorinstanzen stand der Kläger bereits seit Jänner 1998 in einer Geschäftsbeziehung zur Erstbeklagten. Einen Teil seines Vermögens hatte der Kläger bei ihr in Form eines B*****-Fonds mit 75 % festverzinslichen Wertpapieren und 25 % Aktienanteil veranlagt gehabt. Noch im Jahr 1998 kündigte der Kläger dem Filialleiter der Erstbeklagten an, demnächst eine größere Veranlagung vornehmen zu wollen. Es kam zu Gesprächen und letztlich dann am 3. 5. 1999 zu einem Termin in den Räumlichkeiten der Erstbeklagten, bei welchem verschiedene Anlagemöglichkeiten besprochen wurden.

Will man nicht bereits darin einen konkludenten Abschluss eines Beratungsvertrags sehen (vgl. *Welser*, Rechtsgrundlagen des Anlegerschutzes, *ecolex* 1995, 79 [80]; *Knobl* in *Fröhlichstahl/Hausmaninger/Knobl/Oppitz/Zeipelt*, WAG [1998] § 11 Rz 11), so haftet die Erstbeklagte jedenfalls aus der Erteilung eines falschen Rats/einer falschen Auskunft bzw. aus unrichtiger und mangelhafter Beratung als Nebenleistungspflicht aus der bisherigen Geschäftsbeziehung (vgl. 4 Ob 516/93 = ÖBA 1993/420; RIS-Justiz RS0026069). Die Worte „gegen Belohnung“ in § 1300 erster Satz ABGB stellen nämlich klar, dass (nur) Gefälligkeitsäußerungen keine Haftung begründen können. Eine Haftung besteht daher immer dann, wenn der Rat oder die Auskunft im Rahmen eines Verpflichtungsverhältnisses erteilt werden; Entgeltlichkeit ist nicht erforderlich, sondern ist vielmehr entscheidend, ob der Rat selbstlos erfolgte (RIS-Justiz RS0044121, RS0026596; *Karner* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*² [2007] § 1300 Rz 2; *Harrer* in *Schwimmann*, ABGB³ [2006] § 1300 Rz 2).

Dass die Erstbeklagte die Beratung selbstlos vorgenommen hätte, kann schon wegen der bereits

bestehenden Geschäftsbeziehung nicht angenommen werden, war doch zunächst auch die Veranlagung bei der Erstbeklagten im Gespräch und kam erst dann die Empfehlung des Filialleiters zur Vermögensverwaltung bei der 100 %igen Tochtergesellschaft der Erstbeklagten; damit wurden letztlich auch der Absatz der Zweitbeklagten und damit die eigenen Interessen der Muttergesellschaft gefördert.

5.2. Nach ständiger Rechtsprechung treffen eine Bank bei Abschluss eines Effektengeschäfts auch ohne Bestehen eines besonderen Beratungsvertrags Aufklärungs- und Beratungspflichten (9 Ob 230/02t; 7 Ob 64/04v). Dabei ist ein strenger Maßstab an die Sorgfalt der Bank anzulegen, darf doch der Kunde darauf vertrauen, dass sie über spezifisches Fachwissen im Wertpapierhandel verfügt, aber auch darauf, dass sie ihn bei Abschluss und Durchführung solcher Geschäfte umfassend berät (RIS-Justiz RS0026135).

5.3. Unrichtig ist ein Rat oder eine Empfehlung jedenfalls dann, wenn nicht alle erforderlichen Tatsachen ermittelt oder mitgeteilt wurden (4 Ob 516/93). Die Erstbeklagte wäre daher im Rahmen ihrer eigenen Tätigkeit als Anlageberaterin grundsätzlich verpflichtet gewesen, den Kläger auf die allfällige Gefährdung seiner Interessen durch die Retrozessionsvereinbarung der Zweitbeklagten mit der Depotbank hinzuweisen bzw über die Tragweite einer solchen Vereinbarung aufzuklären, bevor sie ihm eine Vermögensverwaltung, die eine solche Retrozessionsvereinbarung enthält, empfiehlt. Dass der Filialleiter von einer solchen Vereinbarung keine Kenntnis gehabt hätte, kann nicht unterstellt werden, weil er ja mit dem Kläger die Unterlagen „Formular für Formular“ durchgegangen ist. Als Bankfachmann musste ihm der - einem Anleger gegenüber allerdings erklärungsbedürftige - Begriff

der „Retrozession“ im Vermögensverwaltungsvertrag auffallen und ihn dazu veranlassen, den Kläger darüber aufzuklären. Da er dies nicht getan hat, hat er nicht nur als Vertreter der Zweitbeklagten diese wegen Verletzung der Wohlverhaltensregeln des Wertpapieraufsichtsgesetzes haftbar gemacht, sondern als Vertreter der Erstbeklagten auch diese wegen Erteilung einer unrichtigen Anlageberatung.

5.4. Der Geschädigte kann auch bei pflichtwidriger Anlageberatung verlangen, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn der Anlageberater pflichtgemäß gehandelt, ihn also richtig und vollständig beraten hätte. Er kann den Vertrauensschaden verlangen (8 Ob 123/05d = ÖBA 2006/1367).

6. Damit kann in der Auffassung des Berufungsgerichts, eine Haftung sowohl der Erst- als auch der Zweitbeklagten aus dem Titel des Schadenersatzes wäre zu bejahen, wenn der Kläger bei entsprechender Aufklärung über die Retrozessionsvereinbarungen vom Abschluss des Vermögensverwaltungsvertrags Abstand genommen hätte, keine Fehlbeurteilung erblickt werden; sie würden dann für das negative Vertragsinteresse haften. Dass das Berufungsgericht auf der Sachverhaltsebene eine Ergänzung des Beweisverfahrens und ergänzende Feststellungen für notwendig erachtet hat, entzieht sich jedoch der Beurteilung durch den Obersten Gerichtshof. Weshalb das Berufungsgericht dabei in „aktenwidriger“ Weise - wie die Beklagten in ihrem Rekurs meinen - von einer „Nichterledigung“ dieser Frage durch das Erstgericht ausgegangen sein sollte, ist nicht nachvollziehbar.

Soweit die Beklagten in ihrem Rekurs darauf verweisen, der Kläger habe das Vertragsverhältnis zu einem ungünstigen Zeitpunkt beendet und der Zweitbeklagten so die

Möglichkeit genommen, den Schaden zu verringern, ist dies unter dem Titel der Schadensminderungspflicht und eines allfälligen Mitverschuldens des Klägers zu behandeln. Dazu fehlen derzeit aber jegliche Sachverhaltsgrundlagen, sodass das Erstgericht auch in diesem Belang ergänzende Feststellungen zu treffen haben wird, sollte es tatsächlich im fortzusetzenden Verfahren eine Schadenersatzverpflichtung der Beklagten annehmen.

Die Entscheidung über die Kosten des Rekursverfahrens gründet sich auf § 52 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 7. November 2007
Dr. P i m m e r
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung: