

Rechtsprechung

Zivilrechtliche und strafrechtliche Entscheidungen

Bearbeitet von o. Univ.-Prof. i.R.
Dr. Dr. h.c. Helmut Koziol,
Fachvorsitzender des
Forums für Bankrecht

OGH-Entscheidungen

1503.

§ 1366 ABGB; § 354 HGB; Art XLII EGZPO. Einer reinen Pfandschuldnerin kommt grundsätzlich ein Rechnungslegungsanspruch zu. Daß der Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch eines Interzedenten nur gegen Aufwandsersatz durchgesetzt werden könnte, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Dem Interzedenten ist nach der Rechnungslegung in geeigneter Weise Einsicht in die jeweiligen Belege zu gewähren.

OGH 26. 2. 2008, 1 Ob 264/07s

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Klägerin und Widerbeklagte (im folgenden nur Widerbeklagte) gewährte der erstbeklagten GmbH mit Kreditvertrag vom 5. 11. 1992 einen „revolvierend ausnutzbaren Kredit“ über (vorerst) ATS 3 Mio. Der Zweitbeklagte, der den Kreditvertrag als Geschäftsführer der Erstbeklagten abgeschlossen hatte, übernahm einerseits die Haftung gemäß § 1357 ABGB für einen allfällig aushaftenden Saldo zugunsten der Klägerin und verpfändete andererseits seine im Spruch genannte Eigentumswohnung, wobei zugunsten der Widerbeklagten Höchstbetragspfandrechte von ATS 3,9 Mio und ATS 9,1 Mio einverleibt wurden. Der gewährte Kredit wurde wiederholt prolongiert, die Kreditsumme aufgestockt. Der Zweitbeklagte übertrug in der Folge das Eigentum an der verpfändeten Eigentumswohnung an seine Ehegattin, die Drittbeklagte und Widerklägerin (im folgenden nur Widerklägerin).

Nachdem die Widerbeklagte mit der Behauptung, der Kredit sei am 1. 12.

2002 zur Zahlung fällig geworden, unter Hinweis auf einen € 850.000 übersteigenden Debetsaldo von den drei Beklagten zur ungeteilten Hand € 820.000 samt Zinsen begehrt und im Verfahren unter anderem eine „Kontoverdichtung“ für den Zeitraum ab 1. 1. 1999 vorgelegt hatte, forderte die Widerklägerin die Widerbeklagte außergerichtlich auf, im Hinblick auf ihre Sachhaftung binnen 14 Tagen „ordnungsgemäß Rechnung (in Form einer Einnahmen/Ausgaben-Rechnung unter Beifügung der (Original-) Belege) über die diesen Pfandrechten zugrundeliegenden Kreditforderungen von Anfang an bis laufend“ zu legen. Die Widerbeklagte erwiderte darauf, sie sei bereit, „nochmals eine Kontoaufstellung zu übermitteln; dies unpräjudiziell und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht“, wobei sie als Ersatz für den dafür notwendigen Aufwand (Archivsuche) die Vorauszahlung eines Kostenbeitrags von € 150 verlangte.

Die Widerklägerin stellte daraufhin das aus dem Spruch [1] ersichtliche Widerklagebegehren. Sie brachte im wesentlichen vor, sie habe als Drittpfandbestellerin bzw als Eigentümerin des mit dem Pfandrecht belasteten Grundstücks einen Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch, der ihr Klarheit über den Umfang ihrer Haftung verschaffen solle. Die Widerbeklagte habe es bisher unterlassen, ihr gegenüber das komplette Kreditverhältnis zur Erstbeklagten abzurechnen.

Die Widerbeklagte wandte dagegen im wesentlichen ein, sie habe über sämtliche Kontobewegungen der Erstbeklagten gegenüber durch Übermittlung von Kontoauszügen fortlaufend abgerechnet. Eine nochmalige Abrechnung stünde der Widerklägerin nur dann zu, wenn sie diese Auszüge nicht besäße. Mangels gegenteiligen Vorbringens sei jedoch davon auszugehen, daß dies sehr wohl der Fall sei, da die erstbeklagte GmbH seit Jahren allein der Widerklägerin gehöre. Die Widerbeklagte hätte eine nochmalige Abrechnung auch nicht verweigert. Sie habe vielmehr auf Anfrage angeboten, nochmals eine „Gesamtverdichtung“ des Kontos ab Beginn der Kreditbeziehung zu übermitteln. Das Begehren nach einem Kostenbeitrag von € 150, nach dem die neuerliche Abrechnung abhängig gemacht wurde, sei gemäß § 354 HGB berechtigt gewesen. Das über die Rechnungslegung hinausgehende Verlan-

gen nach Übermittlung von Belegen, gar im Original, habe keine Rechtsgrundlage.

Das *Erstgericht* wies das Widerklagebegehren ab. Der Erfolg der – zum Zeitpunkt des Abrechnungsbegehrens bereits eingebrachten – Pfandrechtsklage erfordere immer auch den Nachweis der Höhe der sichergestellten Forderung. Das bedeute, daß es ohnehin zum Prozeßverlust des Gläubigers führen müsse, soweit ihm der exakte Nachweis der Höhe der gesicherten Forderung im Verfahren über die Höhe des Anspruchs mißlinge. Es sei daher nicht ersichtlich, zur Durchsetzung welcher Ansprüche die Widerklägerin die von ihr begehrte Rechnungslegung bräuchte, da sie ohnehin dadurch geschützt sei, daß die Widerbeklagte für die Höhe ihrer Ansprüche beweispflichtig sei. Darüber hinaus sei die Klägerin durch ihr Anbot, nochmals eine Kontoaufstellung zu übermitteln, ohnedies bereit gewesen, die erforderlichen Nachweise bereit zu stellen. Daß dafür als Ersatz für den notwendigen Aufwand die Vorauszahlung eines Kostenbeitrags verlangt wurde, schade nicht, da dem Pfandgläubiger kein Anspruch auf unentgeltliche Auskunft zustehe. Der Widerklägerin fehle daher jegliches rechtliche Interesse an der von ihr begehrten Rechnungslegung.

Das *Berufungsgericht* bestätigte diese Entscheidung mit Teilurteil, sprach aus, daß der Wert des Entscheidungsgegenstands € 20.000 übersteige und erklärte die ordentliche Revision für nicht zulässig. Das *Erstgericht* habe zutreffend dargelegt, daß der Erfolg der Pfandrechtsklage ohnedies den Nachweis des Rechtsgrunds, der Höhe und Fälligkeit der sichergestellten Forderung voraussetze. Damit sei auch der Zweck des Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruchs, dem Interzedenten zu ermöglichen, den Umfang seiner Sachhaftung zu bestimmen, erfüllt. Dazu komme im vorliegenden Fall, daß die Widerbeklagte ihre Bereitschaft erklärt habe, gegen Leistung eines Kostenbeitrags – als Ersatz für den notwendigen Aufwand – eine Kontoaufstellung zu übermitteln. Davon ausgehend entbehre das gesonderte Klagebegehren der Widerklägerin eines Rechtsschutzbedürfnisses.

Die dagegen erhobene *Revision* der Widerklägerin ist zulässig und weitgehend berechtigt.

[1] Dieser lautet: „Die klagende und widerbeklagte Partei ist schuldig, gegenüber der drittbeklagten und widerklagenden Partei ihre durch die Höchstbetragspfandrechte C-LNr 33 und 35a ob den der widerklagenden Partei gehörenden 616/817-Anteilen

(B-LNr 1 der Liegenschaft EZ ... GB ... verbunden mit Wohnungseigentum an der Wohnung im ersten und zweiten Stock im Haus ...) besicherte Kreditforderung in Form einer Einnahmen/Ausgaben-Rechnung ab dem Zeitpunkt der jeweiligen Einverleibung

des Höchstbetragspfandrechts binnen einem Monat abzurechnen und der widerklagenden Partei innerhalb von 14 Tagen ab Aufforderung Einsicht in konkret bezeichnete Einnahmen- und Ausgabenbelege zu gewähren.“

Vorweg ist festzuhalten, daß an sich nicht strittig ist, daß der Widerklägerin als reiner Pfandschuldnerin grundsätzlich ein Rechnungslegungsanspruch zukommt (vgl nur SZ 59/74; ÖBA 1992, 654; RIS-Justiz RS0032321). Die Widerbeklagte hat auch nur eingewendet, die Widerklägerin habe nicht vorgebracht, daß sie die vollständigen Kontoauszüge nicht besäße, und eine (neuerliche) Abrechnung wäre nur gegen Vorauszahlung eines Aufwendersatzes vorzunehmen.

Ausreichende Anhaltspunkte dafür, daß die Widerklägerin tatsächlich die Möglichkeit hätte, auf von der Erstbeklagten gesammelte vollständige Kontoauszüge zurückzugreifen, haben sich im bisherigen Verfahren nicht ergeben; vielmehr wurde festgestellt, daß sie nur „am Papier“ Gesellschafterin der Erstbeklagten war und tatsächlich mit deren Geschäftsabwicklung nichts zu tun hatte.

Daß der Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch eines Interzedenten nur gegen Aufwendersatz durchgesetzt werden könnte, ist dem Gesetz, insbesondere dem sinngemäß anzuwendenden § 1366 ABGB, nicht zu entnehmen; schon gar nicht kann die Vorauszahlung eines Geldbetrags gefordert werden, weshalb kein dem Gesetz entsprechendes Anbot der Widerbeklagten, Rechnung zu legen, vorliegt. Die von der Widerbeklagten zur Begründung ihrer Rechtsauffassung herangezogene Bestimmung des § 354 HGB ist auf derartige Rechnungslegungsbegehren nicht anzuwenden.

Unzutreffend ist auch die Auffassung der Vorinstanzen, es mangle der Widerklägerin am Rechtsschutzbedürfnis, weil sie ohnehin dadurch ausreichend geschützt sei, daß die Widerbeklagte im Rahmen ihrer „Pfandrechtsklage“ den Nachweis des Rechtsgrunds, der Höhe und der Fälligkeit der sichergestellten Forderung führen müsse. Der in der Judikatur anerkannte Zweck des Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruchs eines Interzedenten, es ihm zu ermöglichen, den Umfang seiner Haftung zu bestimmen, geht aber über das bloße Interesse an der Abwehr einer Hypothekarklage hinaus. Die Rechtsordnung besteht dem Interzedenten vielmehr ganz unabhängig von einem (bevorstehenden oder bereits anhängig gemachten) Verfahren zu, vom Gläubiger die notwendigen Informationen zu verlangen, die es ihm ermöglichen, sich über den Umfang seiner Haftung klar zu werden. Nur dann kann er etwa abschätzen, welche Geldmittel er benötigt, um den Gläubiger zu befriedigen und so allenfalls seine klageweise Inanspruchnahme bzw den Verlust des Pfandobjekts zu verhindern. Dieses Interesse kann nicht mit dem bloßen Hinweis darauf geleugnet werden, spätestens bei Rechtskraft des Ur-

teils im vom Gläubiger angestrebten Leistungsprozeß werde der Umfang seiner Haftung ohnehin feststehen.

Dazu kommt noch, daß der Gläubiger im Leistungsprozeß regelmäßig nur insoweit behauptungs- und beweisbelastet ist, als es um Umstände geht, die zur Begründung oder Erhöhung seiner Kreditforderung führen, wie etwa Überweisungen über Auftrag des Kreditnehmers oder Barauszahlungen an diesen. Für alle anspruchsmindernden oder anspruchvernichtenden Tatsachen trifft die Behauptungs- und Beweislast aber den Beklagten, sei er nun Kreditnehmer oder bloßer Interzedent. Er hat daher auch ein schutzwürdiges Interesse daran, über alle Zahlungen auf die betreffenden Konten informiert zu werden, die geeignet sind, einen offenen Saldo zu verringern oder auszugleichen.

Davon, daß ein Rechtsschutzbedürfnis für die Widerklage fehle, weil selbst ein stattgebendes Urteil für die Widerklägerin praktisch ohne Bedeutung wäre (vgl nur RIS-Justiz RS0038011), kann somit keine Rede sein; ebensowenig liegt der Fall vor, daß die Widerklägerin das mit ihrer Klage verfolgte Rechtsschutzziel schon auf andere Weise erreicht hätte (RIS-Justiz RS0038062).

Damit erweist sich – wie bereits dargelegt – das Abrechnungsbegehren als berechtigt. Unverständlich sind die Ausführungen der Revisionswerberin zur möglicherweise überhöhten Zinsenverrechnung, begehrt sie doch ausdrücklich eine Abrechnung (nur) in Form einer „Einnahmen/Ausgaben-Rechnung“. Andere Buchungsvorgänge als Eingänge und Ausgänge sind damit vom Widerklagebegehren nicht erfaßt, insbesondere also nicht Debetbuchungen in Form von Zinsen- und Spesenbelastungen oder ähnlichem.

Somit verbleibt noch die Frage, ob und inwieweit die Widerbeklagte verpflichtet ist, der Widerklägerin Belege zur Verfügung zu stellen. Letztere begehrt die „Beifügung der Belege“ zur Abrechnung, wogegen die Widerbeklagte die Auffassung vertritt, für das Verlangen nach Übermittlung von Belegen, gar im Original, bestehe keine Rechtsgrundlage.

Ob ein zur Abrechnung oder Rechnungslegung Verpflichteter dem Berechtigten auch die dazugehörigen Belege zugänglich zu machen hat, hängt davon ab, ob das durch den Rechnungslegungsanspruch geschützte Interesse des Berechtigten ansonsten nicht oder zumindest nicht vollständig befriedigt werden könnte (vgl nur die Nachweise bei Konecny in Fasching / Konecny, ZPO² II/1 Art XLII EGZPO Rz 27). Wie bereits dargelegt, dient der Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch des Inter-

zedenten dazu, sich Klarheit über den Umfang seiner Haftung zu verschaffen. Dies ist aber regelmäßig nur möglich, wenn der Berechtigte auch in die den jeweiligen Buchungsvorgängen zugrundeliegenden Belege Einsicht nehmen kann, um die jeweiligen Buchungsvorgänge nicht nur zu ordnen, sondern einerseits die Plausibilität der behaupteten Rechnungsposition abschätzen und andererseits eine (wenn auch beschränkte) rechtliche Beurteilung – etwa im Hinblick auf die Vertretungsmacht einer über Kreditmittel disponierenden Person – vornehmen zu können.

Im allgemeinen ist die Einsichtnahme in Belege in einer Weise zu ermöglichen, die den Interessen beider Beteiligten Rechnung trägt. Der Berechtigte soll möglichst umfassende Informationen erhalten können, ohne daß der Verpflichtete dadurch unnötig intensiv belastet würde. Damit scheidet schon das Verlangen nach Übermittlung von Belegen im Original aus, weil dies allein wegen der Gefahr des Verlustes dem Verpflichteten nicht zumutbar wäre. In Fällen wie dem vorliegenden kann von dem zur Rechnungslegung Verpflichteten aber in der Regel auch nicht verlangt werden, Kopien von allen Einzelbelegen herzustellen und dem Berechtigten zu übermitteln, zumal sich regelmäßig erst mit Vorliegen der Abrechnung ergibt, welche Einzelbelege dem Berechtigten auf andere Weise nicht zugänglich bzw für diesen sonst von Interesse sind. Berücksichtigt man weiters, daß die Widerklägerin die Leistungen der Widerbeklagten unentgeltlich fordert, kommt nur eine Lösung in Betracht, die zwar dem Einsichtsinteresse der Widerklägerin Rechnung trägt, einen übermäßigen Aufwand auf seiten der Widerbeklagten jedoch vermeidet.

Für eine derartige Konstellation bietet sich die Pflicht des zur Rechnungslegung Verpflichteten an, dem Berechtigten nach der Rechnungslegung in geeigneter Weise Einsicht in die jeweiligen Belege zu gewähren, wie dies etwa § 21 Abs 3 Satz 2 MRG für die Betriebskostenabrechnung vorsieht (ähnlich § 34 Abs 1 Satz 2 WEG 2002). Das Widerklagebegehren ist somit insoweit unberechtigt, als es auf ein „Beifügen“ der Belege zur Einnahmen/Ausgaben-Rechnung gerichtet ist. Hier ist – als minus – die Verpflichtung der Widerbeklagten auszusprechen, der Widerklägerin Einsicht in die Belege zu gewähren, das darüber hinausgehende Begehren hingegen abzuweisen. Angesichts des mit der Rechnungslegung und der Vorbereitung der Belegeinsicht verbundenen Aufwands ist gemäß § 409 Abs 2 ZPO eine Leistungsfrist von der Dauer eines Monats zu bestimmen.

Anmerkung:

1. Der OGH hatte die Frage zu entscheiden, unter welchen Voraussetzungen eine Realschuldnerin (die pfandrechtsbelastete Wohnung war an diese weitergegeben worden) einen Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch gegen den Gläubiger hat. Der Gläubiger (Bank) war zwar bereit, Rechnung über die durch das Pfandrecht besicherte Kreditforderung zu legen, allerdings nur gegen Aufwandsersatz von € 150.

Die Unterinstanzen verneinten den Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch der Realschuldnerin. Im Prozeß müsse die Bank das Bestehen der Forderung ohnehin nachweisen, weshalb es an einem Rechtsschutzinteresse der Realschuldnerin fehle. Der OGH gewährt ihr hingegen – im Einklang mit der hA [2] – einen Rechnungslegungsanspruch gegen die Bank [3]. Die Grundlage für diesen Anspruch sieht der OGH in § 1366 ABGB. Mit der Frage des Aufwandsersatzes für dieses Tätigwerden hatte sich das Höchstgericht – soweit ersichtlich – allerdings zum ersten Mal zu befassen [4]. Der OGH vertritt die Meinung, daß die Bank keinen Aufwandsersatz verlangen könne, weil § 1366 ABGB einen solchen Anspruch nicht vorsehe.

Für das Bestehen eines Aufwandsersatzanspruches sind verschiedene Grundlagen zu untersuchen. In Betracht kommen unmittelbar gegen die Realschuldnerin gerichtete vertragliche oder gesetzliche Aufwandsersatzansprüche, mangels solcher ist ein Anspruch aufgrund der Pfandhaftung zu prüfen.

2. Ein vertraglicher Aufwandsersatzanspruch der Bank gegen die Realschuldnerin scheidet in dem vom OGH entschiedenen Fall schon deswegen aus, weil es keine Vereinbarung zwischen Gläubiger und Realschuldnerin gab – dieser war ja bloß die pfandrechtsbelastete Wohnung weitergegeben worden. Daher geht das Höchstgericht auch zutreffend davon aus, daß der – von der Bank im Prozeß vorgebrachte –

§ 354 Abs 1 HGB (Entgeltlichkeitsvermutung, nun § 354 UGB) keine taugliche Anspruchsgrundlage für den Aufwandsersatzanspruch gegen die Realschuldnerin ist. § 354 HGB (UGB) trägt dem Umstand Rechnung, daß Unternehmer selten umsonst tätig werden [5]. Die Bestimmung ist eine Vertragsauslegungsregel, die besagt, daß der Unternehmer im Zweifel ein angemessenes Entgelt verlangen darf. Sie ist daher nicht anwendbar, wenn der Unternehmer die Leistung aufgrund des Gesetzes erbringen muß. § 354 HGB (UGB) wäre auch im Falle eines Vertrages zwischen Bank und Realschuldnerin nicht anzuwenden gewesen, weil der Rechnungslegungsanspruch auch in diesem Fall ein gesetzlicher Anspruch bleibt [6].

3. Der OGH zieht § 1366 ABGB heran, um zu begründen, daß kein Ersatz gebührt. Damit rekurriert das Höchstgericht auf gesetzliche Grundlagen für den Aufwandsersatzanspruch der Bank. § 1366 sieht in der Tat keinen solchen Ersatzanspruch vor. Auch bereicherungs- und schadenersatzrechtliche Grundlagen kommen nicht in Betracht: Die von der Bank aufgewendeten Kosten trägt sie als Schuldnerin des Auskunftsanspruches. Aufwendungen, die eine Person hat, um den gegen sie gerichteten Anspruch zu erfüllen, kann sie nicht auf den Gläubiger überwälzen. Auch aus der Perspektive des Eigenverschuldens der Realschuldnerin verbietet sich der Anspruch: Solange der Gläubiger der Realschuldnerin noch nicht ordnungsgemäß Rechnung gelegt hat, hat diese keine gesicherte Information über die Höhe ihrer Haftung [7] und muß noch nicht zahlen. Wer aber noch nicht leisten muß, handelt nicht rechtswidrig, wenn er es nicht tut.

4. Mit der Verneinung unmittelbarer gesetzlicher, gegen die Realschuldnerin gerichteter Anspruchsgrundlagen ist aber noch nicht abschließend über die Frage abgesprochen, ob die Realschuldnerin den Aufwand zur Vorbereitung der Rechnungslegung bezahlen muß. Ihre Verpflichtung zur Zahlung dieser Kosten könnte nämlich auch auf die akzesso-

rische Pfandhaftung gestützt werden. Dies aus folgenden Überlegungen:

Hätte der Hauptschuldner seine Verbindlichkeit rechtzeitig beglichen, so hätte sich die Bank diesen Aufwand erspart. In diesem Fall hätte die Bank nämlich gegenüber der Realschuldnerin nicht aufwendig Rechnung legen müssen. Diese Kosten werden durch den Zahlungsverzug verursacht, sie sind dessen typische und voraussehbare Folge. Trifft den Hauptschuldner an seinem Verzug ein Verschulden – was gemäß § 1298 ABGB zu vermuten ist –, sind alle Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruches gegeben. Die Bank kann sich daher wegen ihres Aufwandes schadenersatzrechtlich an den Hauptschuldner halten.

Der eben skizzierte Anspruch ist in Wahrheit ein Anwendungsfall eines allgemeinen Prinzips: Zahlt der Schuldner schuldhaft nicht rechtzeitig, hat der Gläubiger einen Anspruch auf Ersatz der durch den Zahlungsverzug entstandenen Schäden (Verspätungsschaden). Solidarschuldner haften im Falle ihres verschuldeten Verzuges für die Kosten, die bei Eintreibungsversuchen gegen die Mitschuldner entstanden sind [8], der Hauptschuldner haftet für die Kosten, die dem Gläubiger entstanden sind, weil er seine Schuld bei Bürgen oder Pfandbestellern einzutreiben versucht hat. Manche beziehen diese Pflicht von Solidar- bzw Hauptschuldner zum Ersatz der Kosten der Eintreibung der Schuld bei Mitschuldner bzw Sicherungsgebern sogar auf Fälle des objektiven Leistungsverzuges [9].

Eine Haftung des Hauptschuldners für die beim Gläubiger entstandenen Kosten der Inanspruchnahme der Realschuldnerin ist also gegeben. Damit stellt sich aber die Frage, welche Auswirkungen dies auf die Haftung der Realschuldnerin hat. Die hA muß eine solche Haftung bejahen, weil sie das Pfandrecht im Zweifel auch auf Schadenersatzansprüche wegen Nicht- oder Schlechterfüllung der Forderung erstreckt [10].

[2] ZB 5 Ob 510/85, SZ 59/74 = JBl 1986, 511 = ÖBA 1986, 411 (Jabornegg); 6 Ob 590/91, ÖBA 1992, 654 (Jabornegg) uva. *Gamerith* in Rummel, ABGB³ § 1366 Rz 5.

[3] Zur Begründung kann auf die zutreffenden Ausführungen des OGH verwiesen werden. Zum Auskunftsanspruch des Sicherheitenbestellers siehe *Avancini*, Der Auskunftsanspruch des Bürgen gegen den Gläubiger, JBl 1985, 193.

[4] Wohl auch, weil die Summen, um die es in diesen Fällen geht, verglichen mit der Hauptschuld einen langwierigen Rechtsstreit

meist nicht wert sind.

[5] Vgl *Schuhmacher* in Straube, HGB³ § 354 Rz 1; 1 Ob 244/67, SZ 40/161 = JBl 1968, 524; 4 Ob 2287/96v, HS 27.099 uva.

[6] Siehe 5 Ob 510/85, SZ 59/74 = JBl 1986, 511 = ÖBA 1986, 411 (Jabornegg).

[7] Vgl *Ohmeyer / Klang* in Klang VI² 247 f.

[8] *Perner* in Fenyves / Kerschner / Vonkilch, Klang³ §§ 893, 894 Rz 18. *Gamerith* in Rummel, ABGB³ § 891 Rz 6 und 8 Ob 55/02z, ÖBA 2003, 461 = EvBl 2003/5.

[9] So wohl *Gamerith* in Rummel, ABGB³ § 891 Rz 6 und OGH 8 Ob 55/02z,

ÖBA 2003, 461 = EvBl 2003/5 für die Solidarschuld; dagegen *Perner* in Fenyves / Kerschner / Vonkilch, Klang³ §§ 893, 894 Rz 18. Kritisch zum Ersatz von Nachteilen des Gläubigers bei durch den Schuldner nicht verschuldeter Verzögerung der Leistungserbringung auch *P. Bydlinski* in KBB² § 932 Rz 13.

[10] *Frotz*, Aktuelle Probleme des Kreditsicherungsrechts (1970) 95 f; *Hinteregger* in Schwimann, ABGB³ § 449 Rz 5; *Iro*, Sachenrecht³ (2008) Rz 9/4; *Kletecka* in Koziol / Welsch, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 376.

wurde ein Anlegerrisikoprofil nicht angelegt.

Am 23. 4. 2001 kaufte der Kläger die Republik Argentinien-Anleihe 2000 bis 7. 9. 2007 im Nominalwert von € 70.000 zum Kurs von 94,15%, einer zugesagten Nominalverzinsung von 10% und einer Rendite von 11,31% pa. Im Kaufzeitpunkt wurde von der Rating-Agentur Standard & Poors die Bonität mit „BB –“ bewertet. Für diese Anleihe erhielt der Kläger noch keine Zinsen ausbezahlt.

Der Kurs der im Jahr 1997 erworbenen Anleihe schwankte ab Kaufzeitpunkt bis Juni 2001 in einer Bandbreite weitgehend zwischen 90% und 105%. Die Kursentwicklung spiegelte kein deutliches Ausfallrisiko wider. Im August 1998 kam es zu einem rapiden Kursabsturz auf ca 80% infolge der Rußland-Krise, worauf die Rendite dieser Anleihe binnen weniger Tage auf 13% pa stieg. Nach Beruhigung der Situation bis zum Jahresende 1998 bildete sie sich jedoch rasch wieder auf 8,5% zurück. Der Kurs stieg wiederum auf 100%. Aufgrund der raschen Kurserholung 1998 bei den russischen Staatsanleihen setzte sich sowohl bei Anlegern als auch bei Bankberatern die Überzeugung durch, daß „Staaten kaum pleite gehen können“.

Abgesehen von kleineren Kurschwankungen im Herbst 2000 hielten sich die argentinischen Anleihen bis in den Juni 2001 recht kursstabil bei Kursen von über 90% des Nennwerts. Erst im Juli 2001 kam es zu einem deutlichen Kursabsturz auf ca 70% des Nennwerts. Darauf folgte eine zweimonatige Erholungsphase. Ab Oktober 2001 beschleunigte sich der Kursabsturz, bis im Dezember 2001 die vorläufige Zahlungsunwilligkeit bzw Zahlungsunfähigkeit Argentiniens offensichtlich wurde. In den Jahren 2002 bis 2004 wurden die Anleihen um ca 20% bis 30% des Nennwerts gehandelt. Im März 2005 betrug der Kurs argentinischer Anleihen ca 25% des Nennwerts. Am 13. 2. 2006 lag der Kurs der vom Kläger 1997 gekauften Anleihe bei 30,5% (Geld) bzw 32% (Brief) und jener der 2001 gekauften Anleihe bei 29% (Geld) bzw 29,7% (Brief).

Das Rating der Fremdwährungsanleihe der Republik Argentinien bewegte sich von August 1993 bis 19. 3. 2001 im Bereich „BB“, vom 26. 3. 2001 bis 12. 7. 2001 im Bereich „B +“ bis „B –“. Am 9. 10. 2001 erfolgte eine Herabstufung auf „CCC +“. Nach einem weiteren Abstieg bis zu „SD“ (Selective Default) vom November 2001 bis Februar 2002 wurde die Bonität per 1. 6. 2005 wiederum mit „B –“ und einem stabilen Outlook bewertet.

Veranlagungen in argentinische Anleihen waren entsprechend den Ratings nicht als „Investmentgrade“ sondern als „spekulativ“ zu bewerten. Aus den Kursen der Argentinien-Anleihen war bis zum April 2001 nicht erkennbar, daß die Marktteilnehmer eine gravierende Verschlechterung der Zahlungsfähigkeit des Emittenten annahmen oder daß sie eine derartige konfiskatorische Umschuldung, wie sie dann stattfand, realistisch in Betracht zogen.

Beim Kauf der Anleihe im März 1997 gab es keinerlei signifikante Anzeigen oder Marktkommentare betreffend eine mögliche Zahlungsunfähigkeit Argentiniens.

Beim Kauf der Anleihe im April 2001 gab es schon seit rund einem halben Jahr kritischere Medienberichte. Die Anleihekurve erholte sich jedoch nach einem Kursrückgang im vierten Quartal 2000 wieder und signalisierte kein gegenüber den Vorjahren signifikant erhöhtes Risiko. Die Medienberichte waren oft ambivalent. Sie konnten positiv und zugleich negativ interpretiert werden. Ab März 2001 nahm der negative Bias zu.

Seit 1975 gab es auf den internationalen Kapitalmärkten nur neun Fälle von Zahlungsverzug von Staaten, die für die Anleger meist recht glimpflich verliefen, wobei diese Länder mit Ausnahme von Rußland in wirtschaftlicher Hinsicht mit Argentinien nicht vergleichbar sind.

Die Renditen in der Rating-Kategorie A bewegten sich von 1997 bis 2001 weitgehend im Bereich von 4,5% bis 6,5%. Im Jahr 1997 lagen sie zwischen 5% und 6,5%, im Jahr 1999 zwischen 3,5% und 5,5% und im Jahr 2001 zwischen ca 4,5% und 6,5%. Die Renditen von Staatsanleihen der Rating-Kategorien „AAA“ und „AA“ lagen ca 0,10% bis 0,25% pa unter diesen Werten. Wäre der Kläger auf die Gefahr eines Kurssturzes im tatsächlich erfolgten Ausmaß oder die Möglichkeit eines Zinszahlungsstopps hingewiesen worden, hätte er keine argentinischen Staatsanleihen, sondern eine risikolosere Veranlagung gewählt. Es kann nicht festgestellt werden, in welche Anleihen der Kläger anstelle der argentinischen Staatsanleihen investiert hätte, wieviel Zinsen diese erwirtschaftet und welchen Kursverlauf sie gehabt hätten.

Die Republik Argentinien machte ihren Gläubigern ein Umschuldungsangebot, das eine erhebliche Senkung des Zinsfußes und eine erhebliche Verlängerung der Laufzeit vorsieht und von 70% der internationalen Gläubiger angenommen wurde. Der Kläger hat die Anleihen weiter in seinem Depot.

Mit seiner Klage begehrt der Kläger von der Beklagten aus dem Titel des Schadenersatzes die Zahlung von € 133.585,52 sA. Mit seinem ersten Eventualbegehren verlangt er die Zahlung dieses Betrags Zug um Zug gegen Übertragung der Wertpapiere. Mit einem weiteren Eventualurteilsantrag begehrt er die Feststellung, daß die Beklagte ihm für sämtliche Schäden zu haften habe, die ihm aus der Anschaffung und unterlassener Informationsweiterleitung hinsichtlich der beiden Anleihen in Hinkunft entstehen. Er sei von der Beklagten vor den Anleihenkäufen falsch beraten worden. Aufgrund eines Umschuldungsangebots der Republik Argentinien sei mit Sicherheit davon auszugehen, daß zumindest 75% des vom Kläger für den Erwerb der Anleihen aufgewendeten Betrags nicht mehr getilgt werden. Dieser Ausfall betrage € 133.585,52. Dieser Betrag entspreche auch dem Schadensbetrag an eingesetztem Kapital, den der Kläger erleide, wenn er die mit 25% des seinerzeitigen Anschaffungswerts notierenden Anleihen veräußern würde. Bei richtiger Beratung hätte der Kläger Anleihen der Republik Argentinien nicht gekauft, sondern in ein Wertpapier der Rating-Kategorie „A“ investiert, eine durchschnittliche Rendite von 5,5% erzielt und keinen Schaden erlitten.

Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klagebegehren. Sie habe den in finanziellen Angelegenheiten sehr erfahrenen Kläger nicht fehlerhaft beraten. Er habe bei Ankauf die bestehenden Risiken gekannt.

Das *Erstgericht* gab der Klage insoweit statt, als es feststellte, daß die Beklagte dem Kläger für sämtliche Schäden aus dem Verlust des Tilgungskapitals zu zwei Dritteln zu haften habe, die ihm aus der Anschaffung und unterlassenen Informationsweiterleitung hinsichtlich der im April 2001 gekauften Anleihe in Hinkunft entstehen. Die Mehrbegehren wies es ab.

Das *Berufungsgericht* gab der Berufung des Klägers nicht, jener der Beklagten jedoch Folge und wies alle Klagebegehren ab.

Die gegen diese Entscheidung erhobene außerordentliche, von der Beklagten beantwortete *Revision* des Klägers ist aus Gründen der Rechtssicherheit zulässig und im Sinn des ersten Eventualbegehrens auch berechtigt.

1. Die ständige Rechtsprechung ging bereits vor dem Inkrafttreten des Wertpapieraufsichtsg (WAG), BGBl 1996/753, davon aus, daß die Bank bei Abschluß eines Effektengeschäftes auch ohne Bestehen eines besonderen Beratungsvertrags Aufklärungs- und Bera-

tungspflichten treffen (9 Ob 230/02t = ÖBA 2003, 959 mwN; 5 Ob 106/05g = ÖBA 2006, 376 mwN). 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 bei Abschluß und Durchführung solcher Geschäfte umfassend berät (9 Ob 230/02t mwN ua; RIS-Justiz RS0026135). Entscheidend sind einerseits die erkennbare Unerfahrenheit und Informationsbedürftigkeit des konkreten Kunden, andererseits die Art des beabsichtigten Geschäfts bzw Wertpapiers. Als Grundsatz kann gelten: Je spekulativer die Anlage und je unerfahrener der Kunde, desto weiter reichen die Aufklärungspflichten (9 Ob 230/02t mwN; 5 Ob 106/05g mwN).

2. Die am 1. 7. 1997 in Kraft getretenen „Wohlverhaltensregeln“ §§ 13 bis 15 WAG, BGBl 1996/753, enthalten eine gesetzliche Konkretisierung der Schutz- und Sorgfaltspflichten einer Bank bei Abschluß von Effektengeschäften. Insbesondere in § 13 Z 3 und 4 WAG wird die Verpflichtung zu einer anleger- und objektgerechten Beratung festgeschrieben. So verpflichtet § 13 Z 3 WAG die normunterworfenen Rechtsträger dazu, „von ihren Kunden Angaben über ihre Erfahrungen oder Kenntnisse in Geschäften, die Gegenstand der Wertpapierleistungen sein sollen, über ihre mit den Geschäften verfolgten Ziele und über ihre finanziellen Verhältnisse zu verlangen, soweit dies zur Wahrung der Interessen der Kunden und im Hinblick auf Art und Umfang der beabsichtigten Geschäfte erforderlich ist“. § 13 Z 4 WAG trägt den genannten Rechtsträgern auf, „ihren Kunden alle zweckdienlichen Informationen mitzuteilen, soweit dies zur Wahrung der Interessen der Kunden und im Hinblick auf Art und Umfang der beabsichtigten Geschäfte erforderlich ist“. Die beiden Bestimmungen schreiben damit die schon bisher von der Rechtsprechung (und der Lehre) zu Effektengeschäften, insbesondere aus culpa in contrahendo, positiver Forderungsverletzung und dem Beratungsvertrag abgeleiteten Aufklärungs- und Beratungspflichten fest (5 Ob 106/05g mwN). Die konkrete Ausgestaltung und der Umfang der Beratung ergibt sich dabei jeweils im Einzelfall in Abhängigkeit vom Kunden, insbesondere von dessen Professionalität, sowie von den ins Auge gefaßten Anlageobjekten (5 Ob 106/05g ua). Mit § 15 WAG wurde schließlich eine ausdrückliche Haftungsnorm geschaffen, die auch im Gesetz den zivilrechtlichen Charakter der Verhaltenspflichten eindeutig klarstellt. Sie bezweckt die grundsätzliche Sicherstellung der Haftung des

Rechtsträgers bei Verletzung der Bestimmungen der §§ 13 und 14 WAG auch bei leichter Fahrlässigkeit (3 Ob 289/05d mwN = ÖBA 2006, 925; 9 Ob 230/02t mwN). § 15 Abs 1 WAG schafft so eine auf den allgemeinen Schadenersatzregelungen aufbauende, abgeschlossene Haftungsnorm, die eine gesetzliche Konkretisierung vor- und nebenvertraglicher Verpflichtungen enthält (3 Ob 289/05d mwN). Bei Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten ist der Anleger grundsätzlich so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Aufklärung stünde (3 Ob 40/07i = JBI 2008, 49 [Mader]; 3 Ob 289/05d mwN; RIS-Justiz RS0108267).

3. Das WAG ist mit Ablauf des 31. 10. 2007 außer Kraft getreten. Am 1. 11. 2007 ist das WAG 2007, BGBl I 2007/60, in Kraft getreten. Auf eine Änderung der Rechtslage hat das Gericht in jeder Lage des Verfahrens Bedacht zu nehmen, sofern die neuen Bestimmungen nach ihrem Inhalt auf das in Streit stehende Rechtsverhältnis anzuwenden sind. Grundsätzlich ist nach den Übergangsbestimmungen zu beurteilen, ob eine Gesetzesänderung für ein laufendes Verfahren zu beachten ist (RIS-Justiz RS0031419). Weder die Übergangsbestimmungen des WAG noch jene des WAG 2007 ordnen die Rückwirkung von im Anlaßfall interessierenden Normen an. Nach der in § 5 ABGB enthaltenen Zweifelsregel der Nichtrückwirkung eines Gesetzes auf früher verwirklichte Sachverhalte (s nur 5 Ob 311/04b; 4 Ob 192/06y mwN; F. Bydliniski in Rummel, ABGB³ § 5 Rz 2) ist das WAG 2007 in keinem der Geschäftsfälle anzuwenden und das WAG auf den ersten Geschäftsfall nicht anwendbar. Das zweite Geschäft vom März 2001 fällt in den zeitlichen Anwendungsbereich des WAG, BGBl 1996/753. Die Voraussetzungen der Haftung der Beklagten für einen Beratungsfehler beim zweiten Geschäft und dessen Rechtsfolgen sind die gleichen wie beim Wertpapierankauf im März 1997 (s oben 1. und 2.).

4. Die Informationserteilung hat dem Gebot vollständiger, richtiger, rechtzeitiger und verständlicher Beratung zu genügen, durch die der Kunde in den Stand versetzt werden muß, die Auswirkungen seiner Anlageentscheidung zu erkennen (3 Ob 40/07i; 7 Ob 64/04v = ÖBA 2005, 721). Die Information hat produktbezogen zu sein (3 Ob 40/07i; 1 Ob 148/05d = ÖBA 2006, 303 mwN).

Die Beklagte hat nach diesen Grundsätzen in beiden Geschäftsfällen Beratungsfehler zu verantworten:

Anlageziel des Klägers war eine weitgehend sichere Kapitalanlage mit einer die Anleihen der Beklagten übersteigenden Verzinsung, wobei – beim ersten

Geschäftsfall – die Kapitalanlage auch die Rückführung des gleichzeitig bei der Beklagten aufgenommenen Kredits sicherstellen sollte und der Kläger bereit war, ein gewisses Risiko in bezug auf eine verzögerte Zahlung der Zinsen auf sich zu nehmen. Das Kursrisiko hatte für ihn keine wesentliche Bedeutung, plante er doch nach eigenem Vorbringen nicht, die Anleihen vor Fälligkeit zu verkaufen.

Im Hinblick auf diese der Beklagten bekannten Vorgaben wurde der Kläger nicht richtig beraten. Kann das Kursrisiko (und das Wechselkursrisiko) vernachlässigt werden, so liegt das verbleibende Risiko in der Bonität des Emittenten. Für die Anleihe lag eine Bewertung für Argentinien durch eine der führenden Rating-Agenturen vor. Eine richtige und sorgfältige Beratung des Klägers hätte erfordert, die Bewertung festzustellen und dem Kläger mitzuteilen und zu erläutern. Die allgemeine, kaum aussagekräftige Information, „AAA“ bewertete Anleihen seien sicherer als solche aus dem „B“-Bereich, entsprach nicht der Pflicht der objektbezogenen Beratung. Der Mitarbeiter der Beklagten ließ mit der Äußerung, Argentinien sei der wirtschaftlich stärkste Staat Südamerikas und noch nie sei ein Staat in Konkurs gegangen, Bedenken in bezug auf die Bonität des Emittenten nicht aufkommen oder zerstreute mit ihr möglicherweise bestehende Bedenken des Klägers. Nach den getroffenen Feststellungen war das Ergebnis der Beratung die Einstufung der empfohlenen Anleihe als risikoarm, obwohl sie von einer führenden Rating-Agentur nach der festgestellten Ratingdefinition als spekulativer Titel bewertet wurde. Es wurde gegen die Pflicht, dem Kläger das Bonitätsrisiko der konkreten Anlage zutreffend darzustellen, verstoßen.

Was den zweiten Geschäftsfall vom April 2001 betrifft, so traf das Erstgericht widersprechende Feststellungen über das Rating der erworbenen Euro-Auslandsanleihe. Einerseits stellte es fest, im Kaufzeitpunkt – am 23. 4. 2001 – sei die Bonität durch die Rating-Agentur Standard & Poors mit „BB –“ bewertet worden. Andererseits traf es die Feststellung, vom 26. 3. 2001 bis 12. 7. 2001 – in diesen Zeitraum fällt auch die letzte Beratung vor dem Ankauf – habe sich die Bewertung im Bereich von (schlechteren) „B +“ bis „B –“ bewegt („B –“: sehr spekulativ, geringe Sicherheit der langfristigen Schuldenbedienung).

Der Widerspruch hindert indessen eine endgültige Entscheidung nicht:

Wenngleich im Hinblick auf die höhere Verzinsung der Anleihe und das Wissen des Klägers, daß höhere Zinsen

ein höheres Risiko bedeuten, die Risikobereitschaft des Klägers gegenüber 1997 möglicherweise gestiegen war, so war doch die Beratung des Mitarbeiters der Beklagten auch dann falsch, wenn die Bonität des Emittenten im Beratungs- und im Kaufzeitpunkt mit „BB –“ bewertet wurde. Die tatsächliche Risikobereitschaft des Klägers wurde nicht erfragt. Es wurde auch eine korrekte Aufklärung über das Emittentenrisiko nach der Rating-Kategorie „BB –“ unterlassen. Hinzu kommt, daß die Information, an der Risikoeinschätzung bzw Bonität habe sich seit 1997 nichts geändert, sondern es würde alles passen, allein wegen der, wenn auch ambivalenten, zeitnah zur Beratung aber zunehmend negativ werdenden, von der Beklagten zu verfolgenden Medienberichte unrichtig war und allfällige, sich aus der höheren Verzinsung ergebende Bedenken des Klägers wegen der Bonität zerstreute, was nicht einer sorgfältigen und richtigen Beratung entsprach.

5. Der OGH hat in der E 8 Ob 123/05d (= ÖBA 2006, 682 = ecolex 2006, 566) ausführlich dargelegt, daß ein Ersatz des nach der Differenzmethode ermittelten rechnerischen Schadens (des Vermögensschadens) in Geld, wie ihn der Kläger mit seinem Hauptbegehren geltend macht, erst nach einem Verkauf der Wertpapiere begehrt werden kann. Bis zum maßgeblichen Schluß der Verhandlung erster Instanz hat der Kläger die Anleihen nicht veräußert. Er kann demnach keinen Geldersatzanspruch stellen. Die Abweisung des Hauptklagebegehrens durch die Vorinstanzen war daher zu bestätigen. Die Behauptung in der Revision, der Kläger habe zwischenzeitig die Papiere verkauft, ist eine im Revisionsverfahren unbeachtliche Neuerung.

Der Kläger kann – wie oben schon ausgeführt – verlangen, so gestellt zu werden, wie er bei ordnungsgemäßer Aufklärung stünde. Bei richtiger Beratung hätte der Kläger die Argentinien-Anleihen nicht gekauft. Er hat einen Anspruch auf Naturalrestitution (§ 1323 ABGB), in dessen Rahmen ihm – Zug um Zug gegen Übertragung der Anleihen – der Anspruch auf Rückzahlung der zum Erwerb der Anleihen gezahlten Kaufpreise abzüglich der erhaltenen Zinszahlungen zusteht ([1.] DM 211.575 minus DM 53.335,76 = DM 158.238,24 = € 80.906,44 plus [2.] € 65.905 = € 146.811,94) [vgl 3 Ob 40/07i; Kletecka, ÖBA 1999, 391; Wilhelm, Variationen über den Anlegerschaden, ecolex 2006, 541]. Der Kläger begehrt weniger. Einen Mitverschuldenseinwand hat die Beklagte – wie das Berufungsgericht zutreffend ausführte – nicht erhoben. Dem ersten Eventualbegehren war daher stattzugeben.

1505.

§ 6 KSchG. Gerade bei Vermögensverwaltungsverträgen ist an das Erfordernis der „namentlichen Nennung des Dritten“ im Sinne des § 6 Abs 2 Z 2 KSchG ein strenger Maßstab zu legen. Durch die Gattungsbezeichnung „österreichische Kreditinstitute“ erfolgt noch keine namentliche Nennung.

OGH 21. 2. 2008, 6 Ob 291/07y

Aus der Begründung:

Die Beklagte macht als erhebliche Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO geltend, das Berufungsgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, daß die Klausel 15 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wonach sie berechtigt sei, „das aus dem Abschluß des Vermögensverwaltungsvertrags resultierende Vertragsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten einem österreichischen Kreditinstitut zu übertragen“, deshalb gegen § 6 Abs 2 Z 2 KSchG verstößt, weil „österreichische Kreditinstitute“ eine bloße Gattungsbezeichnung sei; jedenfalls fehle aber Rechtsprechung des OGH zu dieser Frage.

Die erwähnte Bestimmung legt fest, daß für den Verbraucher Vertragsbestimmungen im Sinne des § 879 ABGB nicht verbindlich sind, nach denen dem Unternehmer das Recht eingeräumt wird, seine Pflichten oder den gesamten Vertrag mit schuldbefreiender Wirkung einem Dritten zu überbinden, der im Vertrag nicht namentlich genannt ist, sofern der Unternehmer nicht beweist, daß diese Vertragsbestimmung im einzelnen ausgehandelt worden ist.

1. Da die Bestimmung in einen Katalog unzulässiger Vertragsklauseln eingebettet ist, ist es für die Beurteilung der Zulässigkeit der außerordentlichen Revision zunächst einmal nicht entscheidend, ob Rechtsprechung des OGH genau zu dieser Bestimmung vorliegt (10 Ob 367/97m).

2. Schon nach dem Wortlaut der Bestimmung soll verhindert werden, daß anstelle des Unternehmers dem Verbraucher ein nach dem Vertrag unbekannter Dritter aufgedrängt wird (10 Ob 367/97m), daß er sich also überraschend einem neuen Partner gegenüber sieht und die Haftung des bisherigen Vertragspartners verliert (*Kathrein* in Koziol / Bydlinski / Bollenberger, ABGB² [2007] § 6 KSchG Rz 25 unter Hinweis auf die Materialien), weil er regelmäßig die hinter einem Partnerwechsel stehenden wirtschaftlichen Verhältnisse kaum zu überblicken vermag (*Apathy* in Schwimann, ABGB³ V [2006] § 6 KSchG Rz 69

ebenfalls unter Hinweis auf die Materialien). Der Verbraucher soll aber nicht nur vor unabschätzbaren Liquiditätsrisiken (*Krejci* in Rummel, ABGB³ [2002] § 6 KSchG Rz 170 ebenfalls unter Hinweis auf die Materialien; *Schurr* in Fenyves / Kerschner / Vonkilch, Klang³ [2006] § 6 Abs 2 Z 2 KSchG Rz 6), sondern auch davor geschützt werden, daß die Vertragsleistung von einem minder qualifizierten Unternehmer erbracht wird (*Schurr* aaO Rz 5).

Zwischen der Beklagten und ihren Kunden werden Vermögensverwaltungsverträge abgeschlossen; nach Klausel 3.1. der AGB der Beklagten handelt diese bei den Wertpapierveranlagungen im Namen und auf Rechnung ihrer Kunden, also als deren bevollmächtigter Vertreter. Ein solches Vertragsverhältnis wird als diskretionäre Vermögensverwaltung im fremden Namen bzw aus der Sicht der Beklagten als externe Vermögensverwaltung bezeichnet (vgl dazu und zu den vom Vermögensverwalter zu wahren Pflichten ausführlich 6 Ob 110/07f). Daß üblicherweise Verbraucher ihren Vermögensverwalter, dem sie ja ihr Vermögen anvertrauen, nach besonderen Vertrauenskriterien (etwa ausreichende Liquidität für den Haftungsfall, ausgewiesene Erfolge bisheriger Veranlagungen, Seriosität udgl) auswählen, bedarf wohl keiner weiteren Erörterung. Damit kann ihnen aber nicht unterstellt werden, sie hätten kein Interesse daran, ob und bejahendenfalls auf wen die Beklagte allenfalls einzelne ihrer Verpflichtungen oder gar das gesamte Vertragsverhältnis überträgt. Gerade bei Vermögensverwaltungsverträgen ist daher an das Erfordernis der „namentlichen Nennung des Dritten“ im Sinne des § 6 Abs 2 Z 2 KSchG ein strenger Maßstab zu legen.

Die Beklagte meint in ihrer außerordentlichen Revision zunächst, „jeder Verbraucher in Österreich hat eine klare Vorstellung, was unter einem ‚österreichischen Kreditinstitut‘ zu verstehen ist, nämlich eine österreichische Bank“. Gerade damit bestätigt sie aber die Argumentation der Vorinstanzen, daß die Klausel 15 ihrer AGB lediglich eine Gattungsbezeichnung enthält, nicht jedoch eine namentliche Nennung (vgl auch 3 Ob 246/98t = SZ 72/81 [Übertragung auf „Tochtergesellschaften“]).

Schließlich verweist die Beklagte noch darauf, der mögliche neue Vertragspartner des Verbrauchers könne nicht minder qualifiziert sein; österreichische Kreditinstitute und Banken unterlägen staatlicher Aufsicht. Dazu haben allerdings die Vorinstanzen bereits zutreffend darauf hingewiesen, daß es in der Vergangenheit bereits Insolvenzen in der Ban-