



die kartenausgebenden Zahlungsdienstleister belastet werden, ohne dass eine Vertragsbeziehung mit unabhängigen Drittanbietern besteht. Dies bedeutet ein Kostenrisiko der betroffenen Zahlungsdienstleister, zumal für diese in aller Regel nicht vorhersehbar ist, wie häufig und in welchem Umfang Verbraucher Bargeldbehebungen bei Geldausgabeautomaten von unabhängigen Drittanbietern tätigen werden. Dieses Kostenrisiko ist überdies von den kartenausgebenden Zahlungsdienstleistern zu tragen, weil unabhängige Drittanbieter die Entgelte für Bargeldbehebungen frei festsetzen können und kein Kostenrisiko tragen. Eine Änderung der Gestaltung der Verträge mit Verbrauchern ist den kartenausgebenden Zahlungsdienstleistern nicht ohne Weiteres

möglich, da § 4a VZKG sofortige Wirkung – somit auch für bereits bestehende Zahlungskontoerträge – zeitigt. Um entsprechende Entgelte für Bargeldabhebungen an Geldautomaten im Einklang mit den Vorgaben des § 4 Abs 2 VZKG wirksam zu vereinbaren (siehe oben Punkt 2.2.7. ff), müssten alle bestehenden Zahlungskontoerträge „im Einzelnen“ neu „ausverhandelt“ werden. Angesichts dessen stellt § 4a VZKG einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Recht der antragstellenden Gesellschaften auf Unverletzlichkeit des Eigentums dar.

(...)

Bearbeiter: Rainer Wolfbauer

## JUDIKATUR OGH

### ANLEGERRECHT



### Aufklärungspflichten einer Bank beim Abschluss eines Zins-Swap-Geschäfts mit anfänglich negativem Barwert\*

» ZFR 2018/264

§ ABGB: §§ 1267, 1295  
WAG 2007: §§ 1, 35, 38

# OGH 23. 5. 2018, 3 Ob 191/17k

#### Leitsatz (der Redaktion)

Wenn die Bank dem Kunden in der Doppelrolle aus einem Beratungsvertrag und aus einem von ihr initiierten und gestalteten Zins-Swap-Geschäft, das einen für den Kunden anfänglich negativen Marktwert aufweist, gegenübersteht, hat sie vor Abschluss des Zins-Swap-Geschäfts über den in ihrer Person bestehenden Interessenkonflikt (§ 35 Abs 5 WAG 2007) und damit über den schon anfänglich bestehenden negativen Marktwert, dessen Höhe, Bedeutung und Zustandekommen aufzuklären.

Bearbeiter: Philipp Fidler



#### Anmerkung:

Der vorliegende Beschluss des OGH behandelt erstmals in der Sache<sup>1</sup> die Frage, ob ein Kreditinstitut, das mit seinem Kunden ein Derivatgeschäft abschließt, auf den im Abschlusszeitpunkt idR bestehenden negativen Marktwert des Geschäfts hinweisen muss. Gegenständlich schloss die bekl Bank mit der Kl einen Zinsswap („Interest Rate Swap“) ab. Unstrittig stand im RevVerfahren fest, dass der Zinsswap im Abschlusszeitpunkt einen negativen Marktwert von 34.910,80 € aufwies (dies bei einem Nominale von 1,752.403,75 €), worauf die Bekl die Kl nicht hingewiesen hatte. Gestützt darauf behauptete die Kl einen Geschäftsirrtum und begehrte die *Ex-tunc*-Rückabwicklung des Swap-Vertrags mit der Bekl.

Zuzustimmen ist dem OGH darin, dass auf den vorliegenden Sachverhalt in intertemporaler Hinsicht<sup>2</sup> das WAG 2007 anzuwenden ist und die Bekl die darin normierten Wohlverhaltensregeln einzuhalten hatte. Im Einklang mit dem OGH kann außerdem zugrunde gelegt werden, dass zwischen den Parteien ein Beratungsvertrag zustande gekommen war. Neben den vom OGH angeführten Gründen kann dazu noch auf Punkt 12. bzw 11. der im Beschluss zitierten Sonderbedingungen hingewiesen werden. Darin wird auf die erfolgte Produktberatung Bezug genommen.

Bei Abschluss eines Derivatvertrags mit einer Bank als Gegenpartei und auf deren Empfehlung war bisher – zumindest in Österreich – umstritten, ob aus §§ 35 und 40 WAG 2007 eine Pflicht abgeleitet werden kann, gegenüber dem Kunden den negativen Anfangswert des Derivats offenzulegen. Dazu kann auf die vom OGH in seinem Beschluss wiedergegebenen Lehrmeinungen verwiesen werden (Punkt III.). Die Kreditinstitute bestritten idR eine solche Offenlegungspflicht. Einerseits deshalb, weil wohl kaum eine Bank in der Vergangenheit diesen negativen Marktwert of-

\* Entscheidungsgründe und Anmerkungen des Bearbeiters finden Sie auf der ZFR-Website ([zfr.lexisnexus.at](http://zfr.lexisnexus.at)) unter der Artikelnummer sowie unter dem Menüpunkt „Extras/Spezielles/Judikatur“.

1 In OGH 24. 10. 2011, 8 Ob 11/11t, findet sich dazu ein obiter dictum.  
2 Vgl dazu *Brandl/Klausberger in Brandl/Saria*, WAG 2007 § 108 Rz 3 ff.



fengelegt hat und damit allenfalls Beratungsfehler begangen wurden. Andererseits lässt der negative Marktwert Rückschlüsse auf die Höhe der Bankmarge zu.<sup>3</sup>

In Deutschland liegen zu dieser Frage bereits mehrere Entscheidungen des BGH vor, die bis in das Jahr 2011<sup>4</sup> zurückgehen. Der Grund für diese lange Tradition an Entscheidungen liegt auch darin, dass in Deutschland zahlreiche Kommunen und gemeindefnahe Unternehmen entsprechende Derivatgeschäfte abgeschlossen und damit hohe Verluste erlitten haben.<sup>5</sup>

Im Lichte dieser dt Rsp überrascht es kaum, dass im vorliegenden Beschluss die strittige Aufklärungspflicht bejaht wird. Die Begründung dafür überzeugt hingegen nicht. Der OGH ging von dem von der Bekl schlüssig zugestandenen Umstand aus, dass „der Finanzmarkt schon bei Abschluss des Swap-Geschäfts aus dem Blickwinkel einer Wahrscheinlichkeitsrechnung von geschmälernten Erfolgsaussichten der Kl ausgegangen sei“. Diese geschmälernten Erfolgsaussichten sieht der OGH darin, dass die Kl „mit einem negativen Marktwert als Differenz der Barwerte der fixen Zahlungen versus der Barwerte der (vom Markt erwarteten) variablen Zahlungen belegt wurde, was der bekl Bank den selbst gestalteten Vorteil verschaffte, die eigenen Risiken aus diesem Geschäft zu günstigen Konditionen am Markt durch Hedge-Geschäfte weiterreichen zu können“ (jeweils Punkt IV.6. und Punkt I.4.). Darin liege ein unvermeidbarer Interessenkonflikt in der Person der Bekl, der der Kl nicht offenkundig war (Punkt IV.7.).

Diese an verschiedenen Stellen des Beschlusses vorgenommenen Erklärungen zum negativen Marktwert müssen in der Zusammenschau wohl so verstanden werden, dass – nach Ansicht des OGH – die bekl Bank die Konditionen des Swap-Vertrags (hier: die Höhe des Fixzinssatzes) bewusst so strukturierte, dass der Markt den Marktwert des Swaps im Abschlusszeitpunkt negativ beurteilte. Die bekl Bank hätte den Swap-Vertrag demnach am Interbankenmarkt zu günstigeren Konditionen abschließen bzw weiterhedgen können. Aus dieser Differenz lukrierte die Bekl ihre Marge.

Gerade darüber wurde die Kl jedoch nicht getäuscht. Sie ging vielmehr, wie sich aus ihrem zitierten Vorbringen ergibt, bei Abschluss davon aus, dass die Bank ihr Risiko und ihre Aufschläge „bereits in diesem Swap-Satz“ (gemeint ist der Fixzinssatz von 2,55 % pa) eingepreist habe. Ihr war also bewusst, dass die Bank bei Abschluss des Geschäfts eine Marge verdient und sie diese in die Konditionen „einstrukturiert“ hat. Etwas anderes wäre auch nicht nachvollziehbar, zumal die Kl bei Abschluss kein gesondertes Entgelt (wie etwa eine Bearbeitungsgebühr) an die Bekl zahlen musste. Festgestellt wurde außerdem, dass die Kl vor Abschluss auf das grds Bestehen eines Marktwerts des Swaps und die jederzeitige Ausstiegsmöglichkeit zu Marktkonditionen hin-

gewiesen wurde. Selbst wenn daher, was unstrittig war, nicht ausdrücklich über den negativen Marktwert zu Beginn gesprochen wurde, so wäre der Schluss vertretbar gewesen, dass die Kl aus den ihr bekannten Informationen (dass der Swap einen Marktwert und die Bank ihre Marge darin „einstrukturiert“ hat) schließen hätte müssen, dass der anfängl Marktwert negativ ist. Damit hätten aber auch die aus Marktsicht bestehenden geschmälernten Erfolgsaussichten bekannt gewesen sein müssen.

Da die Kl – nach ihrem Vorbringen – außerdem davon ausgegangen sein dürfte, dass die Bank vom Verlust der Kl profitiert („Die Kl habe angenommen, dass ein Gewinn der Bekl eintreten werde, wenn der Euribor unter 2,55 % läge, im umgekehrten Fall aber ein Gewinn der Kl“), hätte wohl auch von einem **Einverständnis der Kl mit dem potenziellen Interessenkonflikt** ausgegangen werden müssen. Ob die Erfolgsaussichten der Kl dadurch geschmälernt werden,<sup>6</sup> dass die Bank selbst die Wettpartnerin der Kl bleibt und die Konditionen sich im Vergleich zu den Interbankenbedingungen zulasten der Kundin verschlechtern, um eine Marge lukrieren zu können, oder die Bank die für die Kundin nachteilig strukturierte Position weiterhandelt und dadurch eine Marge lukriert, darf dabei keine Rolle spielen. Der OGH dürfte sich scheinbar mit dieser Erkennbarkeit deshalb nicht weiter auseinandergesetzt haben, weil es von der Bekl nicht substantiiert bestritten und daher schlüssig zugestanden wurde (Punkt IV.6.).

Die Aufklärungspflicht begründet der OGH im Wesentlichen damit, dass die Bekl im eigenen Interesse die Risikoverteilung des Swap-Geschäfts zuungunsten der Kl verändert habe, um daraus ihre eigene Marge zu lukrieren (Punkt IV.7.). Inhaltlich setzt sich der OGH dabei nicht mit der Kritik von *Karollus*, *Oppitz* und *Reich-Rohrwig* auseinander, die zu Recht darauf hinweisen, dass der negative Marktwert keine verlässl Information über die für den Kunden bestehenden Chancen und Risiken bietet.<sup>7</sup> Diese Information muss daher für den Kunden unerheblich sein. Nicht der negative Anfangswert ist für den Kunden relevant, sondern die eigene Markterwartung und jene der ihn beratenden Bank.

In Punkt IV.11. greift der OGH den Umstand auf, dass der Swap-Vertrag abgeschlossen wurde, um Risiken aus einem bestehenden Kreditvertrag mit einer Drittbank abzusichern. Der OGH hält fest, dass bei der Gestaltung auf den dafür geltenden Tilgungsplan Bedacht genommen worden sei. Aus den zu Beginn wiedergegebenen Feststellungen ergibt sich hingegen, dass der 2011 aufgenommene Kredit über 1,8 Mio € eine Laufzeit von 20 Jahren und eine variable Verzinsung in Höhe des 3M-EURIBOR zuzüglich eines Auf-

<sup>3</sup> Wenngleich der negative Anfangswert nicht gleichzusetzen ist mit dem Netto-Bankertrag, zumal durch die Marge ua auch die Kosten der Bank abgedeckt werden; so auch *Oppitz*, Aktuelle Rechtsfragen des Derivatgeschäfts, ÖBA 2013, 321 ff.

<sup>4</sup> BGH 22. 3. 2011, XI ZR 33/10.

<sup>5</sup> *Lehmann*, Kommunale Swap-Verträge: Wirksamkeit und Beratungspflichten nach neuer BGH-Rechtsprechung, ZBB/JBB 2015, 282 ff.

<sup>6</sup> Dabei ist zu bezweifeln, dass die Erfolgsaussichten überhaupt geschmälernt werden, wie *Karollus*, Aufklärungspflicht über den anfänglichen negativen Marktwert bei strukturierten Finanzprodukten? ÖBA 2013, 306 ff, sowie auch BGH 22. 3. 2016, XI ZR 425/14, verneinen; aA *Dullinger*, Rechtliche Möglichkeiten bei Swap-Geschäften, *ecolex* 2014, 310 ff, und *Wilhelm*, Über Zins-Swapping – das „Tauschen“ von Zinsen, *ecolex* 2012, 280 ff.

<sup>7</sup> *Oppitz*, ÖBA 2013, 321 ff; *Karollus*, ÖBA 2013, 306 ff; *Reich-Rohrwig*, Aufklärungspflichten vor Vertragsabschluss [2015] 444 ff; aA *Dullinger*, *ecolex* 2014, 310 ff; *Wilhelm*, *ecolex* 2012, 280 ff.



schlags von 1,25 % hatte. Der 2012 eingegangene Zinsswap mit einem Anfangsnominale von 1,752.403,75 € sah eine Laufzeit von nur 15 Jahren vor. Die Kl (und Kreditnehmerin) erhielt aus dem Swap von der Bekl den 3M-EURIBOR jedoch ohne Aufschlag. Anders als der BGH setzt sich der OGH nicht näher mit der Frage der Aufklärungspflicht über den negativen Marktwert bei Vorliegen eines konnexen Grundgeschäfts auseinander. Er verweist vielmehr auf das Bestehen eines rechtlich vom Kreditvertrag unabhängigen Swap-Vertrags (und, darauf bezogen, eines eigenständigen Beratungsvertrags), weshalb für ihn das vorliegende Grundgeschäft – in dieser Frage – keine Rolle spielt.

Differenzierter wird dies vom BGH beurteilt (worauf der OGH in Punkt II.1.2. sogar Bezug nimmt). Sofern nach dessen Ansicht bei jener Bank, mit der das Derivatgeschäft abgeschlossen wird, ein **konnexes Kreditgrundgeschäft** (im Wesentlichen müssen die Parameter aufeinander abgestimmt sein) besteht, das durch das Derivat abgesichert werden soll, **muss über den negativen Marktwert nicht aufgeklärt** werden. In einem solchen Fall müsse der Kunde, so der BGH, damit rechnen, dass die Bank als Darlehensgeberin nicht nur mit dem Darlehensgeschäft, sondern auch mit dem Derivatgeschäft eigennützige Interessen verfolgt. Über den durch den negativen Marktwert begründeten Interessenkonflikt sei dann nicht aufzuklären.<sup>8</sup> Diese Beurteilung des BGH hätte der gegenständlich bekl Bank jedoch nicht weitergeholfen, weil sie selbst nicht den mit dem Swap abgesicherten Kredit vergeben hatte. Darlehensverträge mit dritten Darlehensgebern scheiden nach Meinung des BGH als konnexe Grundgeschäfte aus.<sup>9</sup> Dies ist mE jedoch nicht einzusehen. Gerade ein Kunde, der den Swap-Vertrag zur Absicherung eines bestehenden Kreditvertrags bei einer Drittbank abschließt, muss damit rechnen, dass die Bank mit dem Swap-Geschäft eigennützige Interessen verfolgt. Sofern nicht noch weitere Geschäfte bestehen, wäre der Swap-Vertrag die einzige Möglichkeit der Bank, ihre Kosten aus dem Geschäft abzudecken und eine Marge zu lukrieren. Dem Kunden müsste das Eigeninteresse der Bank erkennbar sein.<sup>10</sup>

Der OGH weist die Rechtssache an das ErstG zurück, weil Feststellungen zum **hypothetischen Alternativverhalten** fehlen. Bevor er zu diesem Ergebnis kommt, geht er auf die Behauptungs- und Beweispflicht der Kl zum Eintritt und zur Höhe des behaupteten Schadens sowie zum Kausalzusammenhang ein. Diesen Ausführungen des OGH, die durch zahlreiche Rechtssätze belegt werden, ist beizupflichten.

Hinterfragt werden muss hingegen die offenbar ohne Weiteres bejahte **Kausalität**, zumal für den OGH lediglich noch offen ist, was die Kl *anstelle* des Zinsswaps abgeschlossen hätte. Gegenständlich betrug der negative Marktwert zu Beginn 34,910,80 €. Das scheint auf den ersten Blick ein hoher Verdienst

für die Bank zu sein. Zieht man allerdings in Betracht, dass der Swap einen Anfangsnominalbetrag von 1,752.403,75 € und eine Laufzeit von 15 Jahren hatte, relativiert sich dieser Betrag. Bezogen auf den Anfangsnominalbetrag wären dies lediglich rund 2 % und damit deutlich weniger als die bei Anlagegeschäften oftmals verrechneten Aufschläge.<sup>11</sup> Da es unglaublich gewesen wäre, wenn die Kl im Hinblick auf ihr damaliges Zinsabsicherungsinteresse behauptet, dass sie bei Kenntnis des negativen Marktwerts kein alternatives Geschäft abgeschlossen hätte, wird als hypothetisches Alternativverhalten ein Fixzinskredit mit einem zumindest um 0,2 % geringeren Fixzinssatz angeführt. Diesbezüglich wird im zweiten Rechtsgang interessant sein, zu erfahren, mit welchen Bankspesen ein solcher Wechsel in eine Fixzinsvereinbarung verbunden gewesen wäre und welcher Fixzinssatz der Kl damals tatsächlich angeboten worden wäre. Sollten sich hier ähnlich hohe Spesen und allenfalls ein für die Kl ungünstiger Fixzinssatz als beim Zinsswap ergeben, so wäre die hier unreflektiert unterstellte Kausalität wohl doch zu problematisieren. Hinzu kommt, dass die Kl nach ihrem eigenen Vorbringen von einem Einpreisen des Aufschlags der Bank in den Swap-Satz gewusst hat. Wenn sie in dem Fall dessen Höhe nicht hinterfragt, müsste die Kausalität des schädigenden Verhaltens generell verneint werden.<sup>12</sup>

Christian Lenz

<sup>11</sup> In der vom Fachverband Finanzdienstleister der WKO gem § 75 Abs 8 WAG 2007 durchgeführten Erhebung marktüblicher Entgelte betragen die Ausgabeaufschläge bei Produkten mit hohem Risiko 2–5,5 % des gekauften Anlagevolumens.

<sup>12</sup> BGH 15. 1. 2013, XI ZR 8/12; OLG München 29. 3. 2012, 5 U 216/12.

## Kausalitätsbeweis bei der Prospekthaftung

» ZFR 2018/265

§ ABGB: §§ 1295 ff, § 1323  
KMG: § 11

# OGH 30. 4. 2018, 1 Ob 35/18f – Zurückweisung der aoRev

### Leitsätze (der Redaktion)

1. Prospektmängel müssen für den eingetretenen Schaden kausal sein, dh, die unrichtigen, unvollständigen oder irreführenden Prospektangaben müssen Grundlage der Disposition des Anlegers gewesen sein.
2. Die Beweislast für diesen Kausalzusammenhang trifft den Kl. Beweiserleichterungen (zB durch Anscheinsbeweis) kommen nicht in Betracht.
3. Die Prüfung der Kausalität ist dem Tatsachenbereich zuzuordnen und unterliegt damit nicht der Überprüfung durch den OGH.

<sup>8</sup> BGH 22. 3. 2016, XI ZR 425/14; 20. 2. 2018, XI ZR 65/16; 28. 4. 2015, XI ZR 378/13; 12. 7. 2016, XI ZR 150/15.

<sup>9</sup> BGH 22. 3. 2016, XI ZR 425/14.

<sup>10</sup> Sandquist, Der anfängliche negative Marktwert in der Anlageberatung, AGK 120, 143 ff.