

„zur Besicherung des Übereignungsanspruchs“ (Beilage./C) und nach den Feststellungen des ErstG aufgrund des „familiären Naheverhältnisses“. Bei der Einräumung des Vorkaufsrechts an sie stand deshalb die Eigenschaft der Bekl als zukünftige Gesellschafterin im Vordergrund, womit ein geradezu „klassischer“ Fall der Einlagenrückgewähr gegeben ist, in dem der Gesellschafter gerade aufgrund seiner Gesellschafterstellung einen Vorteil von der Gesellschaft erhält (vgl RIS-Justiz RS0105540, RS0105534).

2. In der bereits erwähnten Entscheidung wies der erkSen – wenn auch ledigl obiter – darauf hin, dass das der Bekl eingeräumte (obligatorische) Vorkaufsrecht, die Liegenschaft zum Einheitswert zu erwerben, wegen Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr nach § 52 AktG nichtig sein könnte, habe es sich dabei doch um eine völlig unübl Bestimmung gehandelt, die ersichtl darauf abzielte, der Bekl als Tochter der Alleinaktionärin einen Vorteil zu verschaffen; die Diskrepanz zwischen dem Einheitswert von 188.004,62 € und dem letztl vereinbarten Kaufpreis von 7,38 Mio € liege auf der Hand. Den Überlegungen des BerufungsG, die Einräumung eines Vorkaufsrechts per se stelle noch keine unzulässige Einlagenrückgewähr dar, vermag sich der erkSen vor diesem Hintergrund nicht anzuschließen:

2.1. Regelmäßig hat der Vorkaufsberechtigte jenen Preis zu bezahlen, den auch der Dritte geboten hat (vgl RIS-Justiz RS0020174; *Apathy* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁵ [2017] § 1077 Rz 1). Für die Frage der Zulässigkeit mit Bezug auf das Verbot der Einlagenrückgewähr ist jedoch maßgebl, ob die AG das Vorkaufsrecht zu gleichen Bedingungen auch einem gesellschaftsfremden Dritten eingeräumt hätte (vgl RIS-Justiz RS0105540 [T8]). Dies ist hier zu verneinen:

Im Ergebnis erhielt die Bekl als zukünftige Aktionärin von der AG ein Vorkaufsrecht eingeräumt, für das sie keinerlei Gegenleistung an die AG zu erbringen hatte. Darüber hinaus waren die Interessen der Gesellschaftsgläubiger insofern verletzt, als sich die AG durch die Einräumung des Vorkaufsrechts in ihren Möglichkeiten, die Liegenschaft zu verkaufen, massiv einschränkte, musste sie doch der Bekl die Liegenschaft zur Einlösung zu einem bestimmten Preis anbieten, der unter dem Verkehrswert liegen konnte. Aus dem Umstand, dass mit einer Einlösung durch die Bekl wohl auch gerechnet werden musste, wenn der vereinbarte Einlösungspreis unter dem Verkehrswert lag, folgt, dass das Grundstück für die AG erhebl weniger wert war als ohne das Vorkaufsrecht: Ohne Vorkaufsrecht hätte sie damit rechnen können, es zum Verkehrswert verkaufen zu können; mit Vorkaufsrecht konnte sie es realistischerweise nur noch zum Einheitswert verkaufen. Bereits dieser drohende Verkauf deutl unter dem Marktwert bedeutete für die Gläubiger der AG einen erhebl Nachteil, zumal es sich bei der Liegenschaft um das einzige nennenswerte Vermögen der AG handelte.

2.2. Grds sind schuldrechtl Austauschbeziehungen zwischen Aktionär und AG nur dann zulässig, wenn der Wert der Leistung der AG durch die Gegenleistung des Gesellschafters abgegolten wird; die Gesellschaft darf also mit ihrem Aktionär nur wie fremdübl, also zum Marktpreis kontrahieren (6 Ob 132/10w; *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG I⁵ § 52 Rz 12; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 52 Rz 24, 32). Bestehen keine Marktpreise, so ist jedenfalls

eine fachgerechte Bewertung nach anerkannten Bewertungsmethoden notwendig (*Artmann* aaO; *Saurer*, aaO Rz 30). Der Vorstand der AG muss sich in diesem Fall im Rahmen eines vertretbaren unternehmerischen Ermessens halten (*Bayer* in *MünchKomm zum Aktiengesetz*⁴ § 57 Rz 49, 58). Es ist also ein „hypothetischer Marktvergleich“ durchzuführen (*Laubert* in *Hölters*, AktG³ § 57 Rz 8).

Außerhalb der Massengeschäfte sind alle zwischen der AG und ihrem Aktionär getätigten Rechtsgeschäfte prima facie verdächtig; es ist genau zu prüfen, ob es sich um ein zulässiges Geschäft zu marktübl Konditionen handelt oder ob an den Aktionär in unzulässiger Weise Leistungen aus dem Vermögen der AG erbracht werden (*Bayer*, aaO Rz 53). Die hier gewählte Konstruktion, in der ein ungewöhnl niedriger Einlösungspreis gewählt wurde, wird den dargestellten Anforderungen – jedenfalls im Zweifel – nicht gerecht: Die Bezugnahme auf den Einheitswert als Einlösungspreis ist unternehmerisch nicht vertretbar, sodass ein sorgfältiger Vorstand ein derartiges Vorkaufsrecht nicht einräumen würde.

2.3. Ob die Einräumung eines Vorkaufsrechts ohne bestimmten Einlösungspreis vertretbar wäre, braucht hier nicht beantwortet zu werden.

2.4. So wie in der E 6 Ob 133/15z geht der erkSen auch in diesem Verfahren davon aus, dass das der Bekl eingeräumte (obligatorische) Vorkaufsrecht, die Liegenschaft zum Einheitswert zu erwerben, wegen Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr nach § 52 AktG nichtig war.

2.5. (...)

3. Infolge Nichtigkeit der ursprüngl Einräumung eines Vorkaufsrechts an die Bekl kann sich diese auch nicht auf die Wiederherstellung des (zwischenzeitig) gelöschten Vorkaufsrechts gem § 66 GBG berufen; das eingetragene Vorkaufsrecht bleibt unwirksam und ist zu löschen, mit dem von der Kaufinteressentin eingeleiteten Strafverfahren hat dies nichts zu tun. Damit verbleibt aber auch für die Anmerkung nach § 66 GBG kein Raum mehr; auch diese ist zu löschen (vgl die ebenfalls zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits ergangenen Grundbuchsentscheidung des OGH 5 Ob 164/16b).

(...)

Bearbeiterin: Anita Gassner

ANLEGERRECHT

Mehrfach fehlerhafte Beratung und Mitverschulden des Anlegers

» ZFR 2018/116

§ ABGB: § 1304

OGH 29. 11. 2017, 1 Ob 112/17b

Leitsatz (der Redaktion)

Bei mehreren Beratungsfehlern kommt eine Minderung des Schadenersatzes nur in Betracht, wenn das sorglose Verhalten des Geschädigten auch in Korrelation zum je-



weiligen Aufklärungsfehler steht. Wäre bei einem bestimmten Beratungsfehler das Investment unterblieben, kommt die Annahme eines relevanten Mitverschuldens daher nur dann in Betracht, wenn dem Anleger vorzuwerfen wäre, dass ihm die Fehlerhaftigkeit (oder Unvollständigkeit) gerade dieser Aufklärung bereits vor/bei Vertragsabschluss auffallen hätte müssen.

Der Kl verfügte im Jahr 2003 aus einem Wohnungsverkauf über einen Geldbetrag von rd 500.000 €, den er veranlagen wollte. Er wandte sich an die bekl Bank, deren Mitarbeiter gegenüber er erklärte, einen gewissen Ertrag, aber auch eine gewisse Sicherheit haben zu wollen. (...) Der kl Anleger investierte schließt im Februar 2004 einen Betrag von 20.000 € in eine (risikoreiche) Anlage („geschlossener Immobilienfonds“), wobei er rechtl die Stellung eines Kommanditisten einer KG erlangte, dessen Kommanditbeteiligung über einen Treuhänder gehalten wurde. (...) Im Rahmen des Beratungsgesprächs war der Kl nicht darüber aufgeklärt worden, dass die bekl Bank über das offengelegte Agio von 5 % des veranlagten Kapitals hinaus eine weitere Provision bezieht. (...) Der kl Anleger beehrte von der bekl Bank an Schadenersatz 14.379,96 €, was der Differenz zwischen den investierten 21.000 € und den Ausschüttungen von 6.620,04 € entspricht, sowie die Feststellung der Haftung der Bekl für alle Schäden aus der Kommanditbeteiligung. (...)

Das BerufungsG, das von beiden Parteien sowie der NI ange-rufen worden war, änderte die erstgerichtl Entscheidung (teilweise) dahin ab, dass es das gesamte Klagebegehren abwies. (...) Es bedürfe keiner Auseinandersetzung mit den von der Bekl und der NI erhobenen – durchaus substantiierten – Beweisrügen, weil das Klagebegehren ausgehend von der vom ErstG getroffenen Negativfeststellung über die hypothetische Alternativveranlagung jedenfalls abzuweisen sei. (...) Damit habe der Kl die Kausalität einer allfälligen Fehlberatung für den behaupteten Schaden nicht unter Beweis gestellt, treffe ihn doch die Behauptungs- und Beweislast nicht nur dafür, dass er bei korrekter Information die Anlageprodukte nicht erworben hätte, sondern auch dafür, wie er sich bei korrekter Information hypothetisch alternativ verhalten und wie sich so sein Vermögen entwickelt hätte. (...)

Aus der Begründung

Die dagegen erhobene Rev des kl Anlegers ist zulässig und mit ihrem Aufhebungsantrag berechtigt. (...) Wenn das ErstG (...) die Negativfeststellung getroffen hat, es könne nicht festgestellt werden, welche Alternativveranlagung der Kl bei ordnungsgemäßer Aufklärung getätigt hätte, weil er selbst keine konkreten Angaben dazu machen konnte, kann daraus – entgegen der Auffassung des BerufungsG – nicht der Schluss gezogen werden, der Kl hätte einen Schaden nicht nachweisen können. Es liegt in der Natur der Sache, dass ein Anleger, dem von seinem Berater eine Vermögensanlage als sicher und renditeträchtig angepriesen wurde und der auf diese Angaben vertraut hat, im Nachhinein

häufig nicht ganz konkret angeben kann, welche andere Vermö-gensanlage er gewählt hätte, wenn er sich nicht für das ihm vor-geschlagene Anlageprodukt entschieden hätte. Im Nachhinein wird er regelmäßig nur in der Lage sein, eine gewisse „Gruppe“ von mögl Anlageprodukten, etwa iS einer bestimmten „Risiko-klasse“, zu nennen, die seinen Anlagezielen entsprochen hätte und aus der er letztl – häufig nach den Empfehlungen des Beraters – ein konkretes ausgewählt hätte. IdS wurde etwa zu 4 Ob 67/12z ausgesprochen, dass es in Fällen, in denen konkrete Angaben des Anlegers und (daher) Feststellungen zur alternativen Veranlagung nur schwer mögl sind, ausreicht, festzustellen, für welche „Anlageart“ sich der Geschädigte bei ordnungsgemä-ßer Beratung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit entschie-den hätte. Maßgebend für den Schadenersatzanspruch sei dann die typische Entwicklung solcher Anlagen, wobei Ausreißer nach oben oder unten unbeachtl wären; ggf könnte auf § 273 ZPO zu-rückgegriffen werden.

Diese Erwägungen treffen nach Auffassung des erkSen auch auf den vorliegenden Fall zu, in dem – jedenfalls im derzeitigen Verfahrensstadium – von den Feststellungen auszugehen ist, nach denen die Anlage dem Kl als „sicher“ beschrieben wurde und er auf diese Angabe vertraut hat und davon ausgegangen ist, es handle sich um einen Teil des sicheren Segments seiner Veranlagung. Auch wenn nun – angesichts der lebens-nahen Aussage des Kl – nicht festgestellt werden konnte, wel-che konkrete Alternativanlage er bei richtiger Beratung gewählt hätte, ist doch der Schluss zwingend, dass er sich für ein An-lageprodukt aus der Gruppe der „sicheren“ Anlagearten ent-schieden hätte. Welche Vermögensanlagen dazu gehören und wie sich diese (im Durchschnitt) entwickelt hätten, wird ggf im fortgesetzten Verfahren mit den Parteien zu erörtern sein. Die Annahme, der Kl habe trotz des eingetretenen Verlusts von (zu-mindest) mehr als einem Viertel seines eingesetzten Kapitals möglicherweise gar keinen Schaden erlitten, ist auf der Basis der Feststellungen unrichtig. Im Rahmen der schadenersatz-rechtl Naturalrestitution könnte – ohne Rücksicht auf die hypo-thetische Entwicklung der angestrebten „Anlageart“ – jeden-falls die „Rückabwicklung“ begehrt werden, weil insoweit ein realer Schaden feststünde. (...)

Zur Frage der Kausalität der der Bekl vorgeworfenen Aufklä-rungsfehler für die Investitionsentscheidung des Kl scheint es den Feststellungen auch an der erforderl Klarheit zu mangeln. So wird einerseits formuliert, er hätte sich gegen das Investment entschieden, wenn er darüber aufgeklärt worden wäre, dass 20% des Eigenkapitals „Weichkosten“ darstellen; ob dies der Fall war, wurde aber nicht geprüft. Andererseits findet sich die Fest-stellung, er hätte das Investment bei Kenntnis „all dieser Um-stände“ (Innenprovision bzw Kick-back-Zahlung, Weichkosten und „Liquiditätsausschüttungen“) nicht getätigt. Schließt wird – im Rahmen der rechtl Beurteilung – ausgeführt, jeder Beratungs-fehler für sich hätte den Kl von diesem Investment abgehalten.

Soweit die RevGegnerin die Auffassung vertritt, es habe gar keine Aufklärungspflicht gegenüber dem Kl als erfahrenem so-wie spekulativem Anleger bestanden, eine ausreichende Auf-



klärung sei durch die Übergabe der Beitrittsunterlagen erfolgt und die vom Kl unterfertigten Beitrittsunterlagen würden Schadenersatzansprüche ausschließen, übergeht sie die Details des hier konkret zu beurteilenden Falls. Nach den Feststellungen wurde nicht etwa bloß eine (ausreichende) Aufklärung des Kl unterlassen. Vielmehr fand eine (aktive) unrichtige Aufklärung statt, präsentierte doch der Mitarbeiter der Bekl dem Kl das Investment unrichtig als „sichere“ Anlage. Da der Kl diesen Angaben Glauben schenkte, bestand für ihn kein Anlass dazu, schon vor seiner bindenden Entscheidung für das Investment die ihm übergebenen Unterlagen nach Anhaltspunkten dafür zu durchsuchen, dass die Angaben des Beraters allenfalls unrichtig sein könnten. Auch der Hinweis der RevWerberin darauf, dass sich eine Vertragspartei regelmäßig nicht darauf berufen kann, die ihr vorliegenden und von ihr unterfertigten Unterlagen nicht gelesen zu haben, kann Schadenersatzpflichten einer Partei nicht verhindern, die unrichtige Angaben über den Inhalt dieser Unterlagen macht, auf die ihr Vertragspartner vertraut. (...)

Auch die Frage eines allfälligen Mitverschuldens des Kl wird erst beantwortet werden können, wenn feststeht, unter welchen konkreten Umständen und nach welchen Informationen durch den Mitarbeiter der Bekl er seine Kommanditbeteiligung gezeichnet hat. Danach ist insb zu beurteilen, ob es ihm als vorwerfbare Nachlässigkeit in eigenen Angelegenheiten anzulasten ist, sich vor dem Vertragsabschluss über die mit der in Aussicht genommenen Vermögensanlage verbundenen Risiken nicht näher informiert zu haben. Gerade bei mehreren Beratungsfehlern ist aber zu beachten, dass eine Minderung des Schadenersatzes nur in Betracht kommt, wenn das sorglose Verhalten des Geschädigten auch in Korrelation zum jeweiligen Aufklärungsfehler steht (vgl etwa 8 Ob 93/14 f, 2 Ob 99/16x). Wäre bei einem bestimmten Beratungsfehler das Investment unterblieben, kommt die Annahme eines relevanten Mitverschuldens schon grds nur dann in Betracht, wenn dem Kl vorzuwerfen wäre, dass ihm die Fehlerhaftigkeit (oder Unvollständigkeit) gerade dieser Aufklärung bereits vor/bei Vertragsabschluss auffallen hätte müssen. (...)

Anmerkung:

1. Der vorliegende Aufhebungs- und Zurückverweisungsbeschluss mutet auf den ersten Blick unscheinbar an. Bei näherer Betrachtung erkennt man jedoch, dass diese Entscheidung für die Rechtsentwicklung im Bereich der Haftung von Anlageberatern und -vermittlern für Aufklärungsfehler essenziell ist. Auch wenn das in der Darstellung nicht besonders hervorgehoben wird, weicht der erste Senat in diesem Beschluss nämlich von der bisherigen Position des OGH zur Frage des **Mitverschuldens eines Anlegers bei mehrfach fehlerhafter Beratung** ab, indem das HöchstG konstatiert: „Gerade bei mehreren Beratungsfehlern ist aber zu beachten, dass eine Minderung des Schadenersatzes nur in Betracht kommt, wenn das sorglose Verhalten des Geschädigten auch in Korrelation zum jeweiligen Aufklärungsfehler steht.“

2. Diese Ansicht belegt der erste Senat einerseits mit einer Entscheidung zur Abschlussprüferhaftung (8 Ob 93/14f)² und andererseits mit der E 2 Ob 99/16x.³ In diesem Teilurteil vertritt der zweite Senat zur aufgeworfenen Problematik jedoch eine **andere Ansicht**. Der Anlegerin wird deshalb ein gleichteiliges Mitverschulden angerechnet, weil sie trotz ihrer wirtschaftl und rechtl Erfahrung als RA die produktbezogenen Anlegerprofile nicht las, in denen ua auf das unternehmerische Risiko des Finanzprodukts und die mögl Verpflichtung zur Rückzahlung der Ausschüttungen hingewiesen wurde. Haftungsansatz ist in 2 Ob 99/16x allerdings nicht die Fehlberatung über die Risikoträchtigkeit des Finanzinstruments oder der sog „**Ausschüttungsschwindel**“,⁴ sondern der Umstand, dass die bekl Bank für ihre Beratungs- und Vermittlungstätigkeit neben dem Agio von 3,5 % auch **verschleierte Innenprovisionen** lukrierte, die der Kl Anlegerin nicht offengelegt wurden.⁵ Zwischen diesem Beratungsfehler und den vom zweiten Senat monierten Sorglosigkeiten der Anlegerin bestand **kein Konnex**, oder – um es mit den Worten des ersten Senats in der vorliegenden Entscheidung zu sagen – **keine Korrelation**. Die zusätzl Entlohnung der Bank in Form von verschleierten Innenprovisionen hätte die Anlegerin weder durch Lektüre der Anlegerprofile in Erfahrung gebracht noch durch ihr Know-how als RA erkennen müssen.

3. Trotz Kritik im Schrifttum⁶ schreibt der OGH die in 2 Ob 99/16x vertretene Ansicht in den E 10 Ob 58/16a⁷ und 7 Ob 95/17x⁸ fort. Haftungsansatzpunkt ist in diesen Entscheidungen ebenfalls das Verschweigen von Innenprovisionen und gleich wie in 2 Ob 99/16x wird die Schadensteilung nach § 1304 ABGB auch in diesen Entscheidungen mit Fahrlässigkeitsvor-

² RdW 2016/184, 255.

³ ZFR 2017/169, 341 (Kepplinger) = JBl 2017, 585 (Dullinger) = ÖBA 2017/2391, 708 (Klausberger/Lenz).

⁴ Zwar stellten die unterinstanzl Gerichte in diesem Verfahren auch Beratungsfehler über die Risikoträchtigkeit der Veranlagung und einen sog „Ausschüttungsschwindel“ fest. Nach Auffassung des OGH waren die darauf gegründeten Ersatzansprüche im Zeitpunkt der Klageeinbringung jedoch bereits verjährt, weil die Anlegerin diese Aufklärungsfehler bereits mehr als drei Jahre vor diesem Zeitpunkt ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung bringen hätte können (Punkt 1.1. der E 2 Ob 99/16x; allg zu den verjährungsrechtl Erkundigungsobliegenheiten eines geschädigten Anlegers zB Schopper, Erkundigungsobliegenheit des Geschädigten und kurze Verjährung nach § 1489 Satz 1 ABGB, ÖBA 2014, 246; krit M. Leitner, Schadenersatzverjährung: Kann aus dem Gesetz eine Nachforschungsobliegenheit abgeleitet werden? ÖJZ 2016, 581).

⁵ Ob der Schaden der Anlegerin auch im Rechtswidrigkeitszusammenhang mit der Pflichtverletzung steht, wird in 2 Ob 99/16x nicht abschließend beurteilt, weil noch nicht festgestellt war, ob die bekl Bank die strittigen Beteiligungen auch dann empfohlen hätte, wenn sie dafür (abgesehen vom offengelegten Ausgabeaufschlag) keine Vergütungen von ihrem Vertriebspartner erhalten hätte (Punkt 2.3.). Dass dieser Umstand mE für die Beurteilung des Rechtswidrigkeitszusammenhangs nicht entscheidend ist, wurde bereits an anderer Stelle dargelegt (Kepplinger, ZFR 2017, 345 ff; ders, ZFR 2017, 605 ff).

⁶ Kronthaler/Schwangler, Über „Innenprovisionen“ und verbotene „Kick-back-Zahlungen“, VbR 2017, 121 (125); Dullinger, JBl 2017, 591; dieselbe, Rechtsfolgen unterlassener Aufklärung über Kick-Back-Provisionen bei der Vermögensanlage, in Leupold, Forum Verbraucherrecht 2017 (2017) 33 (42).

⁷ ZFR 2017/244, 499 (Kepplinger).

⁸ ZFR 2018/217, 238 ff.



würfen hinsichtl anderer Beratungsfehler begründet. In beiden Fällen sieht der OGH die Sorglosigkeiten der Anleger darin begründet, dass sie die produktbezogenen Anlegerprofile bzw die Beitrittserklärung nicht lasen, in denen jeweils auf die wahre Rechtsnatur der Veranlagungen, auf das unternehmerische Risiko und die Gefahr der Rückforderbarkeit der Ausschüttungen hingewiesen wurde.⁹ Als Argument für die Schadensteilung nach § 1304 ABGB führte der OGH in beiden Entscheidungen Kausalitätserwägungen ins Treffen: „Wie ausgeführt, liegt Mitverschulden dann vor, wenn nicht nur der Schädiger, sondern auch der Geschädigte sorglos eine Ursache für den Schadenseintritt setzt. Das Verhalten des Geschädigten muss eine *conditio sine qua non* für den eingetretenen Schaden sein. Es kommt darauf an, welchen Anteil eine Sorglosigkeit des Geschädigten gegenüber eigenen Gütern am Schadenseintritt und nicht an der vom Schädiger konkret zu vertretenden Aufklärungspflichtverletzung hat. Da der Kläger schon beim Durchlesen der Beitrittserklärung leicht hätte erkennen können, dass der Erwerb keinesfalls seinen Vorstellungen entsprach, hat er dadurch einen Beitrag für den Schadenseintritt, nämlich den Erwerb der ungewollten Anlage, geleistet.“¹⁰

4. Diese Begründung ist zwar unter Kausalitätsgesichtspunkten plausibel. Wie bereits an anderer Stelle dargelegt, sind dagegen jedoch unter dem **Aspekt des Mitverschuldenszusammenhangs** Bedenken anzumelden.¹¹ War auch ein sorgloses Verhalten des Geschädigten ursächl für den Eintritt des Schadens, führt dies dennoch nicht zur Schadensteilung nach § 1304 ABGB, wenn die vom Geschädigten verletzte Obliegenheit dem Eintritt des konkreten Schadens nach ihrem **Schutzzweck** nicht vorbeugen wollte.¹² Dieser allgemeine Grundsatz ist auch in Fällen mehrfach fehlerhafter Anlageberatung zu beachten. Hätte der Anleger – wie in 2 Ob 99/16x, 10 Ob 58/16a und 7 Ob 95/17x – auch bei gebotener Lektüre der Beitrittserklärung und der produktbezogenen Anlegerprofile nicht erkannt, dass das ins Auge gefasste Finanzprodukt mit einer verschleierte Innenprovision belastet ist, bewirkt weder das Nichtlesen der Profile noch das unreflektierte Unterschreiben der Beitrittserklärung eine Schadensteilung, wenn der Ersatzanspruch auf dem Verschweigen von Innenprovisionen beruht. Hier fehlt es am Mitverschuldenszusammenhang.¹³

5. Aus diesem Grund ist es zu begrüßen, dass der erste Senat in der vorliegenden Entscheidung dieser Judikaturlinie entgegentritt und betont, dass eine Minderung des Schadenersatzes nur dann in Betracht kommt, wenn ein etwaiges sorgloses Verhalten des Anlegers in eigenen Angelegenheiten auch in **Korre-**

lation zum jeweiligen Aufklärungsfehler steht. „Wäre bei einem bestimmten Beratungsfehler das Investment unterblieben, kommt die Annahme eines relevanten Mitverschuldens schon grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn dem Kläger vorzuwerfen wäre, dass ihm die Fehlerhaftigkeit (oder Unvollständigkeit) gerade dieser Aufklärung bereits vor/bei Vertragsabschluss auffallen hätte müssen.“ Dieser Ansicht ist uneingeschränkt beizupflichten. Es bleibt zu hoffen, dass sich andere Senate in zukünftigen Entscheidungen dieser Ansicht anschließen werden und die gegenteilige Ansicht der E 2 Ob 99/16x, 10 Ob 58/16a und 7 Ob 95/17x in den Hintergrund tritt.

Jakob Kepplinger

Anlageberaterhaftung bei Verschweigen von Innenprovisionen/Mitverschulden des Anlegers

» ZFR 2018/117

§ ABGB: § 1304

OGH 29. 11. 2017, 7 Ob 95/17x

Leitsatz (der Redaktion)

Ein Mitverschulden liegt dann vor, wenn nicht nur der Berater, sondern auch der Anleger sorglos eine Ursache für den Schadenseintritt setzt. Es kommt darauf an, welchen Anteil die Sorglosigkeit des Anlegers am Schadenseintritt und nicht an der vom Berater konkret zu vertretenden Aufklärungspflichtverletzung hat.

Der kl Anleger war jahrelang Mitglied des Vorstands einer AG und Geschäftsführer einer international tätigen GmbH. Er erwarb über Empfehlung der bekl Bank KG-Beteiligungen und zwar am 9. 7. 2004 an der S-GmbH & Co KG um 35.000 € zuzügl eines Agios von 1.750 € und am 16. 12. 2004 an der Sa-GmbH & Co KG um 27.000 € zuzügl eines Agios von 1.350 €. (...) Bei den den beiden Veranlagungen jeweils vorausgegangenen Beratungsgesprächen erklärten die jeweiligen Berater der bekl Bank dem Kl nicht, was ein geschlossener Fonds sei. Sie versicherten dem kl Anleger, dass das Risiko gering sei und wiesen darauf hin, dass es sich um einen Fonds handle, bei welchem mehrere Immobilien konzentriert würden. (...) Ebenso wenig erhielt der kl Anleger Informationen darüber, dass die Bekl zusätzl zum Agio Provisionen für den Verkauf des Produkts erhielt und Kick-back-Zahlungen existierten. (...) Der kl Anleger begehrt die Zahlung von 49.424,47 € sA Zug um Zug gegen die Abgabe des Angebots, der bekl Bank seine Ansprüche betreffend die KG-Anteile abzutreten sowie die Feststellung der Haftung der bekl Bank für alle Ansprüche, die im Zusammenhang mit diesen Beteiligungen gegenüber dem Kl geltend gemacht werden. (...)

⁹ Punkt 3. der E 10 Ob 58/16a und Punkt 10. der E 7 Ob 95/17x.

¹⁰ Wörtl zitiert wird hier Punkt 10.3. der E 7 Ob 95/17x; ganz ähnl auch Punkt 3.2. der E 10 Ob 58/16a.

¹¹ Kepplinger, ZFR 2017, 501 ff (Anm zu 10 Ob 58/16a).

¹² Reischauer in Rummel, ABGB³ II/2a (2007) § 1304 Rz 3; F. Harrer/E. Wagner in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ VI (2016) § 1304 Rz 24; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} (2016) § 1304 Rz 13.

¹³ Insofern im Ergebnis richtig OGH 8 Ob 109/16m ZFR 2017/289, 604 (Kepplinger).