

# Mitverschulden von Anlegern bei mehrfach fehlerhafter Beratung

Zugleich eine Besprechung der Entscheidungen OGH 7 Ob 95/17 x und 1 Ob 112/17 b

In Fällen mehrfach fehlerhafter Anlageberatung entspricht es stRsp, dass jeder Beratungsfehler einen eigenständigen Anspruch begründet, der auch einer autonomen Verjährungsfrist unterliegt. Demgegenüber wird die Frage, unter welchen Voraussetzungen in derartigen Konstellationen ein Mitverschulden des Anlegers vorliegt, vom OGH unterschiedlich beurteilt. Der vorliegende Beitrag zeigt die Widersprüche auf und geht der Frage nach, welcher Judikaturlinie beizupflichten ist.

Von Jakob Kepplinger

## Inhaltsübersicht:

- A. Einführung in die Thematik
- B. Entscheidungsanalysen
  1. OGH 7 Ob 95/17 x
  2. OGH 1 Ob 112/17 b
- C. Beurteilung der Problematik unter Kausalitätsgesichtspunkten
- D. Berücksichtigung von Schutzzweckerwägungen
  1. Die Figur des Mitverschuldenszusammenhangs
  2. Der aus einem Beratungsfehler resultierende (reale) Schaden
  3. Zur Korrelation des sorglosen Verhaltens zum jeweiligen Aufklärungsfehler
  4. Korrelation durch Risikoerhöhung?
  5. Zur Abgrenzung von eigenständigen Beratungsfehlern und ihrer Bedeutung für die gegenständliche Problematik
- E. Fazit und Kritik an der E OGH 7 Ob 95/17 x
- F. Ausblick: Eventualbegründung bei mehreren Haftungsansatzpunkten auf Tatsachenebene

## A. Einführung in die Thematik

Fragen zur Schadenersatzpflicht von Anlageberatern und -vermittlern haben nach wie vor große praktische Bedeutung. Immer wieder entscheiden Gerichte über Sachverhalte, bei denen Anleger Vermögen in riskante Finanzprodukte investierten, in der Folge hohe Verluste erlitten und schlussendlich Schadenersatz von jenen fordern, die ihnen den Erwerb dieser Produkte empfohlen hatten. Als Haftungsgrundlage wird dabei üblicherweise eine unzureichende Information über die Risikoträchtigkeit des jeweiligen Finanzinstruments ins Treffen geführt. Gerade in jüngerer Zeit stützen Anleger ihre Ersatzansprüche darüber hinaus aber häufig auf zusätzliche Beratungsfehler. Wie derartige Fälle verjährungsrechtlich zu beurteilen sind, kann nach breiter Debatte im Schrifttum als geklärt betrachtet werden.<sup>1)</sup> Der OGH geht nunmehr in stRsp davon aus, dass **jeder dieser Fehler einen eigenständigen Anspruch** des Anlegers begründet, der auch einer eigenen Verjährungsfrist unterliegt (sog „Trennungstheorie“ bzw „Trennungsthese“).<sup>2)</sup>

Desiderate bestehen hingegen bei der Frage, unter welchen Voraussetzungen in Konstellationen mehrfach fehlerhafter Anlageberatung ein Mitverschulden des Anlegers in Betracht kommt. Konkret stellt sich hier in einer Vielzahl von Verfahren das Problem, ob der Anleger auch dann einen Teil seines Schadens gem § 1304 ABGB selbst zu tragen hat, wenn er zwar nicht den schlussendlich **haftungsbegründenden Beratungsfehler**, aber einen anderen Aufklärungsfehler erkennen hätte müssen, der – bspw aufgrund des Einwands der Verjährung (§ 1501 ABGB) – keine taugliche Haftungsgrundlage liefert.<sup>3)</sup> Dass dieses Problem einer Untersuchung bedarf, zeigt sich schon allein daran, dass der OGH die aufgeworfene Frage am

1) Vgl zum angesprochenen Diskurs nur *Graf*, Zum Beginn der subjektiven Verjährungsfrist bei mehrfach fehlerhafter Anlageberatung, ÖBA 2015, 624; *Häusler*, Fehlberatung und Verjährung: Wann ist eine Pflichtverletzung „eigenständig“? *ecolex* 2018, 12; *Kodek*, Verjährung von Schadenersatzansprüchen bei Fremdwährungskrediten – ein Denkanstoß, in *Leupold*, Forum Verbraucherrecht 2015 (2015) 71 (83 ff); *M. Leitner*, Schiffs- und Immobilienfonds: Verjährung bei mehreren Beratungsfehlern, *ecolex* 2015, 452; *dens*, „Trennungsthese“ und „gemäßigte Einheitstheorie“ – Kein Widerspruch in der Verjährungs-Rsp des OGH, *ecolex* 2016, 565; *Leupold*, Fehlberatung beim Fremdwährungskredit und Verjährung, VbR 2013, 63; *Liebel*, Die Verjährung von Schadenersatzansprüchen bei Vorliegen mehrerer Aufklärungspflichtverletzungen, ÖBA 2017, 403; *R. Madl*, Sonderverjährungsrecht für Fehlberatung beim Fremdwährungskredit, VbR 2013, 62; *Ch. Rabl*, Verjährung des Ersatzes von Anlegerschäden bei mehreren Beratungsfehlern, VbR 2016, 36; *Wallner*, Nicht auf den Schaden, auf den Anspruch kommt es an. Die verjährungsrechtliche Trennungsthese auf dem Prüfstand, *ecolex* 2016, 372; *Wilhelm*, Schiffsfonds: Verjährt oder nicht verjährt ist nur noch die Frage? *ecolex* 2015, 925.

2) OGH 3 Ob 112/15i ÖBA 2016/2195, 207 (krit *Klausberger/Lenz*); 5 Ob 133/15t EvBl 2017/23 = JBl 2016, 453 = VbR 2016/82 (zust *Kolba*); 6 Ob 153/15s EvBl 2016/87 (*Liebel*) = ÖBA 2016/2268, 755 (krit *R. Madl*); 10 Ob 70/15i ZFR 2017/189 (zust *Kepplinger*) uva.

3) Sprachlich kann zwischen Beratungs- und Aufklärungsfehlern unterschieden werden, je nachdem ob der Anleger durch einen falschen Rat oder eine falsche Auskunft in die Irre geführt wird. Unter einem Rat versteht man eine Erklärung mit Empfehlungscharakter. Im Gegensatz dazu werden dem Anleger bei einer Auskunft (bzw Information) bestimmte Tatsachen wertungsfrei mitgeteilt (s dazu nur *W. Völkl/Cl. Völkl*, Beraterhaftung: [2014] Rz 3/11 ff mwN). Tatsächlich ist der Zweck einer Erklärung in einem späteren Haftpflichtprozess selten Beweisthema und zudem nur schwer rekonstruierbar. Da eine Abgrenzung zwischen Ratschlägen und Auskünften praktisch ohnehin kaum durchführbar ist (*Welser*, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten [1983] 2, 11 f), wird auch im Folgenden nicht zwischen Beratungs- und Aufklärungsfehlern differenziert.

ÖJZ 2018/70

§ 1304 ABGB

OGH 29. 11. 2017, 7 Ob 95/17 x; 29. 11. 2017, 1 Ob 112/17 b

Trennungsthese;  
Mitverschuldenszusammenhang;  
Risikoerhöhung;  
Eventualbegründung

29. 11. 2017 in zwei Entscheidungen jeweils unterschiedlich beurteilte.

## B. Entscheidungsanalysen

### 1. OGH 7 Ob 95/17 x

Im Fall von 7 Ob 95/17<sup>x4)</sup> erwarb der Anleger über Empfehlung eines Mitarbeiters der bekl Bank Beteiligungen an geschlossenen Immobilienfonds, die in der Rechtsform einer GmbH & Co KG nach deutschem Recht emittiert wurden. Der Anleger wurde bei den Beratungsgesprächen in mehrerer Hinsicht unvollständig informiert. Er wurde weder über die Rechtsnatur des Finanzprodukts noch über das einer Kommanditbeteiligung inhärente unternehmerische Risiko aufgeklärt. Ihm wurde verschwiegen, dass die prognostizierten Ausschüttungen von 7,5% p. a. nicht zwingend aus einer Gewinnverteilung herrühren, sodass bei Rückgewährung der Einlage seine Haftung als Kommanditist auflebt (sog „Ausschüttungsschwindel“).<sup>5)</sup> Ebenso wenig erhielt der Anleger Informationen darüber, dass die bekl Bank zusätzlich zum Agio verschleierte Innenprovisionen lukriert.

Hinsichtlich der Anspruchsverjährung folgt der OGH auch in dieser Entscheidung der oben erwähnten Trennungstheorie und konstatiert: „*Ein Anspruch wird – wie der Streitgegenstand – durch die zu seiner Begründung vorgebrachten Tatsachen konkretisiert. Stützt daher der Kläger sein Begehren alternativ auf verschiedene Sachverhaltsvarianten, liegen in Wahrheit zwei Ansprüche vor, die auch verjährungsrechtlich getrennt zu behandeln sind.*“ Auf dieser Grundlage prüft der erste Senat den Beginn der kenntnisabhängigen Verjährungsfrist des § 1489 Satz 1 ABGB für jeden Beratungsfehler (als eigenständige Haftungsgrundlage) gesondert und gelangt dabei – unter Annahme relativ weitgehender Erkundigungsobliegenheiten des Anlegers – zum Zwischenfazit, dass am Tag der Klageeinbringung bloß jene Ersatzansprüche noch nicht verjährt waren, die aus dem Verschweigen der Innenprovision resultieren.<sup>6)</sup>

Bei der Subsumtion unter § 1304 ABGB setzt das Höchstgericht diese **differenzierte Betrachtung** allerdings nicht fort. Vielmehr führt der siebte Senat in diesem Kontext aus, dass sich ein relevantes Mitverschulden des Anlegers nicht auf den schlussendlich haftungsbegründenden Beratungsfehler über den Erhalt von Innenprovisionen beziehen müsse. Eine Schadenseintragung nach § 1304 ABGB sei stets dann zu bejahen, wenn diesem die Unrichtigkeit der Beratung hätte auffallen müssen. In casu erblickt der OGH darin eine Sorglosigkeit des Anlegers in eigenen Angelegenheiten, dass dieser das **produktbezogene Anlegerprofil nicht las** und auch die Beitrittserklärung unbesehen unterzeichnete. Als langjähriges geschäftsführendes Organ einer AG und einer GmbH hätte der Kl der Beitrittserklärung entnehmen müssen, dass es sich beim gegenständlichen Finanzprodukt in Wahrheit um eine Kommanditbeteiligung handelt. Durch Lektüre des vorgelegten Anlegerprofils hätte er zudem die mögliche Verpflichtung zur Rückzahlung von Ausschüttungen und das Totalverlustrisiko erkennen müssen. „*Sein Verhalten im Zusammenhang mit dem Erwerb der Beteiligun-*

*gen war damit ebenfalls kausal für den Schaden, der schon im Erwerb einer nicht gewünschten Anlage besteht, wobei von einem 50%igen Mitverschulden auszugehen ist, was zur Abweisung der Hälfte des Zahlungsbegehrens [...] zu führen hat.*“

### 2. OGH 1 Ob 112/17 b

Im B 1 Ob 112/17<sup>b7)</sup> vertritt der OGH eine **andere Ansicht**. Auch in diesem Fall unterliefen einem Mitarbeiter der bekl Bank mehrere Beratungsfehler. Der Kl Anleger wurde einerseits nicht hinreichend über das Totalverlustrisiko der später gezeichneten Kommanditbeteiligungen aufgeklärt. Andererseits wurde er nicht darüber informiert, dass die bekl Bank neben dem offengelegten Agio von 5% des zu veranlagenden Kapitals von der Emittentin auch eine verdeckte Innenprovision erhält. Welche haftungsrechtlichen Konsequenzen diese Beratungsfehler nach sich ziehen, konnte der erste Senat noch nicht beurteilen, weil Feststellungen zur Kausalität und zur Schadenshöhe fehlten. Ebenso wenig konnte die Frage nach einer etwaigen Schadenseintragung nach § 1304 ABGB beantwortet werden, weil noch nicht festgestellt war, unter welchen konkreten Umständen und nach welchen Informationen der Anleger die Kommanditbeteiligung tatsächlich zeichnete.

Der erste Senat überband dem Berufungsgericht im **Aufhebungs- und Zurückverweisungsbeschluss** im Hinblick auf das fortgesetzte Verfahren jedoch folgende Rechtsansicht: „*Gerade bei mehreren Beratungsfehlern ist zu beachten, dass eine Minderung des Schadenersatzes [gem § 1304 ABGB] nur in Betracht kommt, wenn das sorglose Verhalten des Geschädigten auch in Korrelation 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.*“<sup>8)</sup> Diese Position steht in diamet-

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

5) Vgl dazu die in casu anzuwendende Bestimmung des § 172 Abs 4 dHGB sowie die korrespondierende Regelung des § 172 Abs 3 UGB; allgemein zu Begriff und Bedeutung des sog „Ausschüttungsschwindels“ bspw M. Leitner, Der Ausschüttungsschwindel in der Rsp des OGH, *ecolex* 2017, 105.

6) Ob diese Haftung dem Grunde nach zu Recht besteht, macht das Höchstgericht davon abhängig, ob der im Erwerb der nicht gewünschten Anlage liegende Schaden vom Rechtswidrigkeitsszusammenhang der verletzten Pflicht zur Offenlegung der Innenprovisionen erfasst ist. Dies wäre nicht der Fall, wenn der Mitarbeiter der bekl Bank die gegenständliche Beteiligung auch empfohlen hätte, wenn die Bank von ihrem Vertriebspartner keine „verschleierte“ Innenprovision erhalten hätte (ebenso davor bereits OGH 2 Ob 99/16 x ZFR 2017/169 [krit *Kepplinger*] = JBl 2017, 588 [krit *Dullinger*] = ÖBA 2017/2391, 708 [im Ergebnis zust *Klausberger/Lenz*]; 10 Ob 58/16 a ZFR 2017/244 [Kepplinger]; 8 Ob 109/16 m ZFR 2017/289 [krit *Kepplinger*]). Da Feststellungen zu dieser Frage fehlten, wurde die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen. Dass und weshalb dieser Auffassung mE nicht zu folgen ist, habe ich zuletzt in der oben zitierten Anm zur E 8 Ob 109/16 m dargelegt, auf die hier verwiesen werden kann.

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

8) Als Beleg für diese Ansicht führt der erste Senat einerseits die E 8 Ob 93/14 f (ÖBA 2016/2182, 64) ins Treffen, in der das Höchstgericht konstatiert: „Eine Minderung der Haftung des Schädigers wegen Nichtbeachtens von Warnungen und Hinweisen durch den Geschädigten kommt nicht in Betracht, wenn sich nur andere als jene Risi-

ralem Widerspruch zur oben referierten Position des siebten Sen. Fraglich ist somit, welcher Auffassung beizupflichten ist.

### C. Beurteilung der Problematik unter Kausalitätsgesichtspunkten

Der siebte Sen beurteilt das Mitverschulden vorwiegend unter Kausalitätsgesichtspunkten. Bei dieser Betrachtungsweise leuchtet es prima vista ein, wenn das Höchstgericht deshalb eine Schadensteilung nach § 1304 ABGB bejaht, weil dem Anleger die Beratungsfehler über die Rechtsnatur des Finanzprodukts, dessen Risikoträchtigkeit und der „Ausschüttungsschwindel“ bei Lektüre der Beitrittserklärung und des produktbezogenen Anlegerprofils auffallen hätten müssen. Der Konnex zum haftungsbegründenden Verschweigen der Innenprovision besteht darin, dass sich der Anleger bei Kenntnis dieser Umstände nicht für den Erwerb der Kommanditbeteiligung entschieden und folglich auch durch die unterlassene Offenlegung der Innenprovision keinen Nachteil erlitten hätte. Schließlich kommt man durch einen Beratungsfehler nur dann zu Schaden, wenn man aufgrund des fehlerhaft gebildeten Willens eine **irrtumsbehaftete Disposition** trifft.<sup>9)</sup> Wäre dem Anleger die Fehlberatung bzgl der Rechtsnatur des Finanzinstruments, dessen Risikoträchtigkeit usw aufgefallen, hätte er die Kommanditbeteiligung nicht gezeichnet und damit keine irrtumsbehaftete Disposition getroffen. Daher war die genannte Sorglosigkeit des Anlegers **conditio sine qua non für den Schaden**, der darin liegt, dass er ein Finanzprodukt erwarb, das mit einer unerwünschten Innenprovision belastet ist. Da der Anleger durch eigenes sorgloses Verhalten eine Bedingung für den Eintritt dieses Schadens gesetzt hat, liegt der Schluss nahe, dass er diesen Nachteil mit der Bank verhältnismäßig zu tragen hat.

### D. Berücksichtigung von Schutzzweckerwägungen

#### 1. Die Figur des Mitverschuldenszusammenhangs

Bedenken begegnet die Schadensteilung nach § 1304 ABGB allerdings im Lichte des Mitverschuldenszusammenhangs.<sup>10)</sup> Wird infolge der Übertretung einer Norm ein anderer geschädigt, so stellt sich das Problem des sachlichen Rechtswidrigkeitszusammenhangs; nämlich die Frage, ob die übertretene Norm den eingetretenen Schaden verhindern wollte. Die Frage nach dem **Mitverschuldenszusammenhang** betrifft das spiegelbildliche Problem auf der Seite des Geschädigten. Wollte die vom Geschädigten verletzte Obliegenheit dem Eintritt des konkreten Schadens nicht vorbeugen, so ist sie für die Anrechnung von Mitverschulden ohne Relevanz. Dies wirft die Frage auf, worin der Schaden eines fehlerhaft oder unvollständig beratenen Anlegers liegt.

#### 2. Der aus einem Beratungsfehler resultierende (reale) Schaden

Nach stRsp tritt der reale Schaden des Anlegers bei einer fehlerhaften Anlageberatung bereits durch den Er-

werb der nicht gewünschten Vermögenswerte ein.<sup>11)</sup> Der Nachteil liegt dabei freilich **nicht in einer „abstrakten Ungewolltheit“** des Finanzprodukts, sondern darin, dass die Veranlagungsform eine Eigenschaft aufweist, über die der Anleger im Rahmen des Beratungsgesprächs nicht hinreichend bzw falsch aufgeklärt wurde.<sup>12)</sup> Wird dem Anleger zB das bestehende Totalverlustrisiko verschwiegen und hätte er das jeweilige Finanzprodukt bei Offenlegung dieser Eigenschaft nicht erworben, so liegt der reale Schaden darin, dass er entgegen seiner Erwartung eine risikoträchtige Veranlagung hält.<sup>13)</sup> Äußert ein Anlageinteressent den Wunsch nach einem Finanzprodukt, bei dem er das Geld jederzeit „herausnehmen kann“, und erwirbt er infolge unrichtiger Beratung eine langfristige Kapitalanlage, so ist der reale Schaden darin zu sehen, dass er gegen sein Ansinnen eine zeitlich gebundene Veranlagung hält.<sup>14)</sup>

Damit zeigt sich, dass jeder wirtschaftlich eigenständige Beratungsfehler auch zum Eintritt eines getrennt zu betrachtenden realen Schadens führt. Folglich erleidet ein Anleger bei mehrfach fehlerhafter Anlageberatung **mehrere reale Schäden**. Dass diese allesamt ausgeglichen werden, wenn das Wertpapiergeschäft via „Naturalrestitution“ schadenersatzrechtlich rückabgewickelt wird,<sup>15)</sup> steht dieser Betrachtung nicht entgegen. Schließlich werden auch durch den Austausch (§ 932 Abs 2 bzw § 933 a Abs 2 ABGB) einer in mehrererlei Hinsicht mangelhaften Sache mehrere reale Schäden beseitigt.<sup>16)</sup> →

ken, vor denen gewarnt wurde, verwirklicht haben.“ Andererseits zitiert der erste Sen in diesem Zusammenhang die E OGH 2 Ob 99/16x ZFR 2017/169 (Kepplinger) = JBl 2017, 588 (Dullinger) = ÖBA 2017/2391, 708 (Klausberger/Lenz). Gegenstand dieser Entscheidung war – wie bereits erwähnt – die Schadenersatzpflicht einer Bank wegen Verschweigens von Innenprovisionen. Hinsichtlich dieser Haftung bejahte der zweite Sen ein gleichteiliges Mitverschulden der KI (einer Rechtsanwältin), weil sie die ihr mehrfach vorgelegten produktbezogenen Anlegerprofile nicht las, in denen auf die mögliche Verpflichtung zur Rückzahlung der Ausschüttungen hingewiesen wurde. Da zwischen einem „Ausschüttungsschwindel“ und dem Verschweigen von Innenprovisionen kein Konnex besteht, liegt diese Entscheidung eigentlich auf der Linie des siebten Sen, die oben (Pkt B.1.) dargestellt wurde.

- 9) *Welser*, Rat 4f; *A. Reich-Rohrwig*, Aufklärungspflichten vor Vertragsabschluss (2015) 650 ff; *Kepplinger*, Eigenhaftung von Vertragsgehilfen für fehlerhafte Beratung (2016) 28 f.
- 10) Siehe dazu sowie zum Folgenden nur *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II/2a<sup>2</sup> (2007) § 1304 Rz 3; *F. Harter/E. Wagner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB VI<sup>4</sup> (2016) § 1304 Rz 24; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> (2016) § 1304 Rz 13.
- 11) Vgl aus der stRsp bspw OGH 8 Ob 66/14 k EvBl 2015/25 (*Leupold*) = VbR 2014/118 (*Buder*) = SZ 2014/70; 3 Ob 44/15 i ecolex 2015/354 (*Graf*); 1 Ob 118/16 h ecolex 2017/168; 6 Ob 118/16 w ZFR 2017/288 (*Ruhm*); weitere Nachw in RIS-Justiz RS0129706.
- 12) *M. Leitner*, ecolex 2015, 453 mit Judikaturnachw; aA *Graf*, ÖBA 2015, 625 f, der davon ausgeht, dass der reale Schaden eines Anlegers pauschal darin liege, dass „die betreffende Anlage nicht den Präferenzen des Anlegers entspricht“; diesem zust *Ch. Rabl*, VbR 2016, 37.
- 13) Siehe dazu nur Pkt 3. der E OGH 7 Ob 95/17 x: Die Verletzung der Pflicht zur Aufklärung über das Totalverlustrisiko führt dazu, dass der Anleger einen Schaden erleidet, der darin liegt, dass er eine risikobehaftete Anlageform erworben hat, die die von ihm gewünschten Eigenschaften nicht erfüllt, weil die Gefahr des Totalverlusts besteht („Primärschaden“).
- 14) So in jüngster Zeit OGH 2 Ob 133/16 x ZFR 2018/31 (*Kepplinger*); vgl zu dieser Entscheidung auch *Kronthaler/Schwangler*, Mitverschulden bei der Anlageberatung im Zusammenhang mit Kommanditbeteiligungen, Zak 2018, 9.
- 15) Vgl zur Bedeutung des Begriffs der Naturalrestitution iZm dem Ersatz von Schäden eines Anlegers noch unten Pkt F.
- 16) Siehe zur Parallele zum „Mangelschadenersatzanspruch“ bereits *M. Leitner*, ecolex 2015, 453.

### 3. Zur Korrelation des sorglosen Verhaltens zum jeweiligen Aufklärungsfehler

Dass ein Anleger bei einer Pluralität an Beratungsfehlern mehrere reale Schäden erleidet, ist auch bei der Prüfung des Mitverschuldenszusammenhangs zu beachten. Wie gezeigt, stellt sich hier die Frage, ob die Verletzung der Obliegenheit dem Eintritt des konkreten Schadens vorbeugen will oder nicht. Hätte dem Anleger ein bestimmter Beratungsfehler (um beim zuletzt genannten Beispiel zu bleiben – das Verschweigen des Totalverlustrisikos) auffallen müssen, verfolgt „das Gesollte“<sup>17)</sup> aber **nicht den Zweck**, jenem Schaden vorzubeugen, der aus einem **anderen Aufklärungsfehler** (etwa über die Bindungsdauer des Finanzprodukts) resultiert. Aus diesem Grund ist die Ansicht des ersten Sen überzeugender als jene des siebten. Eine Minderung des Schadenersatzes nach § 1304 ABGB ist nur dann zu bejahen, wenn das sorglose Verhalten des Geschädigten in **Korrelation zu einem haftungsbegründenden Aufklärungsfehler** steht.<sup>18)</sup>

### 4. Korrelation durch Risikoerhöhung?

Fraglich ist allerdings, wie der erforderliche sachliche Konnex ausgestaltet sein muss. Zum Parallelproblem auf der Ebene des Rechtswidrigkeitszusammenhangs vertritt der OGH eine weite Auffassung und **lässt** insofern eine **Risikoerhöhung genügen**.<sup>19)</sup> Der jeweilige Schaden soll schon dann im Rechtswidrigkeitszusammenhang eines Beratungsfehlers liegen, wenn die Wahrscheinlichkeit seines Eintritts durch den Fehler erheblich erhöht wurde.<sup>20)</sup> Zahlreiche Fälle der angeprochenen Judikaturlinie liegen so, dass ein Anleger durch die Insolvenz der Emittentin zu Schaden kam, die auf fehlende Konzessionen oder (zum Teil gerichtlich strafbare) Malversationen ihrer Organe zurückzuführen war. Haftungsansatzpunkt war nicht ein Verschweigen des allgemeinen Insolvenzrisikos, über das grundsätzlich nicht aufzuklären ist, sondern falsche Angaben zu möglichen Kursverlusten der jeweiligen Wertpapiere.

Der OGH führte dazu aus: Hat sich ein Anlagerisiko verwirklicht, vor dem der Berater mangels Erkennbarkeit nicht warnen musste, so ist der Rechtswidrigkeitszusammenhang mit einer aus anderen Gründen mangelhaften Beratung dennoch zu bejahen, wenn diese Beratung und die darauf beruhende Veranlagung die **Wahrscheinlichkeit** der Verwirklichung des tatsächlich eingetretenen Risikos **nicht bloß unerheblich erhöhten**.<sup>21)</sup> Sichert der Anlageberater dem Anleger die Risikolosigkeit (und uU auch eine fixe Basisverzinsung) zu und erwirbt der Anleger in Wahrheit ein risikoträchtiges Finanzprodukt, erhöht sich dadurch auch das Risiko, dass der Anleger durch die Insolvenz der Emittentin zu Schaden kommt, sodass der erlittene Nachteil im Rechtswidrigkeitszusammenhang der Fehlberatung über die Risikoträchtigkeit des Finanzprodukts liegt.<sup>22)</sup>

Folgt man dieser Auffassung, ist der Gedanke der Risikoerhöhung **auch bei** der Prüfung der spiegelbildlichen Thematik des **Mitverschuldenszusammenhangs zu beachten**. Hätte dem Anleger die Unrichtig-

keit einer bestimmten Auskunft des Beraters auffallen müssen, hat er jedenfalls jenen Schaden mit dem Berater verhältnismäßig zu tragen, der unmittelbar aus dieser Fehlberatung resultiert. Gleiches gilt aber auch für jene Schäden, deren Eintritt sich durch den erkennbaren Beratungsfehler erheblich erhöht hat. Damit ist auf der Ebene des Mitverschuldenszusammenhangs der Frage nachzugehen, ob der jeweilige reale Schaden ein verbundenes Risiko oder ein **Folgerisiko** jenes Beratungsfehlers bildet, den der Anleger erkennen hätte müssen.

### 5. Zur Abgrenzung von eigenständigen Beratungsfehlern und ihrer Bedeutung für die gegenständliche Problematik

Die aufgeworfene Frage ist einfacher zu beantworten als vermutet, weil der OGH nur dann von getrennt zu behandelnden Beratungsfehlern ausgeht, wenn es sich bei den einzelnen Versehen bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise tatsächlich um eigenständige, den geltend gemachten Anspruch begründende Pflichtverletzungen handelt.<sup>23)</sup> Besteht zwischen einer Fehlinformation über eine bestimmte Eigenschaft des Finanzprodukts und einem Beratungsfehler über eine andere Eigenschaft desselben Produkts ein **sachlicher Konnex**, nimmt der OGH eine **einheitliche Pflichtverletzung** an. So sieht der siebte Sen zB in einer fehlerhaften Information über die Kündigungsmöglichkeit (nämlich, dass die Veranlagung nicht nach zehn Jahren „automatisch ausläuft“, sondern nach zehn Jahren erstmals gekündigt werden kann) keinen eigenständigen Beratungsfehler. Diese unzutreffende Information sei

17) Vgl zu diesem Ausdruck nur *Reischauer in Rummel*, ABGB § 1304 Rz 3.

18) So bereits *Kepplinger*, ZFR 2017, 501 ff; *Dullinger*, JBI 2017, 591; *dies*, Rechtsfolgen unterlassener Aufklärung über Kick-Back-Provisionen bei der Vermögensanlage, in *Leupold*, Forum Verbraucherrecht 2017 (2017) 33 (42); vgl auch *Kronthaler/Schwangler*, Über „Innenprovisionen“ und verbotene „Kick-back-Zahlungen“ – Zugleich eine Besprechung von OGH 2 Ob 99/16x, VbR 2017, 121 (125).

19) Siehe dazu nur die Darstellung der einschlägigen Judikatur bei *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> (2015) 272f.

20) OGH 4 Ob 62/11 p EvBl 2011/146 (*Völk*) = *ecolex* 2011/311 (*Graf*) = ÖBA 2011/1759 (*Ramharter*) = wbl 2012/12 (*van Hussen*); 4 Ob 50/11 y ÖBA 2011/1760, 898; 4 Ob 70/11 i *ecolex* 2012/82 (*Wilhelm*) = ÖBA 2013/1899, 202 (*Oppitz*); 4 Ob 67/12 z JBI 2012, 788 (*Dullinger*); 3 Ob 220/12 t *ecolex* 2013/165 (*Wilhelm*); 3 Ob 209/13 a *ecolex* 2014/83 (*Wilhelm*) = ÖBA 2014/2032, 538 (*Wendehorst*); 6 Ob 229/14 s ZFR 2015/235 (*Wolffbauer*); wohl zu Recht restriktiver *Wendehorst*, Anlageberatung, Risikoauflklärung und Rechtswidrigkeitszusammenhang, ÖBA 2010, 562 (570 ff); dagegen jedoch 4 Ob 62/11 p (Pkt 4.5.).

21) RIS-Justiz RS0127012.

22) Nachw oben in FN 20.

23) Statt vieler OGH 3 Ob 112/15 i ÖBA 2016/2195, 207 (*Klausberger/Lenz*); 5 Ob 133/15 t VbR 2016/82 (*Kolba*); 6 Ob 118/16 w ZFR 2017/288 (*Ruhm*); 10 Ob 70/15 i ZFR 2017/189 (*Kepplinger*); aus dem Schrifttum zB *Ch. Rabl*, VbR 2016, 37; *R. Madl*, ÖBA 2016, 760: „Weist die unterbliebene Aufklärung über einen Umstand einen engen inhaltlichen Bezug zu einer ebenfalls unterbliebenen oder fehlerhaften Aufklärung über einen anderen Umstand auf, rechtfertigt es dieser Zusammenhang, beide Aufklärungsfehler zu einem einheitlichen Beratungsfehler zusammenzufassen“; krit *Häusler*, *ecolex* 2018, 14, und *Liebel*, ÖBA 2017, 407: „Insbesondere die Aussage des OGH, dass es gerechtfertigt sei, mehrere Aufklärungsfehler zu einem einheitlichen Beratungsfehler zusammenzufassen, wenn diese einen engen inhaltlichen Bezug zu einander aufweisen, weicht den Gedanken der getrennten Verjährung aber erheblich auf und verstellt zudem den Blick auf die wesentlichen Grundsätze der Aufklärungspflichten.“

bloß Ausfluss der Fehlberatung über die Rechtsnatur des Finanzprodukts. Wäre der Anleger darüber aufgeklärt worden, dass er in Wahrheit eine Kommanditbeteiligung zeichnet, hätte er auch über das Erfordernis einer Kündigung Bescheid gewusst, weil sich dieses aus der Natur einer Kommanditbeteiligung ergäbe.<sup>24)</sup>

Dass der OGH überhaupt nur dann von getrennt zu beurteilenden Beratungsfehlern ausgeht, wenn zwischen den jeweils offenzulegenden Eigenschaften des Finanzprodukts kein Zusammenhang besteht, erleichtert die Beantwortung der oben aufgeworfenen Frage nach einem **etwaigen – durch Risikoerhöhung begründeten – sachlichen Konnex**. Ein wirtschaftlicher Zusammenhang wäre nämlich Grundvoraussetzung dafür, dass das (Nicht-)Vorliegen einer bestimmten Eigenschaft das Folgerisiko eines anderen Beratungsfehlers bildet. Da der OGH zur Frage, wann getrennt zu behandelnde Beratungsfehler vorliegen, die dargestellte restriktive Position einnimmt, bleibt für eine – durch Risikoerhöhung begründete – Korrelation zwischen dem sorglosen Nichterkennen einer bestimmten Eigenschaft durch den Anleger und einem Beratungsfehler hinsichtlich einer anderen Eigenschaft des Finanzprodukts **kein Raum**. Bei Bestehen eines solchen wirtschaftlichen Zusammenhangs würde der OGH nämlich von vornherein von einem einheitlichen Beratungsfehler und damit auch von einem einheitlichen Schadenersatzanspruch ausgehen. Ein sorgfaltswidriges Nichterkennen dieses Beratungsfehlers durch den Anleger führt jedenfalls dazu, dass dieser einen Teil seines Schadens selbst zu tragen hat.

### E. Fazit und Kritik an der E OGH 7 Ob 95/17 x

Resümierend ist festzuhalten, dass der Position des ersten Sen in 1 Ob 112/17 b beizupflichten ist: Bei mehreren Beratungsfehlern kommt eine Minderung des Schadenersatzes nach § 1304 ABGB aufgrund von Schutzweckerwägungen nur dann in Betracht, **wenn das sorglose Verhalten des Geschädigten auch in Korrelation zum jeweiligen Aufklärungsfehler** und dem daraus resultierenden realen Schaden steht. Dass sich dieser Konnex aus einer Risikoerhöhung ergibt, ist grundsätzlich auszuschließen, weil der OGH bei einem entsprechenden sachlichen Konnex von einer einheitlichen Pflichtverletzung ausginge. Im Lichte der restriktiven Ansicht der Rsp zur Frage, wann eigenständige Beratungsfehler vorliegen, ist auch der zweiten Aussage in 1 Ob 112/17 b uneingeschränkt zu folgen: Wäre bei einem bestimmten Beratungsfehler das Investment unterblieben, kommt die Annahme eines relevanten Mitverschuldens nur dann in Betracht, wenn dem Kl vorzuwerfen wäre, dass ihm die **Fehlerhaftigkeit** (oder Unvollständigkeit) **gerade dieser Aufklärung** bereits vor oder bei Vertragsabschluss **auffallen hätte müssen**.

Insgesamt zeigt sich damit, dass im Fall der E 7 Ob 95/17 x die besseren Gründe gegen eine Schadensteilung nach § 1304 ABGB gesprochen hätten.<sup>25)</sup> Haftungsbe gründend war in casu das Verschweigen von Innenprovisionen. Dem Anleger wurde von der vermittelnden Bank nicht offengelegt, dass sie zusätzlich zum Agio dem zu veranlagenden Kapital entnommene Innenprovisionen lukriert. Als Sorglosigkeit in eigenen Angele-

genheiten wurde dem Anleger vorgeworfen, dass er trotz langjähriger Tätigkeit als Vorstandsmitglied einer AG sowie als Geschäftsführer einer GmbH das produktbezogene Anlegerprofil nicht las und die Beitrittserklärung unreflektiert unterzeichnete, in denen auf die tatsächliche Rechtsnatur des Finanzprodukts, die drohende Verpflichtung zur Rückzahlung von Ausschüttungen und auf das Totalverlustrisiko hingewiesen wurde. Von den verschleierte Innenprovisionen hätte der Anleger jedoch weder durch Lektüre der Beitrittserklärung noch des produktbezogenen Anlegerprofils erfahren. Damit verfolgte das vom Anleger verlangte Verhalten **nicht den Zweck, jenem Schaden vorzubeugen**, der darin besteht, dass er ein Finanzinstrument hält, bei dem ein Teil des zu veranlagenden Kapitals an die vermittelnde Bank abfloss, sodass dieser Betrag erst durch eine Wertsteigerung der Kommanditbeteiligung „hereingeholt“ werden muss, bevor er mit der Beteiligung insgesamt einen Gewinn erzielt. Zwischen dem haftungsbegründenden Beratungsfehler und den für den Anleger erkennbaren Aufklärungsfehlern bestand **keine Korrelation**. Die Sorglosigkeit des Anlegers hätte daher aufgrund fehlenden Mitverschuldenszusammenhangs bei der Frage, ob der Anleger den genannten Schaden mit der Bank gem § 1304 ABGB verhältnismäßig zu tragen hat, außer Betracht bleiben sollen.<sup>26)</sup>

### F. Ausblick: Eventualbegründung bei mehreren Haftungsansatzpunkten auf Tatsachenebene

Schwieriger gestaltet sich die Problematik, wenn aufgrund einer mehrfach fehlerhaften Beratung eine echte **Anspruchskonkurrenz** (Realkonkurrenz) vorliegt.<sup>27)</sup> In 7 Ob 95/17 x war das nicht der Fall, weil der siebte Sen die Ansicht des OLG Wien bestätigte, wonach am Tag der Klageeinbringung bloß jene Ersatzansprüche noch nicht verjährt waren, die aus dem Verschweigen der Innenprovision resultieren.<sup>28)</sup> Anders gestaltet sich

24) Pkt 6 der E OGH 7 Ob 95/17 x. Das Unterbleiben einer Aufklärung über „Weichkosten“ stellt nach 6 Ob 118/16 w keinen vom Verschweigen des Totalverlustrisikos abgrenzbaren Aufklärungsfehler dar, weil erhebliche „Weichkosten“ die Werthaltigkeit des Investments beeinflussen (krit *Häusler*, *ecolex* 2018, 14). In 6 Ob 193/15 y (ÖBA 2016/2203, 289) geht der OGH davon aus, dass selbst ein „Ausschüttungsschwindel“ (zum Begriff oben Pkt B.1.) kein eigenständiger, von der Belehrung über das Totalverlustrisiko abgrenzbarer Beratungsfehler sei (zu Recht krit *Wallner*, Gott wird die Seinen schon erkennen, *ecolex* 2016, 467 [467 ff]). In 6 Ob 118/16 w (Pkt 1.3.2.) erachtet der OGH jedoch auch die gegenteilige Ansicht des Berufungsgerichts als vertretbar.

25) Gleiches gilt auch für die E 2 Ob 99/16 x (vgl dazu die Kritik von *Dullinger*, *JBl* 2017, 591) und die E 10 Ob 58/16 a (vgl dazu die Kritik von *Kepplinger*, *ZFR* 2017, 501 ff).

26) Aus den genannten Gründen verneinte der OGH in 8 Ob 109/16 m (ZFR 2017/289, 604 [*Kepplinger*]) zu Recht ein Mitverschulden des geschädigten Anlegers: „Für ein Mitverschulden des Klägers im Hinblick auf den auf das Unterbleiben der Aufklärung über die Innenprovision gestützten Schadenersatzanspruch bestehen im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte: Nach dem Sachverhalt war in den Unterlagen, die der Kläger beim Vertragsabschluss von der Beklagten erhielt, kein Hinweis auf die hier gegenständliche Innenprovision enthalten.“

27) Allgemein zu Begriff und Bedeutung einer Anspruchs- bzw Realkonkurrenz zB *Rechberger/Simotta*, *Zivilprozessrecht*<sup>9</sup> (2017) Rz 446 ff; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger*, *ZPO*<sup>4</sup> (2014) Vor § 226 Rz 21; *Geroldinger* in *Fasching/Konecny*, *ZPO*<sup>3</sup> III/1 (2017) Vor § 226 Rz 39 f (mit anschaulicher Abgrenzung zur Anspruchsgrundlagenkonkurrenz).

28) Siehe dazu schon B.1.

die Situation allerdings dann, wenn im Verfahren mehrere (für den Erwerb des Finanzprodukts jeweils kausale) Beratungsfehler festgestellt werden und keiner der daraus resultierenden Ersatzansprüche verjährt ist. Diese Ansprüche beruhen jeweils auf einem eigenständigen Verhaltensunrecht des Beraters, sodass eine echte Anspruchs konkurrenz besteht.

Zwar stellt die Summe der Beratungsfehler wohl häufig einen einheitlichen Lebenssachverhalt dar;<sup>29)</sup> doch geht die hA in Österreich von einem zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff (Klagebegehren und Klagegrund) in Form der **Theorie vom „rechtserzeugenden Sachverhalt“** aus.<sup>30)</sup> IS dieser These scheint es konsequent, wenn der OGH<sup>31)</sup> jeden Beratungsfehler als „Sachverhaltsvariante“ und damit als **eigenständigen Klagegrund** qualifiziert, weil jeder Fehler für sich betrachtet anspruchsbegründend und damit rechtserzeugend ist.<sup>32)</sup>

Sind die einzelnen Ersatzansprüche klagbar, konkurrieren sie miteinander grundsätzlich real, weil der Anleger auf ihrer Grundlage idR ein und denselben Sachantrag geltend macht.<sup>33)</sup> Das Leistungsbegehren in Anlegerverfahren zielt üblicherweise darauf ab, dass dem Anleger Zug um Zug gegen Rückübertragung der Wertpapiere der zu deren Erwerb gezahlte Kaufpreis abzüglich erhaltener Zinsen bzw Dividenden zurückgezahlt wird.<sup>34)</sup> Aufgrund eines einheitlichen Sachantrags können die Ersatzansprüche, die sich aus den einzelnen Beratungsfehlern ergeben, **nicht als Haupt- und Eventualbegehren iES gereiht** werden. Dies ist aus Sicht des

Anlegers deshalb problematisch, weil es durchaus sein kann, dass ihn hinsichtlich eines Beratungsfehlers der Vorwurf einer Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten trifft, während dies bei anderen Beratungsfehlern (die er im Verfahren gar nicht vorbringen hätte müssen) nicht der Fall ist. Führt er im Verfahren alle Beratungsfehler ins Treffen, beugt er zwar einem drohenden Verjährungseinwand der bekP bestmöglich vor. Zugleich handelt er sich allerdings die Gefahr ein, dass ihm hinsichtlich eines haftungsbegründenden Beratungsfehlers ein Mitverschulden angelastet wird und er daher gem § 1304 ABGB einen Teil des Schadens selbst zu tragen hat. Schließlich scheint bei echter Anspruchs konkurrenz auf der Ebene der Schadensteilung nach dieser Bestimmung eine Gesamtbetrachtung angezeigt, bei der sämtliche Zurechnungsgründe (betreffend sämtliche Ansprüche) auf Seiten des Schädigers und des Geschädigten abzuwägen sind. Ist dem Anleger hinsichtlich eines Beratungsfehlers (zB bzgl der verschwiegenen Innenprovisionen) keine Sorglosigkeit vorzuwerfen und trifft ihn hinsichtlich eines anderen – ebenfalls vorgebrachten und festgestellten – Beratungsfehlers (zB bzgl des verschwiegenen Totalverlustrisikos) ein 50%iges Mitverschulden, scheint daher in Summe eine Schadensteilung im Verhältnis 1:3 zulasten des Beraters gut vertretbar.

Abhilfe könnte hier aus Sicht des Anlegers eine sog **„Eventualbegründung“** schaffen, deren Zulässigkeit aus der zweigliedrigen Streitgegenstandstheorie (Klagebegehren und Klagegrund iS des rechtserzeugenden Sachverhalts) folgt.<sup>35)</sup> Bei einer Eventualbegründung bleibt zwar der Sachantrag unverändert. Die im Klagebegehren zum Ausdruck kommenden Rechtsfolgen werden aber auf unterschiedliche Sachverhaltsbehauptungen gestützt. Auf diesem Weg wird es wohl möglich sein, **real konkurrierende Schadenersatzansprüche**, die jeweils auf anderen Pflichtwidrigkeiten und damit auf anderen Haftungsansatzpunkten beruhen, in einer **Klage gestaffelt auszuführen**.<sup>36)</sup>

Damit dürfte es aus Sicht des Anlegers hinreichend sein, den Sachantrag auf Naturalrestitution im obigen Sinn primär auf einen solchen Beratungsfehler zu stützen, den er vor oder bei Erwerb der Beteiligung gewiss nicht erkennen hätte können. Dringt er mit dieser **„Hauptbegründung“** durch, hat sich das Gericht mit den anderen Beratungsfehlern nicht näher auseinanderzusetzen.<sup>37)</sup> Daher bleibt auch eine etwaige Sorglo-

29) Ch. Rabl, VbR 2016, 38. Anderes gilt freilich dann, wenn zwischen Anleger und Berater mehrere Beratungsgespräche stattfinden und festgestellt werden kann, welcher Beratungsfehler an welchem Tag erfolgte. Dies kommt nur dann in Betracht, wenn die Pflichtwidrigkeit in der Erteilung falscher Informationen und nicht in einem Unterlassen liegt.

30) Vgl aus der überwiegenden Rsp nur OGH 1 Ob 2123/96 d (verst-Sen) SZ 70/69; 4 Ob 79/99t EvBl 1999/189; 4 Ob 52/14 x SZ 2014/40; 8 ObA 61/15 a RdW 2016/266; RIS-Justiz RS0037419: „Der im Prozess geltend gemachte Anspruch, also der Streitgegenstand, ist nicht ident mit dem materiell-rechtlichen Anspruch. Das Gericht entscheidet im Prozess nicht über das Privatrechtsverhältnis als solches, sondern über ein aus dem Privatrechtsverhältnis abgeleitetes Begehren. Der prozessuale Begriff des Streitgegenstandes wird durch das Klagebegehren und den rechtserzeugenden Sachverhalt bestimmt“; s aus dem Schrifttum zB *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts<sup>2</sup> (1990) Rz 1155 ff; *Hackl*, Mehrfach eingebrachte Anlegerklagen – ein prozessualer Stolperstein für die Gerichte? – Zugleich eine Besprechung von 5 Ob 7/11 g, ÖJZ 2012, 101 (103); *Deixler-Hübner*, Der Streitgegenstand – ein schillernder Begriff, ÖJZ 2015, 245 (246 ff); anschaulich zum Meinungsstand *Geroldinger in Fasching/Konecny*, ZPO<sup>3</sup> Vor § 226 Rz 51 f.

31) OGH 10 Ob 70/15 i; 10 Ob 57/16 d; 2 Ob 99/16 x; 10 Ob 58/16 a; 8 Ob 109/16 m; vgl dazu auch bereits das wörtliche Zitat aus der E 7 Ob 95/17 x unter Pkt B.1.

32) So auch *Liebel*, ÖBA 2017, 408 ff, und *R. Madl*, ÖBA 2016, 760: „Es geht nicht darum, ob ein und derselbe Sachverhalt die Tatbestände mehrerer anspruchsbegründender Rechtssätze erfüllt, die nebeneinander zur Anwendung gelangen, sondern es sind verschiedene anspruchsbegründende Sachverhalte zu beurteilen.“

33) Siehe zum Begriff der echten Anspruchs- bzw Realkonkurrenz bereits oben im Text sowie die Nachw in FN 27.

34) Vgl dazu nur die in den E OGH 6 Ob 118/16 w, 8 Ob 109/16 m und 7 Ob 95/17 x wiedergegebenen Klagebegehren; s ferner RIS-Justiz RS0129706: „Der ‚Naturalersatz‘ ist beim Anlegerschaden eine besondere Form des Geldersatzes. [...] Dem Anleger gebührt grundsätzlich ein Anspruch auf ‚Naturalersatz‘ in der Form, dass ihm Zug um Zug gegen Übertragung der Wertpapiere der zu deren Erwerb gezahlte Kaufpreis abzüglich erhaltener Zinsen bzw Dividenden zurückzuzahlen (Ankaufsfall) bzw der entgangene Verkaufserlös zu ersetzen ist (Verkaufsfall). Im Allgemeinen ist zudem die Entwicklung der gewünschten alternativen Veranlagung zu berücksichtigen.“

35) *Geroldinger in Fasching/Konecny*, ZPO<sup>3</sup> § 227 Rz 51, Rz 70 ff.

36) Die Problematik real konkurrierender Ersatzansprüche ist bislang – soweit ersichtlich – in der Lehre noch kaum behandelt worden. Wenn überhaupt, findet man im schadenersatzrechtlichen Schrifttum bloß Ausführungen zur Anspruchsgrundlagenkonkurrenz (vgl zu dieser bspw *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht [1997] I<sup>9</sup> Rz 17/5).

37) *Geroldinger in Fasching/Konecny*, ZPO<sup>3</sup> § 227 Rz 70; OGH 3 Ob 5/16 f JBl 2016, 601: „Der Kläger machte unterschiedliche rechtserzeugende Tatsachen (Klagegründe) geltend, wobei jeder für sich dem einheitlichen Urteilsbegehren insgesamt zum Erfolg führen soll. Das entspricht einer zulässigen, sogenannten kumulierten Klagenhäufung (RIS-Justiz RS0037814; 4 Ob 154/12 v SZ 2012/106). [...] Dabei ist es gleichgültig, ob die zweite Begründung nur als Hilfsbegründung (7 Ob 202/62) oder gleichrangig geltend gemacht wird. Im erstgenannten Fall liegt eine Eventualklagenhäufung vor, im zweiten Fall aber auch eine solche, bei der die Reihenfolge der Erledigung dem Gericht nur dann vorgeschrieben ist, wenn der Wille des Kl, dass das Gericht zuerst über den einen und dann erst über den anderen von ihr behaupteten Klagegrund absprechen solle, ei-

sigkeit des Anlegers bzgl der anderen Beratungsfehler außer Betracht, weil sie mit dem primär geltend gemachten Ersatzanspruch in keiner Korrelation stehen. Dringt der Anleger mit dem als Hauptbegründung vorgebrachten Beratungsfehler und dem daraus resultierenden Ersatzanspruch – zB aufgrund eines berechtigten Verjährungseinwands – nicht durch, muss das Gericht die anderen (als Eventualbegründung vorgebrachten) Beratungsfehler zum Prozessgegenstand erheben, wobei wohl auch hinsichtlich dieser weiteren Fehler eine Staffelung in Eventualbegründungen erfolgen kann. So kann der Anleger in einem Haftpflichtprozess mehrere Aufklärungsfehler vorbringen, ohne die Gefahr zu vergrößern, dass er einen Teil des Schadens gem § 1304 ABGB selbst zu tragen hat. Zugleich

kann er einem etwaigen – auf Verletzung von Erkundigungsobliegenheiten gestützten – Einwand der Verjährung großräumig vorbeugen.

nem prozessual gehörig gestellten Antrag entnommen werden kann“; vgl aber auch die E 4 Ob 169/02k EvBl 2002/214 = SZ 2002/104. In dieser Entscheidung betont der OGH, dass dem Kl kein Rechtsmittel offenstehe, wenn sich das Gericht nicht an die vorgegebene Reihung hält und die Eventualbegründung zum primären Verfahrensgegenstand erhebt. Begründet wird dies damit, dass dem Begehren des Kl ohnehin auf Basis der Eventualbegründung stattgegeben wurde. Dies mag für diesen Fall zutreffen, weil der Kl durch ein solches Urteil nicht beschwert ist. ME zu weit geht jedoch der zusätzliche Hinweis, wonach die Bezeichnung eines Vorbringens als Eventualvorbringen nicht mehr als eine unverbindliche Anregung an das Gericht sei. Ausf zu beiden Entscheidungen *Geroldinger in Fasching/Konecny*, ZPO<sup>3</sup> § 227 Rz 73 ff; zum deutschen Recht *Becker-Eberhard in Krüger/Rauscher*, MünchKomm ZPO<sup>15</sup> (2017) § 260 Rz 20.

### → In Kürze

Bei mehreren Beratungsfehlern kommt eine Minderung des Ersatzanspruchs eines Anlegers nach § 1304 ABGB nur in Betracht, wenn sein sorgloses Verhalten in Korrelation zum jeweiligen Aufklärungsfehler steht. Wäre bei einem bestimmten Beratungsfehler das Investment unterblieben, kommt die Annahme einer Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten nur dann in Betracht, wenn dem Anleger vorzuwerfen ist, dass ihm die Fehlerhaftigkeit gerade dieser Aufklärung bereits vor oder bei Vertragsabschluss auffallen hätte müssen.

### → Zum Thema

#### Über den Autor:

Dr. Jakob Kepplinger war von 2011 bis 2016 Univ.-Ass. am Institut für Zivilrecht der JKU Linz und ist nunmehr Rechtsanwaltsanwärter in der Kanzlei Beurle/Oberndorfer/Mitterlehner. Kontaktadresse: Landstraße 9, 4020 Linz.

Tel: +43 (0)732 771 653 37, E-Mail: Jakob.Kepplinger@bom.at

#### Vom selben Autor erschienen:

Eigenhaftung von Vertragsgehilfen für fehlerhafte Beratung (2016); Schadenersatzverjährung bei Haftung für fremdes

Verhalten, ÖJZ 2016, 629; Haftungsfragen bei Delegation ärztlicher Tätigkeiten an Nichtärzte, RdM 2016, 216 (gem mit *Riss*); Die „Vermögensopfertheorie“ im Lichte des ErbRÄG 2015, ZFS 2017, 3; Zur Governance-Struktur von Privatstiftungen nach der PSG-Novelle 2017, ZFS 2017, 144 (gem mit *Oberndorfer*); Zur Bedeutung des VbVG für die zivilrechtliche Repräsentantenhaftung, JBl 2017, 634 (1. Teil) und 711 (2. Teil).

#### Literatur:

*Dullinger*, Rechtsfolgen unterlassener Aufklärung über Kick-Back-Provisionen bei der Vermögensanlage, in *Leupold*, Forum Verbraucherrecht 2017 (2017) 33; *Graf*, Zum Beginn der subjektiven Verjährungsfrist bei mehrfach fehlerhafter Anlageberatung, ÖBA 2015, 624; *M. Leitner*, Schiffs- und Immobilienfonds: Verjährung bei mehreren Beratungsfehlern, *ecolex* 2015, 452; *ders.*, „Trennungsthese“ und „gemäßigte Einheits-theorie“ – Kein Widerspruch in der Verjährungs-Rsp des OGH, *ecolex* 2016, 565; *Liebel*, Die Verjährung von Schadenersatzansprüchen bei Vorliegen mehrerer Aufklärungspflichtverletzungen, ÖBA 2017, 403; *Ch. Rabl*, Verjährung des Ersatzes von Anlegerschäden bei mehreren Beratungsfehlern, *VbR* 2016, 36.



# Die Haftung der rechtsberatenden Berufe im Spiegel der Rechtsprechung I/2017<sup>1)</sup>

## Rechtsanwälte und Notare

Der folgende Beitrag setzt die umfangreiche Übersicht der haftungsrelevanten Rechtsprechung im Beobachtungszeitraum (bis 31. 12. 2017) fort. Wie schon in den vorangegangenen Artikeln dieser Reihe wird nicht nur die österr Rechtsprechung dargestellt, sondern, soweit hier möglicherweise von Bedeutung, auch die des dBHG.

Von Evelyn und Wolfgang Völkl

### Inhaltsübersicht:

- A. Allgemeines zur Anwaltshaftung
  1. Aufklärung
  2. Vergleiche

1) Siehe auch *Völkl/Völkl*, Die Haftung der rechtsberatenden Berufe im Spiegel der Rechtsprechung II/2017, ÖJZ 2018, und *Völkl/Völkl*, Die Haftung der rechtsberatenden Berufe im Spiegel der Rechtsprechung III/2017, ÖJZ 2018 (in Vorbereitung).

ÖJZ 2018/71

§ 1299 ABGB

Haftung der  
Rechtsanwälte;  
Haftung der No-  
tare;  
Vermögens-  
schäden