



fallende Kosten aufzuklären. Das Wechselkurs- und Zinsänderungsrisiko ist durch eine grafische Darstellung der Kursentwicklung und ein Rechenbeispiel zu verdeutlichen (siehe auch die Aufklärungspflichten in § 8 Abs 8 HIKrG). Allgemein treffen das Kreditinstitut gem Abs 5 leg cit aktive Erläuterungspflichten, damit der Verbraucher den Vertrag im Hinblick auf seine Bedürfnisse und wirtschaftl Lage beurteilen kann. Auf Altverträge (§ 29 VKrG) und Verträge mit Unternehmern (§ 2 Abs 1 VKrG iVm § 1 Abs 1 Z 1 KSchG) ist das VKrG aber nicht anwendbar.

Allgemeine Hinweise zum Umfang der Aufklärung enthalten die FMA-Mindeststandards zu Fremdwährungskrediten (FMA-FXTT-MS), die seit 1. 6. 2017 in Kraft sind (hierzu *Wolfbauer*, ZFR 2017, 308). Diese beziehen sich auf **Nichtbanken** iSd § 2 Z 22 BWG und damit auf Unternehmer- und Verbraucherkredite (Rz 2). Gem Rz 31 FMA-Mindeststandards ist vorab über die Hauptmerkmale des Fremdwährungskredits zu informieren, einschließt der spezifischen Auswirkungen auf den Kreditnehmer. Die Information muss nach Auffassung der FMA schriftlich, transparent, verständlich und nachvollziehbar dargestellt sein. Der Kreditnehmer muss dadurch in der Lage sein, den Vertrag dahin gehend zu beurteilen, ob er seinen Bedürfnissen und seiner finanziellen Situation entspricht. Für Fremdwährungskredite mit Verbrauchern sind weitergehende Informationspflichten vorgesehen (Rz 40 ff), wobei Verbraucher iSd Mindeststandards auch selbstständig Erwerbstätige und freiberufl Tätige sein können (Rz 3). Die FMA-Mindeststandards sind (soweit sie über gesetzl Verpflichtungen hinausgehen) rechtsunverbindl und ihre Einhaltung kann daher auch von der FMA nicht unmittelbar durch Zwangsmaßnahmen durchgesetzt werden. Sie geben bloß die Rechtsansicht der FMA zu den Sorgfaltspflichten eines ordentl und gewissenhaften Geschäftsleiters gem § 39 BWG wieder. Sie sind aber mittelbar rechtl relevant, weil sie als Grundlage der aufsichtsrechtl Beurteilung dienen; und auch zivilrechtl können die Mindeststandards relevant sein, wenn sie üblicherweise von einem ordentl und gewissenhaften Geschäftsleiter befolgt werden und damit den objektiven Sorgfalsmaßstab abbilden. De facto indizieren Verstöße wohl Sorgfalswidrigkeit.

Außerhalb des Anwendungsbereiches des VKrG verlangte der OGH hingegen (sowohl bei Unternehmer- als auch Verbraucherkrediten) geringere Aufklärungspflichten. Nach stRsp sind die Sorgfalts- und Aufklärungspflichten des KI eine Frage des Einzelfalls (RS0106373). Es besteht keine allgemeine Rechtspflicht, den Geschäftspartner über alle Umstände aufzuklären, die auf seine Entscheidung irgendeinen Einfluss haben könnten (8 Ob 60/15d). Insb wirtschaftl Erwägungen liegen in der Sphäre des Bankkunden (zB 4 Ob 2/08k). Bei Fremdwährungskrediten ist anerkannt, dass eine vorvertragl Aufklärungspflicht bezüglich des Währungs- und Zinsrisikos besteht (8 Ob 66/12g [ZFR 2014, 37]; 6 Ob 153/15s [ZFR 2016, 440]; 8 Ob 60/15d [ZFR 2016, 495]; zB *Bollenberger* in *Apathy/Iro/Koziol* Rz 1/34). An den Umfang der Aufklärungspflicht wurden aber durchwegs unterschiedl Anforderungen gestellt: In der Rs 8 Ob 66/12g (ZFR 2014, 37) hat der OGH nur „eine **kurze Erklärung** [gegenüber dem Ver-

braucher gefordert], welche konkreten Folgen Änderungen des Wechselkurses oder des ausländischen Zinsniveaus [...] haben würden“. In 6 Ob 153/15s (ZFR 2016, 440) wurde hingegen auf die „**ausführliche Aufklärung** [des Verbrauchers] über das Währungs- und Zinsrisiko [...] und] das Risiko der Entwicklung (Performance) des gewählten Ansparplans“ abgestellt. Im Einzelfall könne aber auch eine Erklärung über einen veränderten Rückzahlungsbetrag aufgrund von Wechselkursschwankungen genügen (8 Ob 60/15d) bzw die Aufklärung bei besonders kundigen Kreditnehmern nahezu gänzl entfallen (3 Ob 187/15v: zu einem privaten Kredit eines Rechtsanwalts). In der jetzt vorliegenden Entscheidung ist das KI nach Auffassung des OGH seinen Aufklärungspflichten (gegenüber einem Unternehmer) über das Wechselkurs- und Zinsrisiko und den **spekulativen Charakter** des Kredits durch Anführung von **Modellrechnungen** nachgekommen.

Innerhalb des Anwendungsbereiches des VKrG bzw des HIKrG bestehen konkrete Aufklärungspflichten. Außerhalb des Anwendungsbereiches (Altfälle bzw Unternehmerkredite) lassen sich aus der Judikatur hingegen keine generellen Kriterien zum Umfang der vorvertragl Aufklärungspflicht ableiten. Insb scheint der OGH keine bewusste Trennung zwischen Verbraucher- und Unternehmerkrediten vorzunehmen. So genügte in manchen Entscheidungen nur eine geringe Aufklärung des Verbrauchers; umgekehrt wurde im vorliegenden Fall der Inhalt der vorvertragl Aufklärungspflicht gegenüber einem Unternehmer durch Bezugnahme auf Modellrechnungen zum Teil an das vom VKrG vorgeschriebene Informationsniveau angenähert. Es scheint daher, dass Altfälle – anders als nach neuer Rechtslage – nicht strenger beurteilt werden als andere vom Anwendungsbereich des VKrG ausgeschlossene Fremdwährungskredite mit Unternehmern.

Mona Philomena Ladler

## Hollandfonds: Haftung der Bank bei Verschweigen der Innenprovision/Mitverschulden des Anlegers/Verjährung

» ZFR 2017/244

§ ABGB: §§ 1304, 1489

# OGH 18. 5. 2017, 10 Ob 58/16a

### Leitsätze (der Redaktion)

1. Da sich die Verjährung auf den jeweils geltend gemachten Anspruch bezieht, der – wie der Streitgegenstand – durch die zu seiner Begründung vorgebrachten Tatsachen konkretisiert wird, liegen dann, wenn der KI sein Begehren alternativ auf verschiedene Sachverhaltsva-



rianten stützt, mehrere Ansprüche vor, die auch verjährungsrechtlich getrennt zu beurteilen sind.

2. Der Anlageberater hatte den Anleger bereits vor Inkrafttreten des WAG 2007 auf ihm von dritter Seite zufließende Provisionen hinzuweisen, wenn der Anleger – etwa wegen der Verrechnung eines Ausgabeaufschlags durch den Berater – nicht mit solchen (weiteren) Zahlungen und der damit verbundenen Gefahr einer Interessenkollision rechnen musste.

Der kl Anleger erwarb am 20. 1. 2003 über Vermittlung des bekl Bankunternehmens bzw dessen Mitarbeiters eine Kommanditbeteiligung an der deutschen KG „D GmbH & Co KG“ (im Folgenden: nur „KG“) im Nominale von (...). Zwischen der NI und der bekl Bank bestand eine Vertriebsvereinbarung, nach der die Bekl von der NI eine Einmalprovision für die Vermittlung von Kommanditbeteiligungen an der KG erhielt.

Der kl Anleger begehrt mit der am 26. 9. 2013 eingebrachten Klage (...) Schadenersatz und bringt zusammengefasst vor, er sei fehlerhaft bzw nicht darüber aufgeklärt worden, dass er Anteile an einer KG nach deutschem Recht erworben habe, dass das Risiko des Totalverlusts bestehe und dass es sich bei den halbjährlichen Auszahlungen um Liquiditätsausschüttungen und nicht um Erträge der KG handle. Er sei auch nicht über die – neben dem Agio von 36.000 € – der bekl Bank zustehende Innenprovision (...) aufgeklärt worden.

### Aus den Entscheidungsgründen

#### I. Zur Rev der bekl Bank und der NI

##### 1. Allgemein zur Verjährung von Anlegerschadenersatzansprüchen aus einer Fehlberatung

###### 1.1. (...)

1.2. Da sich die Verjährung auf den jeweils geltend gemachten Anspruch bezieht, der – wie der Streitgegenstand (RIS-Justiz RS0039255) – durch die zu seiner Begründung vorgebrachten Tatsachen konkretisiert wird, liegen dann, wenn der Kl sein Begehren alternativ auf verschiedene Sachverhaltsvarianten stützt, mehrere Ansprüche vor, die auch verjährungsrechtlich getrennt zu beurteilen sind (3 Ob 112/15i mwN). Aus diesem Grund ist auch in Anlegerhaftungsfällen die Verjährung für jeden Beratungsfehler getrennt zu beurteilen, wenn bei mehreren spezifischen Risiken jeweils eine gesonderte Verletzung von Aufklärungspflichten in Betracht kommt (3 Ob 112/15i ÖBA 2016, 207 [Klausberger/Lenz]; 5 Ob 133/15t VbR 2016, 122 [Kolba]). Nach 5 Ob 133/15t setzt eine gesonderte Prüfung voraus, dass der behauptete Beratungsfehler tatsächl eine eigenständige, den geltend gemachten Anspruch begründende Pflichtverletzung bildet. An dieser Auffassung („Trennungsthese“) hat zuletzt auch der 10. Senat des OGH in ausf Auseinandersetzung mit krit Anmerkungen im Schrifttum festgehalten (10 Ob 70/15i mwN; ebenso 2 Ob 99/16x). Es besteht kein Grund, davon wieder abzugehen.

##### 2. Verletzung der Pflicht zur Aufklärung über die Rückforderbarkeit von Ausschüttungen und die Möglichkeit eines Totalverlusts

2.1. Es steht fest, dass der kl Anleger vom Berater nicht darüber aufgeklärt wurde, dass die Ausschüttungen, die er erhält, aus gesellschaftsrechtl Gründen allenfalls zurückzuzahlen sind.

Es kann dahingestellt bleiben, ob über das Risiko des Totalverlusts und der „Ausschüttungsschwindel“ gesondert aufzuklären gewesen wäre, da die darauf gestützten Schadenersatzansprüche jedenfalls verjährt sind.

2.2. Im vorliegenden Fall war für den Kl nach Zeichnung der Anlageform bereits mit Erhalt der am 24. 1. 2003 übersandten Beitrittsbedingungen objektiv erkennbar, dass ein Totalverlustrisiko besteht. Dass er subjektiv der Ansicht war, dieses Risiko nachträgl durch Streichung in den Beitrittsbedingungen abbedingen zu können, kann ihm im gegebenen Zusammenhang nicht zugutekommen.

2.3. Auch ein auf einen etwaigen Beratungsfehler über den Charakter der Ausschüttungen und deren möglicherweise gegebene Rückforderbarkeit gestützter Schadenersatzanspruch ist verjährt.

2.3.1. Die dreijährige Verjährungsfrist nach § 1489 ABGB beginnt nach dem Wortlaut des Gesetzes mit Kenntnis von Schaden und Schädiger. Kennenmüssen reicht daher grundsätzlich nicht aus (RIS-Justiz RS0034366 [T3, T6]). In gewissem Umfang wird aber dann eine Erkundigungsobliegenheit angenommen (RIS-Justiz RS0034686 [T12]), wenn der Geschädigte die für die erfolversprechende Anspruchsverfolgung notwendigen Voraussetzungen ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung bringen kann (RIS-Justiz RS0034524 [T21]; RS0034366 [T20]). (...)

2.3.2. Nach der Rsp (8 Ob 135/10a ecolex 2012, 480 [Wilhelm]) kann sich der Anleger nicht darauf berufen, dass er ihm übersandte Mitteilungen, aus denen sich weitere Erkundigungsobliegenheiten ergeben, nicht gelesen habe. Maßgebend ist danach der Zugang solcher Mitteilungen (3 Ob 112/15i), nicht deren konkrete Kenntnisnahme. Anderes gilt allerdings in Bezug auf übersandte Geschäftsberichte, wenn der Anleger keinen Grund zu Misstrauen gegenüber dem Berater und zu Nachforschungen hatte (10 Ob 39/11z ZFR 2012, 85 [Bayer] = ÖBA 2013, 278 [Madl 282]).

2.3.3. An dieser Rsp wurde festgehalten (so etwa 10 Ob 39/11z und 2 Ob 99/16x). Anleger, die ihnen übermittelte Unterlagen ignorieren und damit jede Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten vermissen lassen, sollen nicht besser gestellt sein als solche, die diese Unterlagen lesen. Das gilt jedenfalls dann, wenn es sich dabei nicht um umfangreiche Geschäftsberichte handelte, zu deren genauer Lektüre ein Anleger aufgrund der Umstände des Einzelfalls bei Fehlen von Anhaltspunkten für eine Fehlberatung keinen Anlass hatte.

2.4. Im vorliegenden Fall steht fest, dass der Kl vor seiner Anlageentscheidung bereits als Gesellschafter an einer KG beteiligt war und Aufsichtsratsfunktionen in mehreren Gesellschaften ausgeübt hat. (...) Nach den bisherigen Feststellungen



gen hat er bei seiner Anlageentscheidung die sich aus einer Kommanditbeteiligung ergebenden Steuervorteile in Anspruch nehmen wollen, er hat aus den ihm in Papierform zugesandten Beitrittsbedingungen (nochmals) entnommen, es handle sich um eine Kommanditbeteiligung, und hat später an Abstimmungen über Änderungen der Gesellschaftsverträge teilgenommen. (...) Da ihm schon 2003 das jeder Kommanditbeteiligung inhärente Totalverlustrisiko aus den Beitrittsbedingungen objektiv bekannt geworden war (und sein Berater dieses Risiko auf Rückfrage hin zu verharmlosen versucht hatte), hätte er im eigenen Interesse die Frage nach der Entwicklung seiner Beteiligungen stellen und zu diesem Zweck die ihm übersandten Grundlagen-, Geschäfts- und Treuhandberichte sowie Schreiben der Treuhandgesellschaft lesen müssen. In diesen wurde jeweils darauf hingewiesen, dass es sich bei den Liquiditätsausschüttungen nicht um Kapitalverzinsungen handle und die Ausschüttungen keine Gewinne, sondern „steuerneutral“ seien. Der Kl hat diese Schreiben aber nur „überflogen“. Hätte er sich näher damit auseinandergesetzt, hätte er aufgrund seiner Vorerfahrungen auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts ableiten können, dass er nicht nur das Risiko des Totalverlusts seiner Einlage trug, sondern dass er uU auch zur Rückzahlung von Ausschüttungen verpflichtet sein könnte, wenn diese Ausschüttungen zulasten des Kapitalkontos erfolgt sein sollten.

2.5. Damit begann die dreijährige Verjährungsfrist in Bezug auf den aus der Nichtaufklärung über die mögl Rückforderung von Ausschüttungen abgeleiteten Schadenersatzansprüche bereits ab Erhalt der ersten Grundlagen-, Geschäfts- und Treuhandberichte zu den zweimal jährl Liquiditätsausschüttungen, somit spätestens 2004. (...)

### 3. Zur Pflicht zur Aufklärung über den Erhalt einer Innenprovision

#### 3.1. (...)

3.2. Zur Frage, ob der Berater bzw die Beraterbank zum Zeitpunkt der Beratung (§ 39 WAG 2007 BGBl I 2007/60 war noch nicht anwendbar) bei zusätzl zum Agio lukrierten (verdeckten) Innenprovisionen Aufklärung schuldet und gegebenenfalls der Rechtswidrigkeitszusammenhang zu bejahen ist, hat der OGH in der E 2 Ob 99/16x mit ausf Begründung Stellung genommen. Demnach hatte der Anlageberater den Anleger bereits vor dem Inkrafttreten des WAG 2007 auf ihm von dritter Seite zufließende Provisionen hinzuweisen, wenn der Anleger – etwa wegen der Verrechnung eines Ausgabeaufschlags durch den Berater – nicht mit solchen (weiteren) Zahlungen und der damit verbundenen Gefahr einer Interessenkollision rechnen musste.

3.3. Eine Verletzung dieser Pflicht begründet den Anspruch auf Ersatz des im Erwerb einer nicht gewünschten Anlage liegenden Schadens, wenn der Berater nicht nachweist, dass der Erwerb der Anlage mangels Vorliegens einer Interessenkollision nicht im Rechtswidrigkeitszusammenhang mit der Pflichtverletzung steht (eingehend 2 Ob 99/16x).

- 3.4. Daher ist (im fortgesetzten Verfahren) zu klären,
- ob ein etwaiger Aufklärungsfehler über eine verdeckte Innenprovision kausal für die Anlageentscheidung war und
  - ob eine Interessenkollision vorlag. (...)

## II. Zur Rev des Kl: (...)

### 3. Zum Mitverschulden des Kl

Aus den nachstehenden Erwägungen begegnet die Zurechnung eines 50%igen Mitverschuldens keinen Bedenken (siehe auch 2 Ob 99/16x).

3.1. (...). Bei fehlerhafter Anlageberatung kann ein Mitverschulden nach den Umständen des Einzelfalls in Betracht kommen, wenn dem Kunden die Unrichtigkeit der Beratung hätte auffallen müssen, sei es aufgrund eigener Fachkenntnisse, oder weil er deutl Risikohinweise nicht beachtet und Informationsmaterial nicht gelesen hat (RIS-Justiz RS0102779 [T6, T7]; RS0078931 [T6]; 8 Ob 93/14f).

3.2. Ähnl wie bei dem der E 2 Ob 99/16x zugrunde liegenden Sachverhalt wusste auch im vorliegenden Fall der Kl, dass er sich an einer KG beteiligen und damit ein unternehmerisches Risiko eingehen würde. Obwohl ihm ein produktbezogenes Anlegerprofil vorgelegt wurde, in dem auf die mögl Verpflichtung zur Rückzahlung hingewiesen wurde, hat er diese Hinweise nicht gelesen. Dies stellt im Hinblick auf seine wirtschaftl Erfahrungen als selbstständiger Unternehmer, als Gesellschafter einer (anderen) KG und als Aufsichtsrat eine nicht zu vernachlässigende Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten dar. Dieses Verhalten im Zusammenhang mit dem Erwerb der Beteiligung war ebenfalls kausal für den Schaden, der – wie dargestellt – schon im Erwerb einer nicht gewünschten Anlage besteht.

3.3. Das anzunehmende Mitverschulden des Kl führt dazu, dass das halbe Zahlungsbegehren (Zug um Zug gegen Abtretung der Hälfte der Rechte an den Beteiligungen) schon zum jetzigen Zeitpunkt abzuweisen ist. Ebenso ist das Feststellungsbegehren zur Hälfte unberechtigt. (...)

#### Anmerkung:

1. Ebenso wie zahlreichen anderen höchstgerichtl Entscheidungen aus jüngster Zeit liegt auch der gegenständl ein Fall zugrunde, bei dem ein Anleger deshalb eine Beteiligung an einer deutschen KG erworben hat, weil er von der – das Finanzprodukt vermittelnden – Bank (bzw von deren Mitarbeitern) im Stadium der Anbahnung dieses Veranlagungsgeschäfts mehrfach fehlerhaft beraten wurde. Hinsichtl dieser **Pluralität an Beratungsfehlern** hält der erk Senat an der sog „**Trennungsthe**se“ fest, wonach jeder Informationsfehler einen selbstständigen Ersatzanspruch begründet, der auch verjährungsrechtl gesondert zu beurteilen ist, und signalisiert, dass sich das Höchstgericht nach der E 10 Ob 70/15i<sup>1</sup> voraussichtl kein wei-

<sup>1</sup> ZFR 2017/189, 390 (Kepplinger).



teres Mal mit dem einschlägigen Diskurs in der Lit auseinanderzusetzen wird (Punkt I.1.2.).<sup>2</sup>

Jedenfalls noch nicht abschließend geklärt scheint demgegenüber die Frage, ob und bejahendenfalls in welchem Umfang der Anleger seinen Schaden in Fällen mehrfach fehlerhafter Anlageberatung nach § 1304 ABGB selbst zu tragen hat, weil ihm einer oder manche der Beratungsfehler (insb aufgrund eigener Fachkenntnisse oder ihm übermittelter Informationsmaterialien) auffallen hätten müssen. Diese Unsicherheiten kommen auch in der vorliegenden Entscheidung zum Ausdruck.

2. Im streitgegenständl Fall unterliefen der bekl Bank nach den Feststellungen drei Beratungsfehler: Erstens wurde der (präsumtive) Anleger nicht auf das bestehende Totalverlustrisiko hingewiesen; zweitens nicht darüber informiert, dass es sich bei den halbjährl Auszahlungen nicht um Erträge der KG, sondern um Liquiditätsausschüttungen handelt und drittens nicht darüber aufgeklärt, dass die bekl Bank zusätzl zum Agio von der NI eine verdeckte Innenprovision ausbezahlt erhält. Der 10. Senat geht davon aus, dass die Ersatzansprüche wegen der Fehlberatung über die Risikoträchtigkeit der Veranlagung und der Rechtsnatur der halbjährl Ausschüttungen bei Einbringung der Klage im Sept 2013 bereits verjährt gewesen wären (Punkte I.2.1.–2.5.). Noch nicht verjährt waren hingegen die Ersatzansprüche wegen Nichtoffenlegung der Innenprovision (Punkt I.3.5.). Diese sind nach Ansicht des erk Senats auch **im halben Umfang** berechtigt, sofern das BerufungsG – nach Behandlung der einschlägigen Beweistrübe der bekl Bank – an der erstinstanzl Feststellung festhält, dass die unterbliebene Offenlegung der Innenprovision kausal für die Kaufentscheidung des Anlegers war (Punkte I.3.1.–3.4.).<sup>3</sup>

Dass das Zahlungs- und Feststellungsbegehren „schon zum jetzigen Zeitpunkt“ zur Hälfte abzuweisen sei, begründet der 10. Senat mit einem „50%igen Mitverschulden“ des Anlegers (Punkt II.3.). Die Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten erblickt das Höchstgericht darin, dass der Anleger trotz seiner wirtschaftl Erfahrungen als selbstständiger Unternehmer, als Gesellschafter einer anderen KG sowie als Aufsichtsrat vor Zeichnung der Anlageform das ihm vorgelegte produktbezogene Anlegerprofil sowie die in der Beitrittsklärung genannten Beitrittsbedingungen nicht gelesen hatte. Aus den angesprochenen Unterlagen wären allerdings nur das Totalverlustrisiko und die Natur der halbjährl Ausschüttungen ersichtl gewesen; nicht hingegen der Umstand, dass die bekl Bank von der NI verdeckte Innenprovisionen ausbezahlt erhält. Dies wirft folgende Frage auf: Führt die Annahme, dass dem Anleger die Aufklärungsfehler über die Risikoträchtigkeit der Veranlagung und die Natur der Ausschüt-

tungen auffallen hätten müssen, auch bei jenen Ersatzansprüchen zu einer Schadensteilung, die auf die Nichtoffenlegung der Innenprovision – und damit auf einen **anderen Haftungsansatz** – gestützt werden? Die Ausführungen zu dieser Problematik sind in den Entscheidungsgründen kurz gehalten (Punkt II.3.2.), sodass darauf im Folgenden – ausgehend vom Begriff des Anlegerschadens – näher einzugehen ist.

3. Es entspricht heute stRsp, dass der reale Schaden des Anlegers bei einer fehlerhaften Anlageberatung bereits durch den Erwerb der nicht gewünschten Vermögenswerte eintritt.<sup>4</sup> Wie *va M. Leitner*<sup>5</sup> aufgezeigt hat, liegt der Schaden dabei freilich nicht in einer abstrakten Ungewolltheit des Finanzprodukts, sondern beruht auf einer ungewollten Eigenschaft, die das Produkt aufweist oder die diesem fehlt. Fehlen dem Produkt mehrere Eigenschaften, die es laut Auskunft im Rahmen der Anlageberatung haben soll, liegt im Fehlen jeder dieser Eigenschaften ein eigener Schaden, wobei jeder für sich zur Ungewolltheit der Veranlagung führt. Gleiches gilt natürl auch dann, wenn das Finanzprodukt mehrere unerwünschte Eigenschaften aufweist, die dieses laut Beratung nicht haben soll. Daher erleiden Anleger bei mehrfach fehlerhafter Anlageberatung typischerweise mehrere Schäden. Dass sich diese allesamt in der Ungewolltheit der Veranlagung manifestieren, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich dabei jeweils um eigenständige Schäden handelt.

Im gegenständl Fall erlitt der Anleger drei Nachteile: Erstens zeichnete er eine Kommanditbeteiligung, bei der die Gefahr eines Totalverlusts besteht, sodass diese nicht in die von ihm gewünschte Risikokategorie fällt (Punkt I.1.1.). Der zweite Schaden besteht darin, dass er ein Finanzprodukt erwarb, bei dem die halbjährl Ausschüttungen nicht aus Erträgen der KG herrühren, sondern Liquiditätsausschüttungen darstellen. Drittens kam er dadurch zu Schaden, dass das gekaufte Finanzprodukt mit einer unerwünschten Innenprovision belastet ist. Der auf Ersatz dieses dritten Schadens gerichtete Ersatzanspruch ist jener, der nach Ansicht des erk Senats noch nicht verjährt ist. Er ist damit alleiniger Bezugspunkt der Frage, ob die Sorglosigkeit des Anlegers zu einer Schadensteilung nach § 1304 ABGB führt.

4. Wie erwähnt, wird diese Frage in der vorliegenden Entscheidung deshalb bejaht, weil der Anleger die Fehlberatung über das bestehende Totalverlustrisiko sowie darüber, dass es sich bei den halbjährl Auszahlungen um Liquiditätsausschüttungen und nicht um Erträge der KG handelt, aufgrund eigener Fachkenntnisse, des produktbezogenen Anlegerprofils und der Beitrittsbedingungen erkennen hätte müssen (Punkt II.3.2.).

Diese Begründung erscheint unter **Kausalitätsgesichtspunkten** plausibel: Wären dem Anleger die Fehlberatung über die Risikoträchtigkeit der Veranlagung bzw über die Natur der zugesicherten Ausschüttungen aufgefallen, hätte er sich nicht für

2 Das klingt auch in der E 2 Ob 99/16x ZFR 2017/169, 341 an (dort Punkt 2.6.d).

3 Darüber hinaus ist nach Auffassung des 10. Senats im fortgesetzten Verfahren bzgl des sachl Rechtswidrigkeitszusammenhangs zu klären, ob die verdeckte Innenprovision bei der beratenden Bank eine Interessenkollision verursachte. Wie schon in der Anm zur E 2 Ob 99/16x dargelegt, ist dieser Ansicht mE nicht zu folgen (*Kepplinger*, ZFR 2017, 345 f).

4 RIS-Justiz RS0129706.

5 Schiffs- und Immobilienfonds: Verjährung bei mehreren Beratungsfehlern, *ecolex* 2015, 452 (453).



den Erwerb der Kommanditbeteiligung entschieden und hätte folgl auch durch die unterlassene Offenlegung der Innenprovision keinen Nachteil erlitten. Schließl kommt man durch einen Beratungsfehler nur dann zu Schaden, wenn man aufgrund des fehlerhaft gebildeten Willens eine irrtumsbehaftete Disposition trifft.<sup>6</sup> Wäre dem Anleger die Fehlberatung über die Risikoträchtigkeit des Finanzprodukts oder jene über die Natur der Ausschüttungen aufgefallen, hätte er die Beitrittserklärung nicht unterschrieben und damit keine solche Disposition getätigt. Daher bilden diese beiden Sorglosigkeiten des Anlegers jeweils eine *conditio sine qua non* für den Schaden, dass dieser ein Finanzprodukt kaufte, 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 bekl Bank verhältnismäßig zu tragen hat.

5. Bedenken begegnet die Schadensteilung nach § 1304 ABGB allerdings im Lichte des sog „**Mitverschuldenszusammenhangs**“.<sup>7</sup> Wird infolge der Übertretung einer Norm ein anderer geschädigt, stellt sich die Frage nach dem sachl Rechtswidrigkeitszusammenhang; nämli die Frage, ob die übertretene Norm den eingetretenen Schaden verhindern wollte. Bei der Frage nach dem Mitverschuldenszusammenhang handelt es sich um das spiegelbildl Problem aufseiten des Geschädigten. Wollte die vom Geschädigten verletzte Obliegenheit dem Eintritt des konkreten Schadens nicht vorbeugen, ist ihre Verletzung für die Anrechnung der Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten ohne Relevanz.<sup>8</sup> Unter diesem Gesichtspunkt ist die Beurteilung des 10. Senats problematisch.

Für den Anleger war trotz seiner (als selbstständiger Unternehmer, als Gesellschafter einer anderen KG und als Aufsichtsrat gewonnenen) wirtschaftl Fachkenntnisse nicht ersichtl, dass die gegenständl Kommanditbeteiligung mit einer verdeckten Innenprovision belastet ist. Ebenso wenig hätte der Anleger von diesem Umstand Kenntnis erlangen können, wenn er das produktspezifische Anlegerprofil bzw die Beitrittsbedingungen zur KG gelesen hätte. Damit verfolgte das vom Anleger verlangte sorgfältige Verhalten<sup>9</sup> aber nicht den Zweck, jenem Schaden vorzubeugen, der daraus resultiert, dass ein Teil des zu veranlagenden Kapitals in der Form einer Innenprovision an die Bank abfließt. Der Nachteil, dass die gegenständl Kommanditbeteiligung mit einer verdeckten Rückvergütung belastet ist, ist **nicht vom Mitverschuldenszusammenhang** der dem Anleger anzulastenden Sorglosigkeiten in eigenen Angelegenheiten **erfasst**. Dies gilt mE auch dann, wenn man davon ausgeht, dass sich der Schutzzweck der vom Anleger verletzten Obliegenheiten auch auf dadurch („nicht bloß unerheb-

lich“) wahrscheinlicher gewordene Folgerisiken bezieht.<sup>10</sup> Schließl stellt der Nachteil, dass das Finanzprodukt mit einer unerwünschten Innenprovision belegt ist, kein Folgerisiko des ungelesenen Unterschreibens des produktspezifischen Anlegerprofils bzw der Beitrittsbedingungen zur KG dar, in denen gerade kein Hinweis auf die gegenständl Innenprovision enthalten war.<sup>11</sup> Damit sprechen wohl die besseren Gründe dafür, dass diese Sorglosigkeiten bei der Beantwortung der Frage, ob der Anleger den angesprochenen Schaden mit der Bank nach § 1304 ABGB verhältnismäßig zu tragen hat, außer Betracht bleiben hätten sollen.

Jakob Kepplinger

<sup>10</sup> So zur spiegelverkehrten Thematik des Rechtswidrigkeitszusammenhangs ua OGH 4 Ob 62/11p ZFR 2011/146, 274 = *ecolex* 2011/311, 805 (*Graf*) = *EvBl* 2011/146, 1017 (*Völkl*) = *ÖBA* 2011/1759, 892 (*Ramharter*); weitere Nachweise in *RIS-Justiz* RS0127012.

<sup>11</sup> Aus eben diesem Grund wird ein Mitverschulden des Kl in der seither ergangenen E 8 Ob 109/16m (Punkt 5.2.) zutreffend verneint.

## Holland-Fonds/Reefer-Flotten-Fonds: Beratungs- und Aufklärungspflichten (WAG 1996)

» ZFR 2017/245

§ ABGB: §§ 1293 ff

# OGH 29. 5. 2017, 6 Ob 246/15t – Zurückweisung der oRev

### Leitsätze (der Redaktion)

1. Für den Umfang und die konkrete Ausgestaltung von Beratungs- und Aufklärungspflichten sind grundsätzlich die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.
2. Eine allfällige Rückzahlungsverpflichtung aus einer Kommanditbeteiligung ist von der Belehrung über das Totalverlustrisiko als umfasst anzusehen.
3. Eine Aufklärung des Kunden über das Anlageobjekt kann auch durch die so rechtzeitige Übergabe entsprechender Unterlagen erfolgen, in denen die Risiken dargestellt sind, die mit einer Beteiligung verbunden sind, dass der Kunde diese noch vor der Anlageentscheidung intensiv zur Kenntnis nehmen kann.

Die Kl zeichnete nach Beratungsgesprächen mit einem Mitarbeiter der bekl Bank vom 20. 10. 2006 bis 22. 12. 2006 Kommanditbeteiligungen an drei Kommanditgesellschaften deutschen Rechts („Reefer-Flotten-Fonds“, „Holland-Fonds“) über eine Summe von insgesamt 70.000 € zzgl 5 % Agio. Die Kl wollte Ausschüttungen und eine langfristige Veranlagung. Der Berater sagte ihr, die Kommanditbeteiligungen seien mit 7 % verzinst,

<sup>6</sup> Statt vieler *A. Reich-Rohrwig*, Aufklärungspflichten vor Vertragsabschluss (2015) 650 ff.

<sup>7</sup> Vgl zu diesem bspw *Reischauer* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> (2007) § 1304 Rz 3.

<sup>8</sup> Siehe dazu nur *Reischauer aaO*.

<sup>9</sup> *Reischauer (aaO)* spricht in diesem Zusammenhang vom „Gesollten“.