



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Univ.-Prof. Dr. Bydlinski als Vorsitzenden sowie die Hofräte und die Hofrätin Mag. Wurzer, Mag. Dr. Wurdinger, Dr. Hofer-Zeni-Rennhofer und Dr. Parzmayr als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei DI Dr. S*****, vertreten durch Dr. Max Leitner und Dr. Mara-Sophie Häusler, LL.M., Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei R***** AG, *****, vertreten durch die Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH, Wien, und die Nebenintervenientin auf Seite der beklagten Partei C***** GmbH in Liquidation, *****, vertreten durch die Wess Kux Kispert & Eckert Rechtsanwalts GmbH, Wien, wegen 816.823,18 EUR sA sowie Feststellung (Streitwert 50.000 EUR), über die außerordentliche Revision (Revisionsinteresse 831.123,18 EUR) und den darin enthaltenen Rekurs der beklagten Partei gegen das Teilurteil sowie den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 26. März 2019, GZ 1 R 114/18v-101, mit dem das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 25. Mai 2018, GZ 19 Cg 106/13d-93, teilweise bestätigt, teilweise abgeändert und teilweise aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Das Rechtsmittel wird, soweit es sich inhaltlich (als Rekurs) gegen den Aufhebungsbeschluss des Berufungsgerichts richtet, zurückgewiesen.

Im Übrigen wird der Revision nicht Folge gegeben.

Die Kostenentscheidung bleibt der Endentscheidung vorbehalten.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Der Kläger wurde von der Beklagten bei der Veranlagung von insgesamt 2,9 Mio EUR beraten. Er wollte langfristig veranlagen, (insgesamt) einen (Netto-)Ertrag von etwa 2 % pa über der Inflationsrate erzielen und keine besonderen Risiken eingehen, insbesondere keinen Kapitalverlust erleiden. Vermögenserträge sollten wieder veranlagt werden, laufende Ausschüttungen wurden nicht angestrebt. Die Beklagte erstellte aufgrund dieser Vorgaben ein Veranlagungskonzept, auf dessen Grundlage der Kläger (neben anderen von der Beklagten vermittelten Finanzprodukten) folgende Veranlagungen erwarb:

(i) am 30. 11. 2004 um 700.000 EUR eine mittelbare Kommanditbeteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds („H***** 54“);

(ii) am 31. 3. 2005 mit den Mitteln einer Ausschüttung dieses Fonds um 20.000 EUR eine weitere Kommanditbeteiligung an einem anderen geschlossenen Immobilienfonds („H***** 56“);

(iii) am 31. 3. 2005 mit Mitteln aus dem Verkauf eines (von der Beklagten vermittelten) Anleihefonds um 400.000 EUR Kommanditanteile an einem geschlossenen Lebensversicherungsfonds („M***** Plus“);

(iv) am 31. 5. 2005 mit Mitteln aus dem Verkauf des genannten Anleihefonds um 150.000 EUR Kommanditanteile an einem geschlossenen Schiffsfonds („M*****“);

(v) am 21. 12. 2005 mit Mitteln aus Ausschüttungen aus dem „H***** 54“-Fonds um 50.000 EUR Kommanditanteile an einem weiteren geschlossenen Immobilienfonds („H***** 59“);

(vi) sowie am 20. 12. 2006 und am 11. 5. 2007 mit Mitteln aus Ausschüttungen aus dem „H***** 54“-Fonds um jeweils 50.000 EUR Kommanditbeteiligungen an zwei weiteren geschlossenen Schiffsfonds („R*****“).

Der Kläger begehrt den Ersatz der in diese Fonds investierten Beträge abzüglich der Ausschüttungen und erzielten Steuervorteile (insgesamt 816.823,18 EUR) zuzüglich entgangener Zinsen aus der sonst getätigten Alternativveranlagung Zug um Zug gegen Abtretung der Rechte aus diesen Beteiligungen, sowie – da der endgültige Schaden aufgrund drohender Rückzahlungspflichten noch nicht feststehe – die Feststellung der Haftung der Beklagten für sämtliche künftigen Schäden aus diesen Veranlagungen.

Die Beklagte habe ihm diese empfohlen, ohne ihn über die damit verbundenen Risiken, über die hohen Vertriebskosten, darüber, dass es sich bei den Ausschüttungen um keine „Rendite“ sondern um eine Rückzahlung der Einlage handle, sowie über die von der Nebenintervenientin an die Beklagte geleisteten „Kick-Back“-Zahlungen (Innenprovisionen) aufzuklären. Wäre er darüber aufgeklärt worden, hätte er die Veranlagungen nicht erworben, sondern in Sparbücher, jedenfalls aber kapitalerhaltend (etwa in Wohnbauanleihen oder Anleihefonds) investiert. Er hätte dabei eine rund 3%ige Verzinsung erzielt.

Der Kläger habe die „Beitrittserklärungen“ zu den Fonds im Vertrauen auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Beratung der Beklagten unterschrieben und den dort enthaltenen Risikohinweisen daher keine Beachtung geschenkt; auch sonstiges Informationsmaterial zu den empfohlenen Veranlagungen habe er aus diesem Grund nicht gelesen. Er habe dem Berater gegenüber klar zu erkennen gegeben, dass er mit keinen „Details“ (insbesondere

keinen schriftlichen Unterlagen) zu den Veranlagungen „belastet“ werden wolle, sondern sich als in Finanzangelegenheiten unerfahrener Kunde der Expertise der Beklagten anvertraue, weshalb ihm die unterlassene Lektüre des Informationsmaterials nicht als Mitverschulden anzulasten sei.

Die Beklagte wandte ein, dass der Kläger über jahrelange Erfahrung im Bereich (auch komplexer) Finanzprodukte verfügt habe. Er sei an Informationen durch die Beklagte nicht interessiert gewesen und habe es selbst übernommen, sich entsprechend zu informieren. Obwohl keine Beratungs- und Informationspflichten der Beklagten bestanden hätten und diese vertraglich ausgeschlossen worden seien, habe sie den Kläger umfassend über die mit den vermittelten Veranlagungen verbundenen Chancen und Risiken informiert. Er habe umfangreiches Informationsmaterial erhalten, in dem die wesentlichen Eckpunkte der Veranlagungen dargestellt worden seien. Den Kläger treffe zumindest ein überwiegendes Mitverschulden, weil er die in den ihm zur Verfügung gestellten Unterlagen enthaltenen Risikohinweise nicht gelesen habe.

Davon, dass die Beklagte für die Vermittlung der Veranlagungen – über das vom Kläger zu zahlende Agio hinaus – (Innen-)Provisionen (von der Nebenintervenientin) lukriere, habe dieser ausgehen müssen. Diese ohnehin nur geringfügigen Provisionen hätten den Aufwand der Beklagten für Vertrieb und Abwicklung der vom Kläger erworbenen Beteiligungen ausgeglichen und keine Auswirkung auf deren Empfehlung gehabt. Die Beklagte hätte ihm diese auch dann empfohlen, wenn sie dafür keine (zusätzlichen) Provisionen erhalten hätte. Maßgebend für die Vermittlung sei allein das Anlageziel des Klägers sowie die „Qualität“ der vermittelten

Produkte gewesen. Für die Vermittlung anderer Finanzprodukte hätte die Beklagte sogar höhere Provisionen erhalten. Die Bezahlung der Innenprovisionen sei zulässig und der Kläger über diese nicht aufzuklären gewesen. Dieser hätte die Veranlagungen auch dann erworben, wenn er von diesen Kenntnis gehabt hätte.

Hätte der Kläger die Beteiligungen nicht erworben, hätte er alternativ nicht risikolos investiert, sondern zumindest gleich riskante Produkte erworben, mit denen er ebenfalls Verluste erlitten hätte. Keinesfalls hätte eine Alternativanlage mehr als Sparbuchzinsen gebracht. Der Kläger könne sich aus dem von der Beklagten erstellten Gesamtveranlagungsvorschlag auch „nicht die Rosinen herauspicken“. Wäre er dem vorgeschlagenen Gesamtkonzept gefolgt (und hätte er nicht einzelne Veranlagungen „zur Unzeit“ verkauft), hätte er keinen Verlust erlitten und sogar mehr als den „Eckzinssatz“ erwirtschaftet.

Die Nebenintervenientin auf Beklagtenseite schloss sich im Wesentlichen dem Vorbringen der Beklagten an.

Das Erstgericht gab der Klage – mit Ausnahme eines Teils des Zinsenbegehrens sowie des aus der Beteiligung am Schiffsfonds „M*****“ abgeleiteten Feststellungsbegehrens – Folge und traf dazu unter anderem folgende Feststellungen:

Der Berater der Beklagten informierte den Kläger darüber, dass die Beklagte ein Service anbiete, bei dem sie vermögende Kunden außerhalb einer Vermögensverwaltung laufend bei der Veranlagung berate. Dabei werde zu Beginn ein Veranlagungskonzept erstellt, die dem Kunden vermittelten Veranlagungen würden dann kontinuierlich beobachtet und dem Kunden allenfalls erforderliche

Veränderungen vorgeschlagen. Da der Kläger beruflich sehr ausgelastet war und sich mit seinen Vermögensanlagen bereits in der Vergangenheit nicht näher befasst hatte, war er an einer solchen Beratung interessiert. Er wollte von einem Experten „möglichst kostenschonend vertreten“ werden, ohne sich selbst eingehend mit seinen Veranlagungen befassen zu müssen. Der Berater wusste, dass sich der Kläger nicht mit „Details“ auseinandersetzen, sondern es der Beklagten überlassen wollte, ihm „im Sinne seiner Gesamtvorstellungen“ geeignete Produkte zu empfehlen und ihm nur „deren grundsätzliches Wesen darzulegen“. Er wusste auch, dass er Informationsmaterial zu den einzelnen Veranlagungen – soweit er nicht auf bestimmte Punkte extra hingewiesen werde – nicht lesen würde.

Die Beklagte erstellte zunächst einen Veranlagungsvorschlag, der einen Anleiheanteil von 50 %, einen Immobilienanteil von 25 %, einen Aktienanteil von 10 % (wobei keine Veranlagung in Einzelaktien empfohlen wurde, weil dem Berater das Risiko zu groß erschien und deren laufende Beobachtung und Verwaltung einen zu großen Aufwand bedeutet hätte) und einen Anteil für „alternative Veranlagungen“ mit 15 % vorsah. In diesem Vorschlag wurden auch die Ertragschancen und Risiken der einzelnen Anlagekategorien kurz beschrieben. Auf Grundlage dieses „Konzepts“ empfahl der Berater dem Kläger, den vorgesehenen „Immobilienanteil“ in geschlossene Immobilienfonds („H***** 54“) zu investieren. Die empfohlene Anlagestruktur sollte während der gesamten Veranlagungsdauer beibehalten werden. Dem Kläger wurde vom Berater mitgeteilt, dass die Ausschüttungen in der Vergangenheit den Prognosen entsprochen hätten, künftige Erträge jedoch nicht vorhersehbar seien. Er unterzeichnete ein

Anlegerprofil, in dem allgemeine Risikoklassen erläutert wurden. Dass die (geschlossenen) Immobilienfonds dem spekulativen Risiko („Klasse 3-4“, vergleichbar dem Risiko von „Blue Chip Aktien“) entsprachen, wurde ihm nicht mitgeteilt. Er wusste, dass bei diesen ein Totalverlust nicht ganz ausgeschlossen sei und erklärte, „an sich keine höheren Risiken eingehen zu wollen, solche auf Basis des vorgeschlagenen Gesamtkonzepts jedoch zu akzeptieren“. Im Anlegerprofil kreuzte der Kläger an, sich nicht für Kurse, Börsen- und Wirtschaftsberichte zu interessieren und seine Kapitalanlagen durch Wertpapierspezialisten verwalten zu lassen, was sich auf die Beklagte bezog. Er bestätigte, über die Risiken im Wertpapiergeschäft informiert worden zu sein.

Weitere „Formulare“ zum Erwerb der Fonds „H***** 56“ und „H***** 59“ unterfertigte der Kläger, ohne sie zu „studieren“. Er kreuzte bei jedem Erwerb eines geschlossenen Immobilienfonds den Hinweis an, dass es sich um eine mitunternehmerschaftliche Beteiligung handle, für die es keinen Sekundärmarkt gebe.

Das ursprüngliche Veranlagungskonzept wurde insofern nicht umgesetzt, als Erlöse aus einem ebenfalls von der Beklagten vermittelten Anleihefonds („R 201“) nicht – wie dies dem Kläger ursprünglich empfohlen wurde – in einen anderen Rentenfonds investiert, sondern über deren Empfehlung in einen geschlossenen Lebensversicherungsfonds („M***** Plus“) sowie in einen Schiffsfonds („M*****“) „umgeschichtet“ wurden. Der Kläger wurde vom Berater über die „Geschäftskonzepte“ dieser Fonds informiert, er erachtete diese als „plausibel“. Details dieser (beiden) Veranlagungen interessierten ihn (wiederum) nicht. Er las auch die Prospekte zu diesen Veranlagungen (in denen die damit verbundenen Risiken näher beschrieben wurden) nicht,

womit der Berater aber ohnehin nicht gerechnet hatte. Wesentlich war für den Kläger nur, dass ihm dieser die Anlagen im Sinn seiner von Beginn an unveränderten Veranlagungsabsicht als geeignet empfahl. Darauf, dass beide Produkte (Lebensversicherungs- und Schiffsfonds) erheblich riskanter waren als die ursprünglich vorgesehenen Anleihen, wies der Berater den Kläger nicht hin. Er wäre mit einer solchen Risikoerhöhung nicht einverstanden gewesen und hätte „in eine Sparte mit geringem Risiko“ (insbesondere in Rentenfonds; „im Immobilienbereich“ wären auch offene österreichische Immobilienfonds eine Alternative zu den geschlossenen Fonds gewesen) investiert.

Zu den dem Kläger vermittelten „R*****“ erläuterte der Berater deren Geschäftsgegenstand und wies den Kläger darauf hin, dass diese seinen Ertragsvorstellungen entsprechen würden.

Sämtlichen von der Beklagten vermittelten Beteiligungen lag jeweils umfangreiches Informationsmaterial zugrunde, worin deren Rechtsform, Unternehmensgegenstand, Geschäftstätigkeit, die konkreten Projekte, die Finanzierung und die Laufzeit dargestellt wurde; ebenso dass die Haftung des Kommanditisten auf die bedungene Einlage beschränkt sei und die Ausschüttung liquider Mittel, die keinem Gewinn der Gesellschaft entsprechen, zu einem Wiederaufleben der Kommanditistenhaftung führen könne. Im ungünstigsten Fall sei ein Totalverlust möglich. Auf der Rückseite der vom Kläger unterschriebenen Beitrittserklärungen wurde auch auf den Kapitalmarktprospekt hingewiesen. Der Kläger las all dies, wovon der Berater ausging, vor Unterzeichnung nicht durch. Den Kapitalmarktprospekt las auch der Berater nicht. Dieser ging – ebenso wie der Kläger – davon aus, dass mit den Beteiligungen nur ein „äußerst geringes“ Risiko

verbunden sei. Dass der Kläger keine Beratung wünsche, „kreuzte er nie [in keiner Beitrittserklärung] an“.

Auch die dem Kläger laufend zugesandten „Unterlagen“ zu seinen (bereits erworbenen) Beteiligungen sah er nicht durch, sondern verließ sich darauf, dass ihm der Berater mitteilen werde, „wenn etwas zu unterschreiben oder (sonst) wichtig sei.“ So war es mit diesem auch abgesprochen. Die Beklagte übernahm es schließlich ganz, die dem Kläger zu seinen Fonds übermittelten Unterlagen – da er sich über deren Umfang beklagt hatte – in Empfang zu nehmen und zu verwahren. Diese wurden ihm nur dann (mit entsprechender Kommentierung) weitergeleitet, wenn dies besonders erforderlich war, etwa eine konkrete Handlung des Klägers erforderte.

Die Nebenintervenientin „vermarktete“ die vom Kläger erworbenen geschlossenen Fonds und bot ihren Vertriebspartnern für deren Vermittlung „Innenprovisionen“ an. Die Beklagte erhielt dafür Provisionen zwischen 3 % und 4,5 %. Insgesamt zahlte ihr die Nebenintervenientin für den Vertrieb diverser Fonds innerhalb von rund 10 Jahren ca 7,5 Mio EUR. Der Berater teilte dem Kläger nur mit, dass der Verdienst der Beklagten in dem von ihm zu bezahlenden Agio (das der Kläger auf 1 % „heruntergehandelt“ hatte) bestehe. Über die von der Nebenintervenientin bezogenen Provisionen wurde er nicht informiert. Wäre er darüber aufgeklärt worden, wäre er hinsichtlich der Objektivität der Beratung der Beklagten „misstrauisch“ geworden und mit der Veranlagung in die geschlossenen Fonds nicht einverstanden gewesen. Dass die Beklagte dem Kläger diese auch dann empfohlen hätte, wenn sie für deren Vermittlung keine Innenprovision erhalten hätte, konnte nicht festgestellt werden.

Rechtlich ging das Erstgericht davon aus, dass

die Beklagte den Kläger insoweit falsch beraten habe, als sie ihm Kommanditbeteiligungen in einem Ausmaß empfohlen habe, das aufgrund des damit verbundenen Klumpenrisikos seinen Risikovorstellungen widersprochen hätte. Außerdem habe sie ihn schuldhaft nicht über die von der Nebenintervenientin bezahlten Innenprovisionen aufgeklärt. Die Beklagte habe den Kläger so zu stellen, wie er ohne Fehlberatung stünde. Da die Parteien keinen Vermögensverwaltungsvertrag abgeschlossen hätten, habe die Wertentwicklung der von der Fehlberatung nicht betroffenen Anlagen bei der Schadensberechnung außer Betracht zu bleiben. Da „in jedem Fall davon auszugehen sei, dass das in die geschlossenen Fonds investierte Kapital andernfalls erhalten geblieben wäre“, sei dem Kläger im Zuge der begehrten Naturalrestitution der Kaufpreis abzüglich der erfolgten – bereits in der Klage berücksichtigten – Ausschüttungen und Steuervorteile zuzusprechen. Außerdem seien ihm diejenigen Zinsen zuzuerkennen, die er mit den ohne die Fehlberatung erworbenen Anlagen alternativ erzielt hätte. Diese nahm das Erstgericht „auf Basis der getroffenen Feststellungen“ gemäß § 273 Abs 2 ZPO – soweit alternativ (hinsichtlich des „Immobilienanteils“) in offene Immobilienfonds investiert worden wäre – mit 2,5 % pa bzw – soweit (sonst) in Rentenfonds veranlagt worden wäre – mit 1,4 % pa an. Ein Mitverschulden des Klägers liege nicht vor, zumal sich dieser darauf verlassen habe dürfen, dass die mündliche Beratung fachkundig und seinen Vorgaben entsprechend erfolge. Hinsichtlich des auf eine Investition in den Schiffsfonds „M*****“ gegründeten Feststellungsbegehrens bestehe – da dieser Fonds mit Gewinn abgewickelt worden sei – kein Feststellungsinteresse, weshalb das aus dieser Veranlagung abgeleitete Feststellungsbegehren

abgewiesen wurde. Zu den übrigen Investitionen bejahte das Erstgericht ein solches Interesse.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Klägers insoweit, als er die Abweisung eines Teils seines Zinsenbegehrens bekämpfte, nicht Folge. Soweit das Erstgericht das auf eine Veranlagung in „Mahler-Star“ gegründete Feststellungsbegehren abwies, gab es der Berufung des Klägers Folge und hob das angefochtene Urteil in diesem Umfang auf. Der Berufung der Beklagten gab es teilweise Folge und hob das erstinstanzliche Urteil hinsichtlich eines Teils des – aus der hypothetischen Alternativveranlagung abgeleiteten – Zinsenzuspruchs auf, weil für bestimmte Zeiträume keine Feststellungen zu den Erträgen der als Alternativveranlagung angenommenen Investitionen getroffen worden seien. Hinsichtlich der die Veranlagungen in die Fonds „H*****54“, „H*****59“, „Leben Plus“ (ersichtlich gemeint: „M***** Plus“) und „R***** 2“ betreffenden Feststellungsbegehren hob das Berufungsgericht die der Klage stattgebende Entscheidung des Erstgerichts aufgrund von Feststellungsmängeln auf.

Im Übrigen gab das Berufungsgericht dem Rechtsmittel der Beklagten nicht Folge. Es ging davon aus, dass sie den Kläger darüber aufklären hätte müssen, dass die Kommanditbeteiligungen nicht jenem Risiko, das er aufgrund des Gesamtveranlagungsvorschlags bereit war einzugehen, entsprochen hätten. Die Beklagte habe ihre Aufklärungspflicht auch insoweit verletzt, als sie den Kläger nicht über die für die Vermittlung der Fonds von der Nebenintervenientin bezahlten Innenprovisionen aufgeklärt hat. Die Schadensberechnung erfolge durch Vergleich des Vermögens des Klägers ohne das schädigende Ereignis mit dessen tatsächlichem Vermögen. Da sich die

Aufklärungsfehler nur auf die geschlossenen Fonds bezogen hätten, seien die anderen von der Beklagten dem Kläger vermittelten Veranlagungen nicht in die Schadensberechnung mit einzubeziehen. Hinsichtlich der Alternativveranlagung reiche es aus, dass das Erstgericht festgestellt hat, für welche Anlageart oder Anlagegruppe sich der Kläger entschieden hätte. Ein Mitverschulden des Geschädigten komme nur in Betracht, wenn diesem eine in Korrelation zum jeweiligen Aufklärungsfehler stehende Sorglosigkeit vorgeworfen werden könne, was insoweit, als der Kläger nicht erkennen habe können bzw müssen, dass die Beklagte für die Vermittlung der geschlossenen Fonds eine Innenprovision erhält, nicht der Fall gewesen sei. Ob es dem Kläger vorzuwerfen sei, dass er die in den Anlegerprofilen enthaltenen Risikohinweise nicht gelesen habe, könne dahingestellt bleiben.

Die ordentliche Revision sei nicht zulässig, weil das Berufungsgericht keine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 2 ZPO zu beantworten gehabt habe.

I. Soweit die „Revision“ den Beschluss des Berufungsgerichts bekämpft, mit dem es die erstinstanzliche Entscheidung über das Zinsenbegehren teilweise aufhob, ist das insoweit als Rekurs gegen den Aufhebungsbeschluss zu wertende Rechtsmittel mangels Zulassung durch das Berufungsgericht absolut unzulässig (RS0043898) und daher zurückzuweisen.

II. Die gegen den das klagestattgebende Ersturteil bestätigenden Teil des Berufungsurteils erhobene Revision der Beklagten ist entgegen diesem – den Obersten Gerichtshof nicht bindenden (§ 508a Abs 1 ZPO) – Ausspruch zulässig, weil das Berufungsgericht zur Frage des Mitverschuldens eine nach der Berufungsentscheidung ergangene Entscheidung des

Obersten Gerichtshofs nicht berücksichtigen konnte; sie ist jedoch nicht berechtigt.

1.1. Der Oberste Gerichtshof hat bereits in mehreren – vergleichbare Kommanditbeteiligungen betreffenden – Entscheidungen klargestellt, dass eine Aufklärungspflicht über die Innenprovision schon vor Inkrafttreten des WAG 2007 bestand. Über diese ist gesondert aufzuklären, wenn der Anleger – etwa weil er ohnedies ein Agio leistet – nicht davon ausgehen muss, ein Anlageberater werde zusätzlich noch Zahlungen von dritter Seite erhalten (RS0131382). Die Rechtswidrigkeit eines derartigen Aufklärungsmangels liegt im Verschweigen der damit in der Regel verbundenen Interessenkollision, die grundsätzlich unabhängig von der Höhe der Innenprovision besteht (RS0131382 [T5]). Dass die Beklagte den Kläger nicht darüber aufklärte, dass sie von der Nebenintervenientin (zusätzlich zum vom Kläger geleisteten Agio) eine weitere Provision erhält, was den Kläger vom Erwerb abgehalten hätte, begründet daher einen (schadenskausalen) Aufklärungsfehler.

1.2. Die Revisionswerberin möchte daraus, dass sich der Kläger mit Details zu seinen Veranlagungen nicht auseinandersetzen wollte, weil ihm diese (insbesondere hinsichtlich der sogenannten „Weichkosten“) nicht wichtig waren, solange die Veranlagungen seinen Gesamtvorstellungen entsprachen, ableiten, dass der Kläger nicht nur auf eine Information über das Risiko der Kommanditbeteiligungen, sondern auch auf eine Aufklärung über die Innenprovisionen verzichtet habe.

Der Revision ist in diesem Zusammenhang zwar zuzugestehen, dass es dem Anleger grundsätzlich frei steht, seinen Anspruch auf Aufklärung selbst entsprechend

einzu­schränken, und er als Kunde nicht gezwungen werden kann, gegen seinen Willen beraten („bevormundet“) zu werden (vgl 2 Ob 236/04a mwN zum – auch hier unstrittig anzuwendenden – WAG 1996). Dies haben die Vorinstanzen, die davon ausgingen, dass es keiner detaillierten Aufklärung des Klägers über die empfohlenen Finanzprodukte bedurfte, aber ohnehin berücksichtigt. Entgegen der Ansicht der Beklagten kann aus einem (allfälligen) Verzicht des Klägers auf Informationen zu Details der empfohlenen Finanzprodukte aber nicht darauf geschlossen werden, dass er auch über die der Beklagten für die Vermittlung der Kommanditbeteiligungen gewährten (verdeckten) Innenprovisionen nicht aufgeklärt werden wollte. Die Verpflichtung zur Aufklärung über solche Provisionen beruht nämlich – wie ausgeführt – darauf, dass der aus einer solchen (Innen-)Provisionsvereinbarung typischerweise resultierende Interessenkonflikt (der Nachweis des Nichtbestehens eines Interessenkonflikts ist der beweisbelasteten Beklagten nicht gelungen; vgl RS0131382 [T3, T6]) offengelegt wird, weil damit das Risiko verbunden ist, dass dem Anleger eine Anlage empfohlen wird, die nicht seinen Wünschen und Bedürfnissen entspricht (vgl 2 Ob 99/16x). Dies hat nichts mit den konkreten „Produkteigenschaften“ zu tun, sondern mit den Beweggründen für die Empfehlung einer bestimmten Veranlagung. Im Unterschied zu den (rechtlichen und wirtschaftlichen) „Details“ eines Finanzprodukts betrifft die Frage, ob dessen Empfehlung (auch) im Eigeninteresse des Beraters erfolgt, also die Grundlage des Beratungsverhältnisses. Gerade dann, wenn der Anleger – wie hier – dem Berater bei der Auswahl der Anlageprodukte weitgehend vertraut, hat dieser ein besonderes Interesse daran, zu erkennen, ob der Berater ein Eigeninteresse an der

Empfehlung einer bestimmten Veranlagung hat.

2. Die Beklagte trifft ein Verschulden an der unterlassenen Aufklärung über die Innenprovision, weil sie nicht damit rechnen durfte, dass dem Kläger dieser Umstand bewusst war, nachdem er selbst zur Zahlung eines Entgelts (Agio) verpflichtet war (1 Ob 78/19f mwN; 7 Ob 106/19t). Sie durfte aus den genannten Gründen (vgl 1.2.) auch nicht annehmen, der Kläger habe auf eine Aufklärung über den mit den Provisionsvereinbarungen typischerweise verbundenen Interessenkonflikt verzichtet.

3.1. Der Kläger hätte die strittigen Beteiligungen nach den Feststellungen nicht erworben, wenn ihn der Berater über die Innenprovisionen informiert hätte. Damit steht der bei der fehlerhaften Anlageberatung bereits im Erwerb des nicht gewünschten Vermögenswerts gelegene (reale) Schaden fest (RS0129706). Entschließt sich der Geschädigte, die unerwünschte Anlage vorläufig zu behalten, besteht ein vereinfacht als „Naturalrestitution“ bezeichneter Anspruch, der auf Rückzahlung des Kaufpreises (abzüglich erhaltener Zinsen und Dividenden; allenfalls Zug um Zug gegen einen Bereicherungsausgleich durch Übertragung des noch vorhandenen Finanzprodukts an den Schädiger) gerichtet ist (RS0129706; RS0108267 [T15]; RS0120784 [T22]; zu Veranlagungen in – wie hier – geschlossene Fonds vgl 2 Ob 99/16x; 8 Ob 109/16m; 7 Ob 95/17x; 7 Ob 106/19t). Dass eine solche Naturalrestitution hier unmöglich oder untunlich wäre, behauptet die Revisionswerberin (zu Recht; vgl 8 Ob 109/16m; 7 Ob 95/17x; 7 Ob 106/19t) nicht.

3.2. Auch bei der „Naturalrestitution“ ist im Allgemeinen – wovon beide Partei ausgehen – die Entwicklung der dem vereinbarten Anlageziel entsprechenden alternativen Veranlagung zu berücksichtigen (RS0129706).

Die Alternativanlage des Klägers (Rentenfonds und teilweise – hinsichtlich des „Immobilienanteils“ – offene Immobilienfonds) hätte nach den (teilweise in der rechtlichen Beurteilung enthaltenen) erstinstanzlichen Feststellungen das Kapital erhalten, sodass keine Bedenken bestehen, dem Kläger den Kaufpreis (abzüglich der aus den Veranlagungen erfolgten Ausschüttungen und „steuerlichen Vergütungen“) zuzusprechen (vgl 10 Ob 58/16a; 8 Ob 109/16m). Da es in der Natur der Sache liegt, dass der Kläger, dem vom Berater eine Vermögensanlage als für seine Zwecke geeignet zum Erwerb empfohlen wurde und der auf diese Empfehlung vertraute, im Nachhinein nur eine gewisse „Gruppe“ von möglichen Anlageprodukten (im Sinn einer bestimmten „Risikoklasse“) als seinen Anlagezielen entsprechend nennen kann, reicht die Feststellung, für welche „Anlageart“ sich der Geschädigte bei ordnungsgemäßer Beratung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit entschieden hätte, aus (vgl 1 Ob 112/17b mit Hinweis auf 4 Ob 67/12z; 1 Ob 73/18v). Dass der Kläger alternativ kapitalerhaltend investiert hätte, lässt sich zwanglos mit der Negativfeststellung zu einer konkreten Alternativveranlagung (im Sinn eines bestimmten Finanzprodukts) in Einklang bringen.

3.3. Bei der Berechnung eines Vermögensschadens sind auch jene Vorteile des Geschädigten, die ohne das schädigende Ereignis nicht entstanden wären, zu beachten und grundsätzlich zugunsten des Schädigers anzurechnen (vgl RS0022834). Voraussetzung für einen solchen Vorteilsausgleich ist ganz allgemein die Kausalität des haftbar machenden Ereignisses sowohl für den Nachteil als auch den entstandenen Vorteil (RS0118820). Es sind nicht alle Vorteile des Geschädigten anrechenbar, sondern nur solche, die mit dem Schadenersatzanspruch in

einem besonderen Zusammenhang stehen. Vor- und Nachteile müssen zwar nicht im selben Ereignis, aber im selben Tatsachenkomplex wurzeln (RS0022824).

Vor diesem Hintergrund verbietet sich eine „Anrechnung“ der Gewinne aus anderen von der Beklagten vermittelten (von der unterlassenen Aufklärung über die Innenprovisionen nicht betroffenen) Veranlagungen, wurzeln diese doch gerade – wie ein Vergleich der Situation des Klägers mit und ohne die haftungsbegründende Unterlassung zeigt – nicht im schädigenden Ereignis. Dass der Kläger von sämtlichen ihm empfohlenen Veranlagungen Abstand genommen hätte, wäre er über die für die Vermittlung der Kommanditbeteiligungen bezahlten (Innen-)Provisionen aufgeklärt worden, ergibt sich weder aus dem Sachverhalt, noch behauptet dies die Revisionswerberin. Vorteile, die dem Kläger aus diesen Beteiligungen entstanden (Ausschüttungen; steuerliche Vorteile), wurden ohnehin bereits in der Klage berücksichtigt.

3.4. Nach Ansicht der Revisionswerberin seien die Gewinne und Verluste sämtlicher von der Beklagten vermittelten Veranlagungen auch deshalb zu „saldieren“, weil sie auf Grundlage eines „Gesamtveranlagungsvorschlags“ auf Basis eines „einheitlichen Beratungsvertrags“ und daher „im Rahmen eines einheitlichen Lebensvorgangs“ erworben wurden. Das vorliegende Beratungsverhältnis sei wirtschaftlich einer diskretionären Vermögensverwaltung vergleichbar, zu welcher der Oberste Gerichtshof die „Rosinentheorie“ (also das Abstellen bei der Schadensberechnung bloß auf erlittene Verluste ohne gleichzeitige Berücksichtigung erzielter Gewinne) abgelehnt habe.

Diese Argumentation übersieht einerseits, dass

die erstinstanzlichen Feststellungen nicht darauf hindeuten, dass der Kläger bei einer Aufklärung über die Innenprovisionen auch von einem Erwerb der davon nicht betroffenen Finanzprodukte abgesehen hätte, sodass bereits deshalb nicht von einer (untrennbaren) „einheitlichen Veranlagung“ gesprochen werden kann (eine solche „einheitliche Transaktion“ lag aber ersichtlich der in der Revision ins Treffen geführten Entscheidung 8 Ob 6/10f zugrunde). Andererseits wird die klare Unterscheidung zwischen Anlageberatung und Vermögensverwaltung missachtet, wonach der Anlageberater eine fachkundige Beratung schuldet, die Vermögensverwaltung hingegen auf die Verwaltung eines Kundenportfolios mit Verfügungsmacht im Namen und im Auftrag des Kunden – und im Regelfall ohne vorherige Rücksprache(-pflicht) – gerichtet ist. Die Haftung des Anlageberaters knüpft somit an die Verletzung einer Aufklärungs- bzw Informationspflicht an, weshalb der falsch beratene Anleger so zu stellen ist, wie er ohne diesen Beratungsfehler stünde. Der Vorwurf einer pflichtwidrigen Vermögensverwaltung bezieht sich hingegen auf deren Durchführung, sodass der Schadenersatzanspruch in diesem Fall nicht die Wurzel des Geschäfts, sondern dessen Abwicklung betrifft, weshalb der pflichtwidrig (nicht im Interesse des Anlegers) handelnde Vermögensverwalter jenen Zustand herzustellen hat, der im Vermögen des Geschädigten bei gehöriger Erfüllung des (einheitlichen) (Verwaltungs-)Vertrags bestünde (positives Erfüllungsinteresse; vgl 9 Ob 85/09d mwN; 7 Ob 21/15m).

Auch wenn die vereinbarte Beratungstätigkeit der Beklagten hier über die „isolierte“ Vermittlung einzelner Anlageprodukte hinausgegangen ist, weil eine laufende Beratung in der Weise erfolgte, dass sie zu Beginn ein

Veranlagungskonzept erstellte, die vermittelten Veranlagungen beobachtete und dem Kläger allenfalls erforderliche Änderungen vorschlug, schuldete sie hinsichtlich der einzelnen Investitionsvorschläge, bei denen es dem Kläger freistand, diese anzunehmen (und die vorgeschlagene Investition [selbst] zu tätigen) oder abzulehnen, doch eine ordnungsgemäße Beratung und Aufklärung. Damit ist aber an dem – auf Kausalitätserwägungen beruhenden – Grundsatz festzuhalten, dass der fehlerhaft beratene Anleger so zu stellen ist, wie er stünde, hätte der Anlageberater pflichtgemäß gehandelt, ihn also richtig und vollständig aufgeklärt (RS0108267; vgl auch RS0030153; dies auch im Rahmen der hier begehrten Naturalrestitution [vgl T18]). Darauf, ob der Beklagten zusätzlich ein Beratungsfehler über das Veranlagungsrisiko vorzuwerfen ist, kommt es für deren Haftung nicht an.

4.1. Hat der Geschädigte selbst durch sorgloses Verhalten eine Ursache gesetzt, die gleichermaßen wie die vom Schädiger gesetzte Ursache geeignet war, den Schaden herbeizuführen, haben beide gemeinsam für den Schaden einzustehen. Das Mitverschulden des Geschädigten an der Herbeiführung seines eigenen Schadens im Sinn des § 1304 ABGB setzt dabei eine Sorglosigkeit gegenüber eigenen Gütern voraus (vgl RS0022681; RS0032045). Bei unrichtiger Anlageberatung kommt ein die Schadenersatzpflicht des Anlageberaters minderndes Mitverschulden des Kunden im Regelfall insbesondere in Betracht, wenn dieser Informationsmaterial nicht beachtet oder Risikohinweise nicht liest (RS0102779 [T6, T7]).

4.2. Der Oberste Gerichtshof lastete geschädigten Anlegern, deren Erwerb vergleichbarer Kommanditbeteiligungen sowohl auf eine (auch hier)

unterbliebene Information über Innenprovisionen, als auch auf ihre eigene Sorglosigkeit in Bezug auf bestimmte Eigenschaften der Beteiligungen (insbesondere auf das damit verbundene Risiko) zurückzuführen war, die die Anlage also sowohl bei Kenntnis der wahren wirtschaftlichen Eigenschaften des Finanzprodukts als auch bei Kenntnis von der Innenprovision nicht erworben hätten, ein Mitverschulden an (vgl etwa 2 Ob 99/16x; 7 Ob 95/17x). Dazu wurde – in Auseinandersetzung mit der Rechtsansicht von *Kronthaler/Schwangler* (Über „Innenprovisionen“ und verbotene „Kick-back-Zahlungen“ – Zugleich eine Besprechung von OGH 2 Ob 99/16x, VbR 2017/79, 121) und *Dullinger* (JBl 2017, 585 [Glosse zu 2 Ob 99/16x]; *dieselbe*, Rechtsfolgen unterlassener Aufklärung über Kick-Back-Provisionen bei der Vermögensanlage, in *Leupold* [Hrsg], Forum Verbraucherrecht 2017, 33 ff) – begründend ausgeführt, dass das Verhalten des Geschädigten eine *conditio sine qua non* für den eingetretenen Schaden sein müsse, um als Mitverschulden Berücksichtigung zu finden. Es komme darauf an, welchen Anteil die Sorglosigkeit des Geschädigten gegenüber eigenen Rechtsgütern am Schadenseintritt – und nicht an der vom Schädiger konkret zu vertretenden Aufklärungspflichtverletzung – habe. Das Verhalten eines erfahrenen und sachkundigen Anlegers, der im Zusammenhang mit dem Erwerb der Beteiligung entsprechende Unterlagen mit Risikohinweisen nicht gelesen habe, sei ebenfalls kausal für den im Erwerb der nicht gewünschten Anlage bestehenden Schaden (vgl etwa 9 Ob 94/18s mwN; 7 Ob 95/17x; zum realen Schaden vgl RS0129706 [T3]).

4.3. Die vom erkennenden Senat in den Entscheidungen 1 Ob 112/17b und 1 Ob 137/18f vertretene

Rechtsansicht, wonach bei mehreren Beratungsfehlern eine Minderung des Schadenersatzes nur in Betracht komme, wenn das sorglose Verhalten des Geschädigten auch in „Korrelation“ zum bzw im Zusammenhang mit dem jeweiligen kausalen (und daher haftungsbegründenden) Aufklärungsfehler stehe, der sich das Berufungsgericht anschloss, wurde in der – nach der angefochtenen Entscheidung ergangenen – Entscheidung 1 Ob 78/19f nicht mehr aufrecht erhalten. Der Senat schloss sich dort der Rechtsansicht der übrigen Senate des Obersten Gerichtshofs an, wonach es für die Schadensteilung bei Mitverschulden nur darauf ankomme, ob dem Geschädigten der Vorwurf eines sorgfaltswidrigen Handelns (in eigenen Angelegenheiten) gemacht werden kann und ob diese Nachlässigkeit ebenfalls für den Eintritt des konkreten Schadens ursächlich war, sich die Sorgfaltswidrigkeit des Geschädigten also auf denselben Schaden bezieht, für dessen Entstehen der Schädiger einzustehen hat.

4.4. Hier ist der Beklagten (zumindest) vorzuwerfen, dass sie den Kläger nicht darüber aufgeklärt hat, dass sie von der Nebeintervenientin Innenprovisionen für die Vermittlung der ihm empfohlenen Kommanditbeteiligungen erhält. Bei entsprechender Aufklärung hätte der Kläger diese Beteiligungen nicht gezeichnet. Die Beklagte erblickt ein Mitverschulden des Klägers darin, dass er sich mit dem ihm zur Verfügung gestellten Informationsmaterial nicht auseinandergesetzt habe. Hätte er dies getan, hätte er das mit den Beteiligungen verbundene Risiko, die der Kläger nicht eingehen habe wollen, erkannt und sich gegen diese Art der Veranlagung entschieden. Damit beziehen sich sowohl der Verschuldens- als auch der Mitverschuldensvorwurf auf denselben einheitlichen (realen) Schaden, der – wie

ausgeführt – darin besteht, dass sich sein Vermögen nach der (irregeleiteten) Anlageentscheidung anders zusammensetzt, als dies nach seinem Anlagewillen der Fall sein sollte. Der Mitverschuldensvorwurf ist daher – entgegen der Rechtsansicht des Berufungsgerichts – nicht von vornherein (mangels Korrelation zum haftungsbegründenden Aufklärungsfehler; hier zur unterlassenen Offenlegung der Innenprovisionen) unbeachtlich, vielmehr ist zu prüfen, ob die erstinstanzlichen Feststellungen ausreichen, um diesen Vorwurf abschließend beurteilen zu können.

4.5. Nach Ansicht der Revisionswerberin hätte der Kläger aus dem ihm zu den Kommanditbeteiligungen übermittelten Informationsmaterial deren tatsächliches (höheres) Risiko erkennen können. Darauf – sowie auf den behaupteten Feststellungsmangel zum Inhalt dieser Informationen – muss aber nicht näher eingegangen werden, weil es dem Kläger im vorliegenden (Einzel-)Fall (vgl. RS0078931; RS0102779 [T8]) nicht als Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten vorgeworfen werden kann, dass er sich mit diesen Unterlagen nicht befasste. Abgesehen davon, dass das Nichtbeachten schriftlicher Risikohinweisen nicht stets und zwingend ein relevantes Mitverschulden des Anlegers begründet (vgl. etwa 4 Ob 62/11p; 9 Ob 50/12m; 7 Ob 5/12d; 4 Ob 135/13a; 7 Ob 221/14x), fällt hier besonders ins Gewicht, dass zwischen dem Kläger und dem Anlageberater ein intensives Vertrauensverhältnis bestand, das soweit ging, dass sich der Kläger – im Einvernehmen mit diesem – ausschließlich auf dessen Beratung verließ und es ihm überließ, sämtliche Informationen für ihn zu „filtern“ und nur solche Anlageprodukte zu empfehlen, die seinen Risikovorgaben entsprechen. Aufgrund dieser – bewusst eingenommenen – besonderen Vertrauensstellung des Beraters

begründet es im vorliegenden (Einzel-)Fall keine vorwerfbare Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten, dass sich der Kläger mit den einzelnen Unterlagen zu den von ihm erworbenen Veranlagungen nicht auseinandersetzte. Damit haben die Vorinstanzen ein relevantes Mitverschulden des Klägers im Ergebnis zu Recht verneint.

5. Der Kostenvorbehalt beruht auf den §§ 50 Abs 1 und 52 Abs 3 ZPO (Kostenvorbehalt des Berufungsgerichts).

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 1. April 2020
Dr. B y d l i n s k i
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: