



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

2 R 168/11g

Das Oberlandesgericht Wien hat durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichts Dr. Dallinger als Vorsitzenden und den Richter des Oberlandesgerichts Dr. Teply sowie den KR Ing. Maier in der Rechtssache der klagenden Parteien [REDACTED] beide [REDACTED] [REDACTED] beide vertreten durch die Poduschka Anwalts-gesellschaft m.b.H. in Perg, gegen die beklagte Partei **AWD Gesellschaft für Wirtschaftsberatung GmbH**, 1030 Wien, Rennweg 9, vertreten durch die Kraft & Winternitz Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen EUR 11.001,64 sA, über die Berufung der klagenden Parteien gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 9.6.2011, 11 Cg 141/10p-16, in nichtöffentlicher Sitzung den

B e s c h l u s s

gefasst:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird aufgehoben und die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach allfälliger Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof ist zulässig.

B e g r ü n d u n g :

Die Kläger haben nach Beratung durch die Beklagte und über deren Vermittlung am 31.5.2007 876,92 Stück Aktien der Immoeast AG um einen Kaufpreis von EUR

10.000,-- erworben.

Mit ihrer Klage begehren die Kläger, die Beklagte schuldig zu erkennen, ihnen Zug um Zug gegen die Übertragung der oben angeführten Wertpapiere EUR 11.001,64 sA zu zahlen. Hilfsweise begehren sie die Feststellung, dass die Beklagte für jeden Schaden hafte, welcher ihnen aus der Vermittlung sowie aus der fehlerhaften Beratung im Zusammenhang mit dem Erwerb dieser Wertpapiere entstehe.

Zur Begründung brachten sie vor, es habe ein Beratungsgespräch mit der Mitarbeiterin der Beklagten Bettina Strasser, zu welcher als Freundin ihrer Tochter ein besonderes Vertrauensverhältnis bestanden habe, stattgefunden. Als Veranlagungsziel hätten sie als konservative Anleger bekannt gegeben, die Ersparnisse mit möglichst sicherem Ertrag und geringem Risiko anlegen zu wollen. Dabei hätten sie betont, bei der Veranlagung kein Risiko eingehen und den Großteil ihres investierten Kapitals ohne Abschläge wieder zurückbekommen zu wollen. Dies sei von der Vertreterin der Beklagten auch zugesichert worden. Als Veranlagungszeitraum hätten sie rund fünf Jahre genannt, weil sie eine Altersvorsorge aufbauen wollten. Die Beklagte habe die klagsgegenständlichen Wertpapiere als für den geschilderten Anlagezweck geeignet bezeichnet, diese nachdrücklich empfohlen und versichert, dass die vermittelten Wertpapiere höchste - mit einem Sparbuch vergleichbare - Sicherheit aufweisen würden. Durch die Veranlagung würden sie aber eine wesentlich höhere Rendite lukrieren können. Die Kläger hätten keine Erfahrungen mit Veranlagungen gehabt, was der Beklagten bekannt gewesen sei. Sie hätten dieser als professionellem Finanzdienstleistungsunternehmen uneingeschränktes Vertrauen entgegengebracht.

Im Beratungsgespräch habe die Beklagte die vermittelten Wertpapiere in irreführender Weise als „Immobili-

enpapiere" bzw als „Immobilienbeteiligung" dargestellt. Dass es sich dabei um eine Aktie mit beträchtlichem Risiko handle, sei verschwiegen worden. Über die Möglichkeit eines Teil- oder sogar Totalverlustes nicht nur der erwirtschafteten Rendite, sondern auch des eingesetzten Kapitals sei nicht informiert worden. Die Kläger seien überzeugt gewesen, eine wertbeständige und krisenfeste Beteiligung an Immobilien zu erwerben. Eine Aufklärung über das wahre Risiko der Veranlagung sei unterblieben.

Die Kläger hätten für den Kauf der verfahrensgegenständlichen Wertpapiere einen Großteil ihrer Ersparnisse aufgewendet. Bei richtiger Beratung hätte die Kapitalveranlagung auf mehrere unternehmens- und branchenverschiedene Anlageprodukte aufgeteilt werden müssen.

Die Beklagte habe die Kläger nicht darüber aufgeklärt, in welcher Höhe Provisionen und andere sogenannte „Retrozessionen" für die von ihr vermittelten Wertpapiergeschäfte fließen und das eingesetzte Kapital schmälern würden.

Nach dem Auftreten von Kursverlusten hätten die Kläger die Beklagte kontaktiert und nachgefragt, ob nicht ein Ausstieg durch Verkauf der Papiere ratsam sei. Diese habe jedoch diese Bedenken zerstreut und ihnen nachdrücklich vom Verkauf der Wertpapiere abgeraten. Im Vertrauen auf die Zusicherung der Beklagten, dass es sich nur um eine vorübergehende Krise handle, hätten die Kläger ihre Wertpapiere gehalten.

Durch die dargestellten Handlungen und Unterlassungen habe die Beklagte gegen ihre sich aus §§ 1299 ff ABGB sowie aus §§ 13 ff WAG 1997 ergebenden Aufklärungs-, Informations-, Nachforschungs- und Wohlverhaltenspflichten verstoßen. Bei richtiger Anlageberatung hätten die Kläger von der Zeichnung der klagsgegenständlichen Wertpapiere Abstand genommen bzw zum ehestmöglichen Zeitpunkt

verkauft. Die Beklagte hafte ihnen aus dem Titel des Schadenersatzes für sämtliche aus der fehlerhaften Beratung entstandenen Schäden und Nachteile. Begehrt werde in erster Linie die Rückabwicklung der vermittelten Geschäfte im Sinne einer Naturalrestitution. Die Beklagte habe den Klägern daher Zug um Zug gegen Rückübertragung der erworbenen Wertpapiere den Ankaufspreis von EUR 10.000,-- sowie den entgangenen Zinsgewinn einer alternativen Veranlagung als positiven Schaden von 4% p.a. - was sowohl dem gesetzlichen Zinssatz entspreche als auch jenem Zinssatz, zu dem die Kläger das Geld bankmäßig hätten anlegen können, als auch der marktüblichen Verzinsung festverzinslicher Wertpapiere - für den Zeitraum von 31.5.2007 bis 30.11.2009 von EUR 1.001,64 zu zahlen. Für den Fall, dass Naturalrestitution nicht möglich sei, werde hilfsweise das Feststellungsbegehren erhoben.

Die Beklagte bestritt das Klagebegehren, beantragte Klagsabweisung und führte aus, Gegenstand der Vermittlung sei der Ankauf der in der Klage angeführten Aktien im Wege eines Einmalerlages gewesen. Die Kläger seien von der Beklagten ordnungsgemäß beraten worden. Diese hätten eine mittelfristige Veranlagung mit einem Veranlagungshorizont von vier bis acht Jahren bei einem Veranlagungsziel „höheres Kapitalwachstum“ bei „mittlerer Risikobereitschaft“ angestrebt. Die Kläger seien von der AWD-Beraterin insbesondere darüber aufgeklärt worden, dass es sich bei der beabsichtigten Kapitalanlage um eine dem Risiko von Kursschwankungen ausgesetzte Immobilienaktie handle. Dies hätten sie mit Unterfertigung der Gesprächsnotiz bestätigt und zur Kenntnis genommen. Unrichtig sei, dass die Kläger stets die Sicherheit der Veranlagung in den Vordergrund gestellt hätten und dass die Immoeast-Aktie als Wertpapier mit höchster Sicherheit dargestellt worden sei. Vielmehr seien die Kläger bereit gewesen, bei

Risiko ein höheres Kapitalwachstum zu lukrieren.

Die Beklagte sei als bloße Vermittlerin, die über keine Konzession zur Vermögensverwaltung verfüge, nicht zur Offenlegung der Höhe der erhaltenen Provisionen verpflichtet. Dass die Beklagte von den jeweiligen Produktpartnern Provisionen erhalte, sei den Klägern mitgeteilt worden und sei im Übrigen offenkundig, weil sie kein Entgelt von den Kunden verlange. Ein diesbezüglicher Hinweis sei sowohl in der jedem Kunden zur Verfügung gestellten Präsentation der Beklagten als auch im Stammdatenblatt enthalten.

Die Kläger hätten über Kenntnisse über das Wesen einer Aktie verfügt, zumal sie Erfahrungen mit Aktien der Immofinanz AG gehabt hätten. Damit sei ihnen auch die jeder Aktie immanente Möglichkeit von Kursschwankungen bzw Kursverlusten bekannt gewesen. Ihre Behauptung, von höchster Sicherheit, vergleichbar mit einem Sparbuch, ausgegangen zu sein, sei daher nicht haltbar. Die verfahrensgegenständlichen Wertpapiere seien zum Zeitpunkt der Veranlagung durch die Kläger keine überdurchschnittlich riskanten Papiere gewesen. Nach Meinung sämtlicher Analysten und Ratingagenturen habe es sich bei Immobilienaktien wie jene der Immofinanz und der Immoeast um Werte gehandelt, die zum Zeitpunkt des Erwerbs durch die Kläger und auch noch darüber hinaus bis Anfang des Jahres 2008 mit Kaufempfehlungen versehen gewesen seien. Über mögliche Kursschwankungen seien die Kläger aufgeklärt worden.

Zwischen einer allfälligen fehlerhaften Beratung durch die Beklagte und dem eingetretenen Schaden bestehe kein Kausalzusammenhang, da Wertpapiere ihrer Natur nach eine volatile Veranlagungsform darstellten und die den massiven Kursverlust im Spätsommer und Herbst 2008 auslösenden Umstände - nämlich Malversationen innerhalb der Immofinanz-Gruppe - nicht der Beklagten angelastet werden

könnten. Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs sei der Anlageberater und -vermittler aber nicht verpflichtet, gesondert auf das jeder Veranlagung immanente Malversationsrisiko hinzuweisen. Es liege ein Anwendungsfall des „Dazwischentretens einer fremden Willensbetätigung“ vor, durch die der Zurechnungszusammenhang durchbrochen werde.

Die Zweitklägerin habe bereits im Mai 2004 Aktien der Immofinanz AG erworben und diese im September 2006 mit einem Gewinn von rund 30% verkauft. Des Weiteren habe sie auch Aktien der Conwert Immobilien Invest AG erworben und diese ebenfalls zum Großteil im September 2006 mit Gewinn wieder veräußert. Die Zweitklägerin sei daher zum Zeitpunkt des Ankaufs der klagsgegenständlichen Wertpapiere mit Immobilienaktien bestens vertraut gewesen. Sowohl aufgrund ihrer einschlägigen Erfahrungen als auch aufgrund der jährlichen Depotwertstandsbenachrichtigungen sei dieser die Volatilität des Investments bekannt gewesen.

Die Kläger seien ab 2008 häufig über das interne Intranet-System der Beklagten in ihr Portfolio „eingestiegen“ und hätten die Entwicklung ihrer Investitionen beobachtet. Sie müssten seit Juni 2007, spätestens aber seit Anfang 2008 erkannt haben, dass es sich bei den von ihnen gezeichneten Aktien um volatile Wertpapiere handle. Anstatt möglichen Kursverfällen tatenlos zuzusehen, hätten die Kläger die Aktien umgehend verkaufen müssen. Darin, dass sie die Aktien stattdessen gehalten hätten, liege eine Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten, die den Vorwurf eines erheblichen Mitverschuldens begründe.

Das Begehren auf Rückabwicklung sei verfehlt, weil die Beklagte bei der gegenständlichen Wertpapiertransaktion lediglich Vermittler gewesen sei. Bestritten werde, dass die Kläger mit einer alternativen Anlage einen

Gewinn von 4% p.a. erzielen hätten können.

In der mündlichen Streitverhandlung brachte die Beklagte vor, dass sich aus sämtlichen Transaktionen, die die Kläger über ihre Vermittlung durchgeführt habe, bis zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung erster Instanz ein Plus ergebe.

Die Kläger bestritten dieses Vorbringen. Das von der Beklagten ins Treffen geführte Anlegerprofil sei vom AWD-Berater nicht mit den Klägern durchbesprochen, sondern jeweils erst nach dem konkreten Beratungsgespräch ausgefüllt und von diesem als bloße Formalie abgetan worden. Es enthalte als Vertragsformblatt überdies teils rechtswidrige und somit unwirksame Klauseln. Die Ankreuzungen würden von der mündlichen Beratung abweichen und in keiner Weise den Angaben und Wünschen der Kläger entsprechen. Abgesehen von dem bereits in der Klage dargestellten Fehlverhalten habe die Beklagte die sie treffenden Aufklärungs-, Informations-, Nachforschungs- und Wohlverhaltenspflichten auch dadurch verletzt, dass sie die Kläger nicht über das ihnen gesetzlich zustehende Rücktrittsrecht gemäß § 3 KSchG aufgeklärt habe. Der formularmäßig abgefasste Passus in den Gesprächsnotizen reiche hierzu nicht aus. Aus diesem Grund werde auch der Rücktritt von den geschlossenen Wertpapierkaufverträgen hiermit geltend gemacht.

Die AWD-Beraterin Bettina Strasser habe stets den irreführenden Begriff „Immobilienbeteiligung“ ins Treffen geführt, um den Klägern zu suggerieren, es würde sich dabei nicht um eine normale Aktie handeln, sondern um eine Art Immobilienbeteiligung, die auch in Krisenzeiten ihren Wert behalte.

Die Anlageberatungen der Beklagten seien darauf angelegt gewesen, möglichst hohe Provisionen zu lukrieren, wobei solche sowohl für den Abschluss als auch für

das längerfristige Behalten von Wertpapieren bezahlt worden seien. Die Abschlussprovisionen der Beklagten seien je nach Anbieter unterschiedlich hoch gewesen, wobei für Immobilienaktien die höchsten Provisionen gezahlt worden seien, weshalb die Berater bestrebt gewesen seien, den Kunden möglichst eine Investition in Immobilien zu vermitteln. Diese seien über die unterschiedliche Provisionshöhe nicht informiert worden. Verschwiegen worden sei auch, dass die Beklagte eine Bestandsprovision von 0,5% vom vermittelten Portfolio pro Jahr kassiert habe. Vor diesem Hintergrund werde verständlich, dass die Beklagte von einem Verkauf der Immobilienaktien abgeraten habe, als die Kurse ab Frühjahr 2007 zu fallen begonnen hätten. Die Bestandsprovision entspreche „Retrozessionen“ oder „Kick-Back“ Zahlungen. Über den dadurch entstehenden Interessenkonflikt wären die Kunden aufzuklären gewesen.

Die AWD-Beraterin habe ihre Zusage, die Kurse zu beobachten und die Klägerin zu verständigen, wenn es zu einem Kurseinbruch kommen sollte, nicht eingehalten.

Die Kläger treffe kein Mitverschulden.

Mit dem angefochtenen Urteil wies das Erstgericht die Klage zur Gänze ab. Dazu traf es folgende Feststellungen:

Die Kläger haben neben den klagsgegenständlichen Papieren zahlreiche andere Wertpapiere gekauft, und zwar sämtliche nach Vermittlung durch den AWD und sämtliche über Beratung durch Bettina Strasser. Dabei hat sich Bettina Strasser zwar nicht ausdrücklich zur Nachberatung verpflichtet, diese aber in Aussicht gestellt und defakto durchgeführt, indem sie immer wieder auch von sich aus zu Umschichtungen geraten hat.

Bei jedem Wertpapierkauf hat Bettina Strasser mit den Klägern eine Gesprächsnotiz zur Beratung ausgefüllt. Sie stellte dabei das Wertpapier jeweils samt seinen

Risiken dar. Die Kläger legten aber keinen Wert darauf und erklärten jeweils nur: „Du machst das schon Bettina, wir vertrauen dir!“ Jeden der Vorschläge von Bettina Strasser führten die Kläger sodann auch tatsächlich durch.

Die Kläger wussten bei den Abschlüssen, insbesondere beim klagsgegenständlichen Kauf der Immoeast Aktien, dass es sich bei den vermittelten Papieren um Aktien handelt, er hat gewusst, dass Aktien Schwankungen in Bezug auf ihre Wechselkurse unterliegen, und er wusste auch, was passiert, wenn eine Firma in Konkurs geht, insbesondere, dass dann die Aktienkurse auch auf einen Wert von Null sinken können.

Das gesamte Portfolio beider Kläger (nämlich beide Depots, bei denen Bettina Strasser beratende tätig geworden ist) hat nie einen Verlust ausgewiesen und weist auch zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung einen Gewinn aus. Ein Schaden ist im Vermögen der beiden Kläger daher auch durch die Beratung seitens Bettina Strasser nicht eingetreten.

In rechtlicher Hinsicht ging das Erstgericht aufgrund des Zeitpunktes des Geschäftsabschlusses von der Anwendbarkeit des WAG 1996 aus. Voraussetzung für einen darauf gestützten Schadenersatzanspruch sei nach den §§ 1295 ff ABGB grundsätzlich, dass ein rechtswidriges Verhalten einer Person kausal zu einem Schaden eines anderen führe. Im vorliegenden Fall sei nach den Feststellungen davon auszugehen, dass zwischen den Streitparteien zwar kein Vermögensverwaltungsvertrag zustande gekommen sei, jedoch laufend Vermittlungen von Wertpapiergeschäften vorgenommen worden seien. Dabei habe ein derartiges Vertrauensverhältnis mit der den Klägern auch persönlich bekannten Vermittlerin bestanden, dass jene alle ihre Ratschläge - ohne auf eine detaillierte

Beratung Wert zu legen - angenommen hätten. Dabei habe sich die Beraterin nach den Feststellungen zwar nicht zur Nachberatung verpflichtet, diese aber defakto durchgeführt, indem sie auch immer wieder Umschichtungen empfohlen habe, was ebenfalls unhinterfragt von den Klägern angenommen worden sei. Insgesamt stelle sich daher die Geschäftsbeziehung zwischen den Streitparteien so dar, dass bei einer Vielzahl von Anlageentscheidungen, seien es Käufe oder Umschichtungen, durch Bettina Strasser beraten worden sei, wobei immer wieder versucht worden sei, konkrete Produkte darzustellen, was von den Klägern aber mit dem Hinweis auf das besondere Vertrauensverhältnis abgetan worden sei. Das Rechtsverhältnis sei daher trotz der einzelnen Käufe insofern als eine Einheit zu betrachten, als immer wieder gleich gelagerte Beratungssituationen vorgelegen seien. Durch diese stetig in gleicher Weise ablaufende Beratung hätten die Kläger nach den Feststellungen insgesamt Gewinne lukriert. Damit sei ihnen durch ein allfälliges Fehlverhalten der Beraterin jedenfalls kein Schaden entstanden. Nach ständiger Rechtsprechung sei nämlich bei gleichlautender Beratung in gleichartigen Geschäftsfällen nicht im Sinne einer „Rosinentheorie“ vorzugehen, wonach einzelne Verluste geltend gemacht werden könnten, während die Gewinne nicht gegengerechnet würden, sondern sei vielmehr ein Schaden nur dann eingetreten, wenn die Gesamtberatungssituation zu einem Verlust geführt habe. Dies sei hier nicht der Fall, sodass den Klägern insgesamt durch die Tätigkeit der Beklagten kein Schaden entstanden sei.

Darüber hinaus liege nach den Feststellungen auch kein Verstoß gegen die Wohlverhaltensregeln nach dem WAG 2007 vor. Den Klägern sei bewusst gewesen, dass das klagsgegenständliche Papier eine Aktie sei, dass Aktien

Schwankungen unterliegen und dass bei einer Insolvenz der AG auch ein Totalverlust des eingesetzten Aktienkapitals eintreten könne. Eine Beratung über den Klägern ohnehin bekannte Tatsachen hätte daher an deren Kaufentscheidung nichts geändert. Die unterlassene Beratung zu einer anderen Risikostreuung könne der Beklagten schon deshalb nicht vorgeworfen werden, weil bei der gewählten tatsächlich kein Verlust eingetreten sei. Dass sie bei ordnungsgemäßer Risikostreuung noch höhere Gewinne erzielt hätten, hätten die Kläger nicht konkret behauptet. Dass ein Wertpapierunternehmen ebenso wie der einschreitende Berater Provisionen erhalte, sei eine allgemein bekannte Tatsache. Eine Aufklärung über die konkrete Höhe der Provisionen sei nicht geboten. Eine Verpflichtung zur nachvertraglichen Beratung habe die Beklagte nicht übernommen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Kläger wegen unrichtiger und unvollständiger Tatsachenfeststellung und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem auf Klagsstattgebung gerichteten Abänderungsantrag; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagte beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist im Sinne des Aufhebungsantrages berechtigt.

Es ist sogleich auf die Rechtsrüge einzugehen, weil damit auch die - ohnedies überwiegend sekundäre Feststellungsmängel aufzeigende - Beweistrüge ihre Erledigung findet.

1. Die Berufung wendet sich zunächst gegen die tragende Begründung des Erstgerichtes, die Klage sei ausgehend von der im Rahmen der Beweistrüge bekämpften Feststellung, wonach das gesamte Portfolio beider Kläger

nie einen Verlust und auch zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung erster Instanz einen Gewinn aufgewiesen habe, schon mangels eines durch die Beratungstätigkeit der Beklagten bei den Klägern eingetretenen Schadens abzuweisen gewesen. Das Erstgericht habe zu Unrecht die vom Obersten Gerichtshof ausschließlich für die fehlerhafte Vermögensverwaltung entwickelten Grundsätze (9 Ob 85/09d; 6 Ob 91/10s) der Berechnung des Nichterfüllungsschadens auf die vorliegende mangelhafte Anlageberatung übertragen.

Diese Rüge ist berechtigt.

In der Grundsatzentscheidung 9 Ob 85/09d hat sich der Oberste Gerichtshof mit der Ermittlung des Schadens bei fehlerhafter Vermögensverwaltung auseinandersetzt und ausgeführt, dass begrifflich zwischen Anlageberatung und Vermögensverwaltung zu unterscheiden sei. Während der Anlageberater die fachkundige Beratung über die Veranlagung des Kundenvermögens schulde, habe die (diskretionäre) Vermögensverwaltung die Verwaltung des Kundenportefolios mit Verfügungsmacht im Auftrag des Kunden zum Inhalt. Der Vertragspartner erhalte vom Kunden den mit einer entsprechenden Vollmacht gekoppelten Auftrag, einen Teil seines Vermögens oder sein Gesamtvermögen, das aus Finanzinstrumenten bestehe, entsprechend den Ablagerichtlinien im Namen und auf Rechnung des Kunden zu gestionieren, und zwar im Regelfall ohne vorherige Rücksprachepflicht mit dem Kunden. Der Vermögensverwaltungsvertrag sei als Bevollmächtigungsvertrag iSd §§ 1002 ff ABGB einzuordnen. Den Vermögensverwalter treffe eine umfassende Interessenwahrungs- sowie entsprechende Informationspflicht. Die Haftung des Anlageberaters knüpfe bei einem Beratungsfehler an der Verletzung vorvertraglicher oder beratervertraglicher Aufklärungs-

und Informationspflichten an. Der Nachteil für den Anleger liege bereits im Erwerb nicht gewünschter Vermögenswerte, die er bei richtiger Beratung nicht gekauft hätte. Der Geschädigte sei so zu stellen, wie er stünde, wenn der Berater pflichtgemäß gehandelt, ihn also richtig aufgeklärt hätte. Es gebühre demnach der - konkret oder abstrakt zu berechnende - Vertrauensschaden. Beziehe sich der Vorwurf rechtswidrigen Verhaltens hingegen auf die Durchführung der Vermögensverwaltung, so betreffe der begehrte Schadenersatz nicht die Wurzel des Geschäfts, sondern dessen Abwicklung. Entstehe der Schaden in diesem Sinn durch Nichterfüllung einer gültig begründeten Hauptleistungsverpflichtung, so habe der Schädiger jenen Zustand herzustellen, der im Vermögen des Geschädigten bei gehöriger Erfüllung bestünde. Ausgangspunkt für die Ermittlung dieses Nichterfüllungsschaden sei die getroffene Vereinbarung. Die Klägerin sei so zu stellen, wie sie bei vereinbarungsgemäßer Geschäftsabwicklung, also pflichtgemäßer Gestionierung des Portfolios stünde. Die Frage nach der Zielerreichung bzw nach dem Vorliegen einer fehlerhaften Vermögensverwaltung betreffe die Entwicklung des gesamten Portfolios und daher die Veranlagung in ihrer Gesamtheit. Die vom Berufungsgericht zu Recht abgelehnte „Rosinentheorie“ schließe im vorliegenden Fall nicht nur eine isolierte Betrachtung der Entwicklung der derzeit noch im Portfolio gehaltenen Wertpapiere aus, sondern ebenso eine Zergliederung der im Rahmen der Gesamtstrategie erfolgten Erwerbsvorgänge in vertragsgemäße und vertragswidrige Tradings. Für die Ermittlung des Nichterfüllungsschadens habe daher eine Gesamtbetrachtung stattzufinden (9 Ob 85/09d).

Wie das Erstgericht selbst zutreffend erkannt hat, wurde zwischen den Streitteilen kein

Vermögensverwaltungsvertrag abgeschlossen. Die von ihm als wesentlich erachteten Umstände, dass die Kläger von der Beklagten bei einer Vielzahl von - inhaltlich nicht näher konkretisierten - Anlageentscheidungen beraten wurden und dass jeweils gleich gelagerte Beratungssituationen vorlagen, ändern nichts daran, dass die Beklagte jeweils als Anlageberater tätig wurde, die im Falle des Vorliegens der ihr vorgeworfenen Beratungsfehler für den Vertrauensschaden und nicht für den Nichterfüllungsschaden einzustehen hat. Ein die analoge Anwendung der für die Vermögensverwaltung geltenden Schadensberechnung rechtfertigendes Rechtsverhältnis wurde dadurch zwischen den Streitparteien nicht begründet. Da es für die Schadensermittlung im vorliegenden Fall somit nicht auf die Entwicklung des gesamten von den Klägern gehaltenen Portfolios, sondern allein auf jene der gekauften Immoeast-Aktien ankommt, vermag die Feststellung, dass die beiden Depots, bei denen Bettina Strasser beratend tätig geworden ist, keinen Verlust aufwiesen, und durch die Beratungstätigkeit durch Bettina Strasser im Vermögen der Kläger kein Schaden eingetreten sei, die Klagsabweisung nicht zu rechtfertigen, sodass auf die die Richtigkeit dieser Feststellung in Frage stellenden Ausführungen der Beweisrüge nicht eingegangen werden muss.

2. Des Weiteren bekämpfen die Berufungswerber die rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes, dass der Beklagten keine Verletzung ihrer Wohlverhaltenspflichten nach dem WAG vorgeworfen werden könne.

Dazu ist auszuführen, dass die Kläger im Verfahren erster Instanz ausführliches und detailliertes Vorbringen zu den der Beklagten vorgeworfenen Verstößen gegen ihre Aufklärungs-, Informations- Nachforschungs- und Wohlverhaltenspflichten erstattet haben. Zu diesen

umfangreichen Tatsachenbehauptungen hat das Erstgericht im Wesentlichen lediglich die nachfolgenden, von der Berufung im Rahmen der Beweisrüge bekämpften Feststellungen getroffen

„Bei jedem Wertpapierkauf hat Bettina Strasser mit den Klägern eine Gesprächsnotiz zur Beratung ausgefüllt. Sie stellte dabei das Wertpapier jeweils samt seinen Risiken dar. Die Kläger legten aber keinen Wert darauf und erklärten jeweils nur: „Du machst das schon Bettina, wir vertrauen dir!“

Die bekämpften Feststellungen sind derart knapp und unbestimmt, dass ihnen selbst unter Zuhilfenahme der Überlegungen des Erstgerichtes im Rahmen der Beweiswürdigung weder Aussagen zu den - aber gerade entscheidungswesentlichen - näheren Modalitäten des Ausfüllens der Gesprächsnotiz noch zum Inhalt der Risikoaufklärung der Kläger durch Bettina Strasser zu entnehmen sind. Da nicht zu erkennen ist, dass das Erstgericht damit mit dem Vorbringen der Kläger - welches sich in den begehrten Ersatzfeststellungen widerspiegelt - im Widerspruch stehende Feststellungen getroffen hätte, werden mit der Beweisrüge in Wahrheit sekundäre Feststellungsmängel geltend gemacht. Diese sind relevant, weil für die abschließende rechtliche Beurteilung des Vorliegens der behaupteten Beratungsfehler Feststellungen zum Inhalt der Beratung und Aufklärung der Kläger durch Bettina Strasser über das Wertpapier unerlässlich sind. Der Hinweis, dass die Kläger „darauf aber keinen Wert legten und erklärten „Du machst schon Bettina, wir vertrauen dir“, macht diese Feststellungen im Hinblick auf die Behauptung der Kläger, sie hätten diese Erklärung gerade aufgrund der unrichtigen, jedes Risiko der Wertpapiere leugnenden Beratung durch Bettina Strasser abgegeben, nicht obsolet. Das angefochtene Urteil leidet

somit an sekundären Feststellungsmängeln, die zur Urteilsaushebung führen mussten. Im fortgesetzten Verfahren werden daher konkrete Feststellungen zu den Umständen und zum Inhalt der Beratung der Kläger durch Bettina Strasser im Sinne des wechselseitigen Parteilichbringens zu treffen sein.

3. Die Kläger haben das Klagebegehren im Verfahren erster Instanz auch auf das Vorbringen gestützt, dass ihnen die Beklagte verschwiegen habe, dass sie für die vermittelten Immobilienaktien nicht nur höhere Abschlussprovisionen als für die Vermittlung vergleichbarer Wertpapiere, sondern auch eine Bestandsprovision von 0,5% vom vermittelten Portfolio pro Jahr bezogen habe, wodurch sie eine wesentliche, in § 13 Z 2 und 4 WAG wurzelnde Aufklärungspflicht verletzt habe. Die Berufung rügt nun als sekundären Feststellungsmangel, dass das Erstgericht hierzu im Hinblick auf seine Rechtsansicht, es sei eine allgemein bekannte Tatsache, dass ein Wertpapierunternehmen Provisionen erhalte, eine Aufklärung über deren konkrete Höhe sei nicht geboten, keine Feststellungen getroffen hat.

Dazu ist auszuführen:

Der Oberste Gerichtshof hat die Frage, ob ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen einen Anleger nach § 13 Z 4 WAG (1996) über „Kick-back“-Vereinbarungen aufzuklären hat, bislang nur für die diskretionäre Vermögensverwaltung beantwortet und dazu in der Entscheidung 6 Ob 110/07f ua Folgendes ausgeführt:

„Nach herrschender Auffassung beinhaltet die Verpflichtung, „alle zweckdienlichen Informationen mitzuteilen“ und sich „um die Vermeidung von Interessenkonflikten zu bemühen“, vor allem auch, dem Kunden Retrozessionsvereinbarungen („Kick-back“- Vereinbarungen) offenzulegen (...). Darunter - dem Begriff Retrozession entspricht jener des „Kick-Back“ - werden insbesondere bei der Vermögensverwaltung Vereinbarungen des

Vermögensverwalters mit der Depotbank verstanden, durch die der Vermögensverwalter für die Veranlassung von Wertpapiergeschäften (überwiegend) umsatzabhängige Provisionen erhält. Diese Vergütungen werden wiederum in der Regel aus Mitteln gezahlt, welche die Bank vom Kunden für die Durchführung der veranlassten Wertpapiergeschäfte und die Depotverwaltung erhält (Assmann, Interessenkonflikte und „Inducements“ im Lichte der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente [MiFID] und der MiFID-Durchführungsrichtlinie, ÖBA 2007, 40 [53]; vgl auch Arendts aaO; Schäfer in Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts² [1997] § 28 Rz 48; Hess aaO; Benicke, Wertpapiervermögensverwaltung [2006] 690; deutscher BGH ZIP 1989, 830, NJW 2001, 962). Die durch eine Retrozessionsvereinbarung geschaffene Gefährdung der Kundeninteressen besteht darin, dass ein Anreiz geschaffen wird, sowohl bei der Auswahl der Bankverbindung als auch hinsichtlich der Anzahl und des Umfangs der für den Kunden des Vermögensverwalters über die Bank abzuwickelnden Geschäfte nicht allein das Interesse des Kunden, sondern auch das eigene Interesse an möglichst umfangreichen Vergütungen der Bank zu berücksichtigen (deutscher BGH NJW 2001, 962, NJW 2007, 1876). Ein solcher Interessenkonflikt tritt bei der Vermögensverwaltung verstärkt auf, weil das Korrektiv einer von Fall zu Fall getroffenen, autonomen Entscheidung des Kunden fehlt (Koller in Assmann/Schneider, WpHG4 [2006] § 31 Rz 85; vgl auch Benicke aaO 694). Ein Anlageverwalter, der beim Kapitalanleger über eine hinreichende Vertrauensstellung verfügt, kann in diesem Sinne - vom Interesse des Anlegers her nicht gerechtfertigte - Provisionen durch Ausnutzung einer ihm erteilten Vollmacht „schinden“ (NJW 2004, 3423). Unter Spesentreiberei („Churning“) - als Steigerung - versteht man schließlich den durch das Interesse des Kunden nicht gerechtfertigten häufigen Umschlag eines Anlagekontos, durch den der Broker oder der Vermittler oder beide sich zu Lasten der Gewinnchancen des Kunden Provisionseinnahmen verschaffen (vgl BGH NJW 1995, 1225, NJW-RR 2000, 51, NJW 2004, 3423; eingehend dazu Benicke aaO 690). (...) Den Vermögensverwalter traf eben

gemäß § 13 Z 4 WAG grundsätzlich die Pflicht, den Kunden über diese Zuwendungen zu informieren und sich um dessen Genehmigung zu bemühen (Koziol, ÖBA 2003, 483; Oppitz in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht VI² [2007] Rz 2/78). Dabei ist ein strenger Maßstab anzulegen (so auch der deutsche BGH NJW 2001, 962; vgl auch Lang, Informationspflichten bei Wertpapierdienstleistungen [2003] 517). Auch die Durchführungsrichtlinie 2006/73/EG strebt an, dass Wertpapierdienstleistungen ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse der Kunden erbracht werden; sie versucht, jeglichen Einfluss auf die Beratungs- oder Empfehlungstätigkeit durch Geldzahlungen hintanzuhalten (Oppitz aaO mwN).

Ob die beschriebene Aufklärungspflicht auch den freien Anlageberater trifft, wurde vom Obersten Gerichtshof bislang noch nicht entschieden. Wohl aber war diese Frage Gegenstand der Entscheidung des deutschen BGH zu III ZR 196/09, auf welche sich die Berufungsgegnerin beruft. Darin hat der BGH ausgesprochen, dass für den nicht bankmäßig gebundenen, freien Anlageberater - soweit nicht § 31d des Wertpapierhandelsgesetzes eingreife - keine Verpflichtung gegenüber seinem Kunden bestehe, ungefragt über eine ihm bei der empfohlenen Anlage erwartete Provision aufzuklären, wenn der Kunde selbst keine Provision zahle und offen ein Agio oder Kosten für die Eigenkapitalbeschaffung ausgewiesen würden, aus denen ihrerseits die Vertriebsprovisionen aufgebracht würden. In der Begründung führte der BGH aus, es sei anerkannt, dass eine Bank, die einen Kunden über Kapitalanlagen berate und Fondsanteile empfehle, bei denen sie versteckte Rückvergütungen erhalte, diesen Kunden über eine solche Rückvergütung aufzuklären habe, um ihm einen insofern bestehenden Interessenkonflikt der Bank offenzulegen. Aufklärungspflichtige Rückvergütungen lägen dabei nur dann vor, wenn Teile der Ausgabeaufschläge oder Verwaltungsgebühren, die der Kunde über die Bank an die

Gesellschaft zahle, hinter seinem Rücken an die beratende Bank umsatzabhängig zurückfließen würden, so dass diese ein für den Kunden nicht erkennbares besonderes Interesse habe, gerade diese Beteiligung zu empfehlen. Diese vom Bundesgerichtshof für die Beratung einer Bank gegenüber ihrem Kunden unter Berücksichtigung der vertraglichen Beziehung zwischen ihnen und den daraus folgenden Besonderheiten abgeleiteten Grundsätze seien auf den Beratungsvertrag zwischen einem Anleger und einem freien, nicht bankgebundenen Anlageberater regelmäßig nicht übertragbar. Lasse sich ein Anleger durch einen freien Anlageberater über eine Kapitalanlage beraten, und zahle er selbst keine Provision für die Anlageberatung, so liege es auf der Hand, dass der Anlageberater von der kapital-suchenden Anlagegesellschaft Vertriebsprovisionen erhalte, die jedenfalls wirtschaftlich betrachtet dem vom Kunden an die Anlagegesellschaft gezahlten Betrag entnommen sei. Da der Anlageberater mit der Beratung selbst sein Geld verdienen müsse, könne auch nicht angenommen werden, er würde diese Leistungen insgesamt kostenlos erbringen. Dabei werde dem Kunden des Anlageberaters besonders deutlich vor Augen geführt, dass der Berater seine Vergütung von der Anlagegesellschaft erhalte, wenn er Verwaltungsgebühren oder Ausgabeaufschläge zusätzlich zum Anlagebetrag zahlen müsse, die dem Kapitalstock seiner Anlage nicht zugute kämen. Ein Interessenkonflikt im Hinblick auf die verdiente Provision könne sich deshalb nur aus der Provisionshöhe der konkret empfohlenen Anlage im Vergleich zur Provisionshöhe bei anderen Anlageprodukten ergeben. Da dem Kunden das generelle Provisionsinteresse bekannt sei, sei es ihm unschwer möglich, so er Zweifel an der anlegergerechten Beratung habe, diese von seinem Anlageberater zu erfragen.

Nach der - auf den vorliegenden Fall noch nicht

anwendbaren - Bestimmung des § 39 WAG 2007 ist für Rechtsträger gemäß § 15 Abs 1 WAG (ua Kreditinstitute, Wertpapierfirmen und Wertpapierdienstleistungsunternehmen) ein Verbot der Gewährung oder Annahme von Vorteilen in Zusammenhang mit der Erbringung von Wertpapier- und Nebendienstleistungen vorgesehen. Derartige Vorteile sind nach der weiten Definition des § 39 Abs 2 WAG Gebühren, Provisionen, sonstige Geldleistungen oder nicht in Geldform angebotene Zuwendungen. Erfasst sind nur Zuwendungen, die von einem Dritten gewährt werden; typisch sind vor allem Vertriebs(folge)- bzw Bestandsprovisionen und sogenannten „Kick-back-Provisionen (=Retrozessionen, Rückvergütungen). Verbotszweck ist die Hintanhaltung von Interessenkonflikten des Wertpapierdienstleisters; dieser soll seine Tätigkeit ausschließlich nach den Interessen des Kunden ausrichten und daher keinen externen, finanziellen Anreizen unterliegen (*Leupold*, Zivilrechtliche Folgen der Verletzung von Offenlegungspflichten über Rückvergütungen, Zak 2010, 387 mwN).

Der vorliegende Fall zeichnet sich nun dadurch aus, dass die Beklagte nach den Klagsbehauptungen für die Vermittlung der verfahrensgegenständlichen Wertpapiere nicht nur eine deutlich höhere Vermittlungsprovision im Vergleich zur Provisionshöhe bei anderen Anlageprodukten, sondern darüber hinaus auch Bestandsprovisionen erhalten haben soll. Anders als Kick-backs lösen solche Bestandsprovisionen nicht in erster Linie einen Anreiz für einen exzessiven Handel mit Kick-backs generierenden Produkten aus, sondern veranlassen den Begünstigten, Anlagen von Anbietern, die Bestandsprovisionen bezahlen, gegenüber den Produkten anderer Anbieter, die dies nicht in vergleichbarem Umfange tun, zu bevorzugen. Hinzu kommt, dass sich Bestandsprovisionen nach Art der Produkte und innerhalb gleicher Produktgruppen nach ihrer Höhe recht deut-

lich unterscheiden, sodass ein Interessenkonflikt sowohl im Hinblick auf die Art als auch den Anbieter bestimmter Finanzinstrumente entstehen kann. Vor allem zählt sich die Auswahl risikobehafteter Anlagen regelmäßig in höheren Bestandsprovisionen aus als bei weniger riskanten Finanzinstrumenten (Heinz-Dieter Assmann, Interessenkonflikte und „Inducements“ im Lichte der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID) und der MiFID-Durchführungsrichtlinie, ÖBA 2007, 40 [54]). Schließlich ist auch das Argument der Kläger nicht von der Hand zu weisen, Bestandsprovisionen könnten den Anlageberater dazu verleiten, den Kunden bei fallenden Kursen vom Verkauf der Aktien abzuraten. Damit werden aber in der konkreten Konstellation Kundeninteressen insgesamt in vergleichbarer Weise gefährdet wie bei der Vermögensverwaltung, sodass die Beklagte nach Auffassung des erkennenden Senats nach § 13 Z 2 und 4 WAG (alt) zur Aufklärung der Kläger über diese Provisionen verpflichtet war (so schon OLG Wien, 2 R 11/12w). Die Kläger haben (nicht völlig im Einklang mit der Parteiaussage des Zweitklägers) auch vorgebracht, sie hätten bei richtiger Aufklärung die verfahrensgegenständlichen Wertpapiere nicht gekauft. Da das Erstgericht keine Feststellungen getroffen hat, die es ermöglichen, diesen Anspruch dem Grunde nach abschließend zu beurteilen, leidet das angefochtene Urteil auch aus diesem Grund an einem Feststellungsmangel (sekundären Verfahrensmangel) iSd § 496 Abs 1 Z 3 ZPO, der die Aufhebung der Abweisung des Hauptbegehrens unumgänglich macht.

4. Abschließend relevieren die Berufungswerber das Fehlen von Feststellungen zur behaupteten fehlerhaften Nachberatung durch die Beklagte. Selbst wenn sich diese - wie festgestellt - nicht ausdrücklich zur Nachberatung verpflichtet habe, so sei sie doch konkludent eine solche Verpflichtung eingegangen, zumal sie Nachberatungen in

Aussicht gestellt und defakto auch durchgeführt habe.

Dazu ist auszuführen, dass die Vermittlung von Kapitalanlagen ein Zielschuldverhältnis begründet, welches mit der Vermittlung der Kapitalanlage bzw dem Ende des Beratungsgesprächs abgeschlossen ist, sodass grundsätzlich keine Nachberatungspflicht besteht, es sei denn eine solche Verpflichtung ergibt sich etwa aus der Übernahme der Vermögensverwaltung oder aufgrund einer anderen besonderen Vereinbarung (*Winternitz/Aigner, Die Haftung des Anlageberaters für fehlerhafte Beratung* 48). Die Berufung zeigt zutreffend auf, dass eine solche besondere Vereinbarung hier bestand, weil die Beklagte eine Verpflichtung zur Nachberatung zumindest schlüssig übernommen hat, indem Bettina Strasser diese in Aussicht stellte, diese auch defakto durchführte und von sich aus zu Umschichtungen riet. Die Kläger haben insbesondere auch vorgebracht, sie hätten nach dem Auftreten von Kursverlusten die Beklagte kontaktiert und nachgefragt, ob nicht ein Ausstieg durch Verkauf der Papiere ratsam sei. Diese habe jedoch diese Bedenken zerstreut und ihnen nachdrücklich vom Verkauf der Wertpapiere abgeraten. Aufgrund dieses Ratschlags hätten sie sich zum Behalten der Wertpapiere entschlossen. Bei Zutreffen dieser Behauptungen könnte darin eine Verletzung der Nachberatungspflicht durch die Beklagte liegen (so für die Vermögensverwaltung: 4 Ob 28/10m). Da Erstgericht dieses Vorbringen nicht geprüft und dazu keine Feststellungen getroffen hat, liegen auch in diesem Punkt sekundäre Feststellungsmängel vor, die zur Urteilsaufhebung führen mussten.

Die Entscheidung über den Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 ZPO.

Im Sinn des § 519 Abs 1 Z 2 ZPO war auszusprechen, dass der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig ist, weil - soweit überblickbar - oberstgerichtliche Recht-

sprechung zu der in ihrer Bedeutung über den Einzelfall hinausgehenden Frage fehlt, ob der Anlageberater nach § 13 Z 2 und 4 WAG (alt) zur Aufklärung über erhaltene Vermittlungs- und Bestandsprovisionen verpflichtet ist.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 2, am 28. Juni 2012

Dr. Klaus Dallinger
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG