

TE OGH 2018/3/22 4Ob94/17b

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.03.2018

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Vogel als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Schwarzenbacher, Hon.-Prof. Dr. Brenn, Dr. Rassi und MMag. Matzka als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei K* Ltd, *, vertreten durch Dr. Sebastian Schumacher, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei K* Aktiengesellschaft, *, vertreten durch Priv.-Doz. MMag. Dr. Martin Oppitz, Rechtsanwalt in Wien, wegen 403.133,83 EUR sA, über die ordentliche Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 27. Februar 2017, GZ 30 R 35/16m-33, womit das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 7. September 2016, GZ 58 Cg 2/15z-29, bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden aufgehoben und die Rechtssache wird zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Die Beklagte ist ein österreichisches Kreditinstitut mit Sitz in Wien. Sie hatte seit 2005/2006 mit einer nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland errichteten und dort ansässigen GmbH & Co KG (in der Folge „Emissionshaus“) eine Rahmenvereinbarung über die Vermittlung von deren Finanzprodukten. Die Beklagte ist ein österreichisches Kreditinstitut mit Sitz in Wien. Sie hatte seit 2005 aus 2006, mit einer nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland errichteten und dort ansässigen GmbH & Co KG (in der Folge „Emissionshaus“) eine Rahmenvereinbarung über die Vermittlung von deren Finanzprodukten.

Das Emissionshaus erstellte im Jahr 2007 ein Publikumsangebot zur Beteiligung an einer nach deutschem Recht errichteten „DS * GmbH & Co. Tankschiff KG“ (in der Folge „KG“). Unternehmensgegenstand der KG war der Kauf und Betrieb des Suezmaxtankers „DS S*“ (in der Folge „Schiff“). Laut Verkaufsprospekt des Emissionshauses vom 4. Mai 2007 betrug das Finanzierungsvolumen 70,308 Mio EUR zuzüglich 1,255 Mio EUR (5 % Agio auf das mit 25,1 Mio EUR ausgewiesene Beteiligungskapital); davon wurden als Fremdkapital 45,208 Mio EUR (59,9 Mio USD, davon 40 % in JPY), das sind 64,3 %, durch eine langfristige Schiffshypothek aufgebracht. Zur Mittelverwendung sind in dem

Prospekt der Schiffskaufpreis mit 64,151 Mio EUR (85 Mio USD; 91,2 % des Finanzierungsvolumens) und die Kosten sowie Vergütungen des Emissionshauses für Leistungen in der Investitionsphase 6,145 Mio EUR (laut Feststellungen 10,1 %; richtig: 8,7 % des Finanzierungsvolumens, entspricht 24,5 % des Beteiligungskapitals) ausgewiesen.

Für die Vermittlung von Investitionen in die KG erhielt die Beklagte gemäß der Rahmenvereinbarung mit dem Emissionshaus eine Provision von 8,9 % des Investitionsbetrags. Es konnte nicht festgestellt werden, dass eine Provision dieser Höhe die Erbringung der Wertpapierdienstleistung ermöglicht oder dafür erforderlich ist.

Die „K* GmbH“ (in der Folge: „Emittentin“), eine österreichische Tochtergesellschaft der Beklagten mit demselben Sitz wie diese, erwarb am 17. Dezember 2007 indirekt und ohne Eintragung der Emittentin ins deutsche Handelsregister – über eine dem Emissionshaus konzernverbundene Treuhandgesellschaft – Kommanditanteile an der KG um 3,8 Mio EUR.

Die Emittentin begab aufgrund einer Ermächtigung ihrer Generalversammlung vom 17. Dezember 2007 auf Inhaber lautende „Obligatorische Genussscheine 'DS *'“ mit variabler Verzinsung (ISIN AT*; in der Folge: „Genussscheine“) im Nennbetrag von je 50.000 EUR und im Gesamtnennbetrag von 3,8 Mio EUR. Die Genussscheine räumten dem Zeichner ein Recht auf Erträge ein, welche die Emittentin aus der Kommanditbeteiligung an der KG beziehen würde. Die Genussscheine wurden für ihre Gesamtlaufzeit (bis 2026) in einer veränderbaren Sammelurkunde verbrieft und bei der Österreichischen Kontrollbank Aktiengesellschaft hinterlegt.

Die Beklagte vermittelte der Klägerin, einer 2005/2006 nach dem Recht der britischen Jungferninseln errichteten Kapitalgesellschaft, am 18. Dezember 2007 den Kauf von Genussscheinen der Emittentin um insgesamt 350.000 EUR, wobei die Beklagte auf ein Agio – nach Verhandlungen über dessen Höhe – verzichtete: Der Vordruck „zuzüglich 5 % Agio“ auf dem Zeichnungsauftrag wurde gestrichen und durch „Ø“ ersetzt. Die Beratungsgespräche und die Unterfertigung des Zeichnungsauftrags für die Genussscheine fanden in Jekaterinburg, Russland, überwiegend in russischer Sprache statt; ein russisch sprechender Vertreter der Beklagten reiste hierzu aus Wien an. Für die Klägerin trat ein in Jekaterinburg, Russland, wohnhafter „Generalbevollmächtigter“ auf, der nur Russisch und lückenhaft Englisch, nicht jedoch die deutsche Sprache beherrschte und auch keine Erfahrungen mit Kommanditbeteiligungen nach deutschem Recht hatte. Die Beklagte vermittelte der Klägerin, einer 2005 aus 2006, nach dem Recht der britischen Jungferninseln errichteten Kapitalgesellschaft, am 18. Dezember 2007 den Kauf von Genussscheinen der Emittentin um insgesamt 350.000 EUR, wobei die Beklagte auf ein Agio – nach Verhandlungen über dessen Höhe – verzichtete: Der Vordruck „zuzüglich 5 % Agio“ auf dem Zeichnungsauftrag wurde gestrichen und durch „Ø“ ersetzt. Die Beratungsgespräche und die Unterfertigung des Zeichnungsauftrags für die Genussscheine fanden in Jekaterinburg, Russland, überwiegend in russischer Sprache statt; ein russisch sprechender Vertreter der Beklagten reiste hierzu aus Wien an. Für die Klägerin trat ein in Jekaterinburg, Russland, wohnhafter „Generalbevollmächtigter“ auf, der nur Russisch und lückenhaft Englisch, nicht jedoch die deutsche Sprache beherrschte und auch keine Erfahrungen mit Kommanditbeteiligungen nach deutschem Recht hatte.

Der Vertreter der Beklagten erklärte das Investment dahin, dass eine Gesellschaft gegründet werde, die die Anteile halte und die Erträge aus der Beteiligung an die Kunden weitergebe. Darin liege der große Vorteil des Investments, da somit die Klägerin nicht im deutschen Handelsregister aufscheine. Die Erträge aus diesem Investment würden von den Umsätzen des Schiffes abhängen. Es wäre eine Kapitalsteigerung auf 177 % bis 2017 möglich. Es bestehe ein Chartervertrag, der auch versichert sei. Es könne schon sein, dass es einmal geringere Erträge gäbe, jedoch sei das Schiff versichert und daher sei das Investment sicher. Auch laufe diese Beteiligung bis 2017. Es sei jedoch kein liquides Investment. Im Falle eines Kapitalbedarfs der Klägerin vor 2017 könne dieses Finanzprodukt nicht so einfach verkauft werden. Der Generalbevollmächtigte der Klägerin ging davon aus, dass diese Darstellung vollständig war.

Die Beklagte hatte gemeinsam mit dem Emissionshaus eine 41 Seiten umfassende Informations- und eine sechsseitige Werbebroschüre jeweils in deutscher Sprache verfasst; nur diese Werbebroschüre war von der Beklagten in die russische Sprache übersetzt worden. Keine dieser Unterlagen enthielt einen Hinweis auf ein Genussscheinmodell oder Risikohinweise. Ihnen war auch nicht zu entnehmen, ob und in welcher Höhe Verwaltungskosten in der Beteiligung oder welche Kosten in der Investitionsphase anfallen würden. Provisionen, die im Falle des Geschäftsabschlusses an die Beklagte für die Vermittlung der Beteiligung gezahlt würden, waren nicht ausgewiesen. Dass die Klägerin nicht eine (direkte oder indirekte) Kommanditbeteiligung an einem Schiff, sondern obligatorische Genussscheine der Emittentin erwerben sollte, wurde nicht erörtert. Auch die Genussscheinbedingungen lagen nur in deutscher Sprache vor; sie

wurden nicht in Russisch durchgegangen. Die rechtlichen Vor- und Nachteile dieses Genussscheinsystems wurden nicht besprochen. Es wurde nicht besprochen, dass das Genussscheinsystem den Vorteil habe, dass die Emittentin einmal festgesetzte Ausschüttungsbeträge nicht rückfordern könne, wohingegen bei einer (direkten oder indirekten) Beteiligung als Kommanditist allenfalls erfolgte, nicht gewinngedeckte Ausschüttungen unter besonderen Umständen rückgefordert werden könnten. Es wurde nicht darüber gesprochen, dass nach den Genussscheinbedingungen der Emittentin diese eigene Verwaltungskosten von bis zu 1 % pa der Gesamtinvestmentsumme verrechnen könne.

Aufgrund der von der Beklagten vermittelten Informationen und der russischen Übersetzung der Werbebroschüre ging der Generalbevollmächtigte der Klägerin davon aus, über eine „zwischengeschaltete“ Gesellschaft eine Beteiligung an einem Unternehmen zum Erwerb und Betrieb des Schiffes zu erwerben; er wusste, dass ein Verkauf dieser Veranlagung nur unter erschwerten Bedingungen möglich wäre.

Über das Risiko eines Totalverlustes des eingesetzten Kapitals wurde nicht gesprochen. Dem Generalbevollmächtigten der Klägerin war jedoch bewusst, dass es bei Unternehmen ein Insolvenzrisiko gibt und dass es bei Unternehmensbeteiligungen zu einem Totalverlust des eingesetzten Kapitals kommen kann.

Es wurde nicht besprochen, dass es sich bei den zunächst zu erwartenden Auszahlungen der Kommanditgesellschaft nicht um Gewinnausschüttungen, sondern um Kapitalrückzahlungen handeln würde. Über einzelne Kostenposten der Verwaltung oder des Vertriebs der Beteiligungen in der Investitionsphase wurde nicht gesprochen.

Die Klägerin hätte vom Investment abgesehen, wenn sie darüber aufgeklärt worden wäre, dass 10,1 % [richtig laut Verkaufsprospekt: 8,8 %] ihres Investitionsbetrages für die Deckung der Kosten des Finanzierungs-, Verwaltungs- und Vertriebssystems des Emissionshauss und der mit ihm verbundenen Unternehmen aufgewendet würden; dass durch das Genussscheinsystem der Beklagten zusätzlich weitere Verwaltungsgebühren von bis zu 1 % pa ihrer Investitionssumme anfallen würden; oder dass die Beklagte eine Provision in Höhe von 8,9 % des Investitionsbetrags erhält. Es war nicht feststellbar, dass die Klägerin die Veranlagung nicht getätigt hätte, wenn sie über die mit den Genussrechten verbundenen rechtlichen Vor- und Nachteile aufgeklärt worden wäre.

Hätte die Klägerin nicht in die Genussscheine investiert, hätte sie eine mit 3 % pa verzinste Alternativanlage erworben.

Der Generalbevollmächtigte der Klägerin unterfertigte einen Zeichnungsauftrag in deutscher und ein Anlegerprofil in englischer Sprache; in diesem war vermerkt, dass er keine Erfahrungen mit Beteiligungsformen und geschlossenen Fonds habe und über verschiedene Umstände und Risiken informiert worden sei, insbesondere dass es keinen Sekundärmarkt für das gewählte Investment gebe und ein vorzeitiger Verkauf nicht garantiert oder zu den vom Kunden gewünschten Bedingungen geboten werden könne. Bevor der Generalbevollmächtigte der Klägerin die Formulare unterschrieb, las er das englischsprachige Anlegerprofil und verstand, dass dieses eine Kurzdarstellung dessen beinhaltete, was zuvor mit dem Vertreter der Beklagten besprochen worden war. Dass auch ein Hinweis auf einen möglichen Totalverlust enthalten war, nahm er nicht wahr. Er unterschrieb daraufhin den Zeichnungsauftrag und das Anlegerprofil.

Die Klägerin erhielt eine einzige Genussscheinauszahlung am 17. Dezember 2008 in Höhe von 23.026 EUR, wobei die Auszahlung (Teilkapitalrückführung) der KG 25.317 EUR betragen hatte. Vorerst hielt der Generalbevollmächtigte der Klägerin den Abzug der Emittentin für Verwaltungsgebühren und Fremdkosten in Höhe von 2.291 EUR für einen Steuerabzug.

Die KG leistete aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten nach 2008 keine Zahlungen an Kommanditisten mehr. Auf Nachfrage im Jahr 2010 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass es vorübergehende Schwierigkeiten gäbe und man abwarten müsse.

Im Herbst 2011 erfuhr die Klägerin, dass die Chartergesellschaft, die das Schiff gechartert hatte, insolvent geworden war und das Schiff nun in einem Charterpool verwendet werden sollte. Es werde jedoch keine Auszahlungen aufgrund der Liquiditätsknappheit mehr geben und das Kapital in der Schiffsbeteiligung gehalten werden, um laufende Ausgaben abdecken zu können. Spätestens zu diesem Zeitpunkt wurde der Klägerin bewusst, dass die getätigte Investition keine Veranlagung war, bei der sie jedenfalls ihr Kapital erhalten würde. Über nähere Befassung mit den Unterlagen wurde ihr auch bewusst, dass der Abzugsposten bei der Genussscheinauszahlung Ende 2008 eine Verwaltungsgebühr der Emittentin darstellte.

Der Generalbevollmächtigte der Klägerin kontaktierte im Herbst 2011 den ihn beim Ankauf beraten habenden Mitarbeiter der Beklagten, der dort zwischenzeitig ausgeschieden war, und kündigte an, er werde die Beklagte verklagen.

Ende 2011 informierte die Beklagte die Klägerin, dass sie wichtige Informationen des Emissionshauses erhalten habe, welche die dramatische Verschlechterung der Situation des weltweiten Frachtschiffahrtmarktes und deren Einfluss auf das Investment betreffen.

Das Schiff wurde 2014 zwangsverwertet.

Von einer 5 % übersteigenden Vermittlungsprovision der Beklagten, dem Umstand, dass 10,1 % [richtig laut Verkaufsprospekt: 8,8 %] des Investitionsbetrags für die Deckung der Kosten des Finanzierungs-, Verwaltungs- und Vertriebssystems des Emissionshauses und der mit ihm verbundenen Unternehmen aufgewendet würden, sowie dass durch das Genussscheinsystem der Beklagten zusätzlich weitere Verwaltungsgebühren von bis zu 1 % pa der Investitionssumme anfallen würden, erfuhr die Klägerin erst nach eingehender Rechtsberatung im Jahr 2014.

In der Sache kommt materiell österreichisches Zivilrecht zur Anwendung.

Die Klägerin begehrte am 6. Februar 2015 als Naturalrestitution die Zahlung von 403.133,83 EUR sA (350.000 EUR abzüglich Ausschüttung von 23.026 EUR, zuzüglich 3 % Zinsen aus Alternativveranlagung in Höhe von 76.159,83 EUR) Zug um Zug gegen Rückgabe der Genussscheine. Sie sei von der Beklagten arglistig falsch beraten und nicht aufgeklärt worden. Der durch Fehlberatung entstandene Schaden bestehe darin, dass die Zusammensetzung des Vermögens nicht dem Willen der Klägerin entspreche. Die Klägerin sei der Auffassung gewesen, mit den jährlichen Verwaltungskosten von 1 % laut Genussscheinbedingungen, von denen sie gewusst habe, seien sämtliche Kosten für den Genussscheinerwerb abgedeckt. Die Beklagte habe aber arglistig nicht über einen Interessenkonflikt, nämlich die nach § 39 WAG 2007 untersagten Kick-back-Zahlungen des Emissionshauses an sie, informiert. Die Beklagte habe die Risiken des „Schiffsfonds“ verharmlost und die Klägerin nicht über die hohen „Weichkosten“ und jährlichen Verwaltungskosten des „Fonds“ selbst informiert. Sie habe die Rechtsnatur der Ausschüttungen des „Fonds“ falsch dargestellt, weil eine Rückforderung von Ausschüttungen sich auf die Erträge der Genussscheine auswirke. Hätte die Klägerin davon Kenntnis erlangt, dass die Beklagte Kick-back-Zahlungen bzw Rückvergütungen für die Vermittlung des „Schiffsfonds“ erhalten habe, hätte sie nicht in die Genussscheine veranlagt, sondern in zumindest mit 3 % pa verzinste längerfristige Veranlagungen wie Sparbücher oder Staatsanleihen. Eine umfassende Schadenskenntnis habe die Klägerin erst durch Aufklärung des Klagevertreters im Herbst 2014 erlangt. Es liege eine Aliudlieferung vor, weil die Klägerin sich direkt an einer Schiffsgesellschaft hätte beteiligen wollen. Die Klägerin begehrte am 6. Februar 2015 als Naturalrestitution die Zahlung von 403.133,83 EUR sA (350.000 EUR abzüglich Ausschüttung von 23.026 EUR, zuzüglich 3 % Zinsen aus Alternativveranlagung in Höhe von 76.159,83 EUR) Zug um Zug gegen Rückgabe der Genussscheine. Sie sei von der Beklagten arglistig falsch beraten und nicht aufgeklärt worden. Der durch Fehlberatung entstandene Schaden bestehe darin, dass die Zusammensetzung des Vermögens nicht dem Willen der Klägerin entspreche. Die Klägerin sei der Auffassung gewesen, mit den jährlichen Verwaltungskosten von 1 % laut Genussscheinbedingungen, von denen sie gewusst habe, seien sämtliche Kosten für den Genussscheinerwerb abgedeckt. Die Beklagte habe aber arglistig nicht über einen Interessenkonflikt, nämlich die nach Paragraph 39, WAG 2007 untersagten Kick-back-Zahlungen des Emissionshauses an sie, informiert. Die Beklagte habe die Risiken des „Schiffsfonds“ verharmlost und die Klägerin nicht über die hohen „Weichkosten“ und jährlichen Verwaltungskosten des „Fonds“ selbst informiert. Sie habe die Rechtsnatur der Ausschüttungen des „Fonds“ falsch dargestellt, weil eine Rückforderung von Ausschüttungen sich auf die Erträge der Genussscheine auswirke. Hätte die Klägerin davon Kenntnis erlangt, dass die Beklagte Kick-back-Zahlungen bzw Rückvergütungen für die Vermittlung des „Schiffsfonds“ erhalten habe, hätte sie nicht in die Genussscheine veranlagt, sondern in zumindest mit 3 % pa verzinste längerfristige Veranlagungen wie Sparbücher oder Staatsanleihen. Eine umfassende Schadenskenntnis habe die Klägerin erst durch Aufklärung des Klagevertreters im Herbst 2014 erlangt. Es liege eine Aliudlieferung vor, weil die Klägerin sich direkt an einer Schiffsgesellschaft hätte beteiligen wollen.

Die Beklagte wandte ein, der Generalbevollmächtigte der Klägerin sei wirtschaftlich Eigentümer der veranlagten Vermögenswerte und als Generaldirektor eines Kreditinstituts selbst hochgradig professionell und veranlagungsorientiert. Die Beklagte habe umfassend, vollständig und mängelfrei aufgeklärt. Eine Provision an die Beklagte sei nach § 39 Abs 3 Z 3 WAG 2007 zulässig, weil diese die Erbringung der Wertpapierdienstleistung ermögliche

oder dafür erforderlich sei. Eine Offenlegung sei nicht gesetzlich geboten gewesen; ein Interessenkonflikt liege nicht vor. Auf die Rechtsnatur von Ausschüttungen der KG komme es nicht an, weil die Klägerin nicht Kommanditanteile der KG, sondern Genussscheine der Emittentin erworben habe. Die Klägerin treffe überwiegendes Mitverschulden. Die Ansprüche seien verjährt; die Klägerin habe bereits Ende 2011 vom Eintritt des Totalverlustes gewusst. Die Klägerin habe keine Absicht geäußert, sich nicht an der – für sie rechtlich vorteilhafteren – Genussscheinkonstruktion, sondern an einer Schiffsgesellschaft beteiligen zu wollen. Die Beklagte wandte ein, der Generalbevollmächtigte der Klägerin sei wirtschaftlich Eigentümer der veranlagten Vermögenswerte und als Generaldirektor eines Kreditinstituts selbst hochgradig professionell und veranlagungsorientiert. Die Beklagte habe umfassend, vollständig und mängelfrei aufgeklärt. Eine Provision an die Beklagte sei nach Paragraph 39, Absatz 3, Ziffer 3, WAG 2007 zulässig, weil diese die Erbringung der Wertpapierdienstleistung ermögliche oder dafür erforderlich sei. Eine Offenlegung sei nicht gesetzlich geboten gewesen; ein Interessenkonflikt liege nicht vor. Auf die Rechtsnatur von Ausschüttungen der KG komme es nicht an, weil die Klägerin nicht Kommanditanteile der KG, sondern Genussscheine der Emittentin erworben habe. Die Klägerin treffe überwiegendes Mitverschulden. Die Ansprüche seien verjährt; die Klägerin habe bereits Ende 2011 vom Eintritt des Totalverlustes gewusst. Die Klägerin habe keine Absicht geäußert, sich nicht an der – für sie rechtlich vorteilhafteren – Genussscheinkonstruktion, sondern an einer Schiffsgesellschaft beteiligen zu wollen.

Das Erstgericht gab der Klage statt. Es seien österreichisches Recht und im Hinblick auf Beratung und Vermittlungsauftrag am 18. Dezember 2007 das WAG 2007 anwendbar. Nach dessen § 44 Abs 2 sei ein Wertpapier dann geeignet, wenn es den Anlagezielen des Kunden entspreche, die mit dem Geschäft verbundenen Risiken für den Kunden seinen Anlagezielen entsprechend finanziell tragbar seien und der Kunde in der Lage sei, die mit dem Geschäft einhergehenden Risiken aufgrund seiner Erfahrungen und Kenntnisse zu verstehen. Mit letzterem Kriterium sei die bereits vor Inkrafttreten des WAG 1996 entwickelte und danach auf § 13 Z 3 und Z 4 WAG 1996 gestützte Rechtsprechung zu Effektengeschäften übernommen worden, wonach insbesondere aus culpa in contrahendo, positiver Forderungsverletzung und dem Beratungsvertrag abgeleitete Aufklärungspflichten und Beratungspflichten beständen. Demnach sei über einen Umstand aufzuklären, der für den durchschnittlichen Anleger für seine Anlageentscheidung von erheblicher Bedeutung und typischerweise ein wesentliches Element seiner Investitionsentscheidung sei. Die Nichthandelbarkeit der Genussscheine sei der Klägerin bereits bei Vertragsabschluss bekannt gewesen. Behauptete Beratungsfehler in Ansehung des Totalverlusttrisikos und der Qualität der Ausschüttungen seien verjährt, nicht jedoch die als gesonderte Beratungsfehler aufzufassenden Aufklärungspflichtverletzungen betreffend Provisions- bzw Kick-back-Vereinbarungen sowie Weichkosten. Der Kauf eines diesbezüglich nicht gewollten Finanzprodukts sei ein von der Beklagten verursachter Schaden. Retrozession oder „Kick-back“ seien insbesondere bei der Vermögensverwaltung Vereinbarungen des Vermögensverwalters mit der Depotbank, durch die jener für die Veranlassung von Wertpapiergeschäften (überwiegend) umsatzabhängige Provisionen erhalte, die in der Regel aus Mitteln gezahlt würden, welche die Bank vom Kunden für die Durchführung der veranlassten Wertpapiergeschäfte und die Depotverwaltung erhalte. Schon aus § 13 Z 2 und Z 4 WAG 1996 habe die Rechtsprechung abgeleitet, die Verpflichtung, „alle zweckdienlichen Informationen mitzuteilen“ und sich „um die Vermeidung von Interessenkonflikten zu bemühen“, beinhalte vor allem auch, dem Kunden solche Vereinbarungen offenzulegen. Nach dem hier anwendbaren WAG 2007 habe ein Rechtsträger bei der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen und Nebendienstleistungen ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse seiner Kunden zu handeln (§ 38 WAG 2007). Dem werde nicht entsprochen, wenn er im Zusammenhang mit der Erbringung von Wertpapier- oder Nebendienstleistungen einen Vorteil (wie Gebühren, Provisionen, sonstige Geldleistungen oder nicht in Geldform angebotene Zuwendungen) gewähre oder annehme (§ 39 Abs 1 und 2 WAG 2007). Die Annahme von Vorteilen, die von einem Dritten gewährt würden, sei lediglich dann zulässig, wenn die Existenz, die Art und der Betrag des Vorteils dem Kunden vor Erbringung der betreffenden Wertpapier- oder Nebendienstleistung in umfassender, zutreffender und verständlicher Weise offengelegt würden, der Vorteil darauf ausgelegt sei, die Qualität der für die Kunden erbrachten Dienstleistungen zu verbessern, und der Vorteil den Rechtsträger nicht dabei beeinträchtige, pflichtgemäß im besten Interesse des Kunden zu handeln (§ 39 Abs 3 Z 2 WAG 2007). Die Beklagte habe zwar nicht für die Vermittlung der Genussscheine, sondern für die Vermittlung der Beteiligung der Emittentin an der KG erhalten. Dennoch habe die Beklagte dadurch, dass sie die Beteiligung in ein österreichisches Wertpapier „verpackt“ und dieses veräußert habe, einen Vorteil erhalten, der nach § 39 WAG 2007 offenzulegen gewesen wäre. Dies habe die Beklagte grob fahrlässig unterlassen. Da der Schaden durch den Erwerb des in Wahrheit nicht gewollten Finanzprodukts eingetreten sei, bestehe auch ein Rechtswidrigkeitszusammenhang

zwischen der verletzten Norm und dem Schaden. „Weichkosten“ seien Kosten, die während der Auflegung eines Fonds und dessen Vertrieb anfielen; allgemein würden darunter diejenigen Kosten verstanden, die in der Investitionszeit anfielen. Sie stünden in keinem direkten Zusammenhang mit dem jeweiligen Investitionsobjekt des geschlossenen Fonds. Zu den „Weichkosten“ gehörten vor allem Vertriebs- und Marketingkosten, also Kosten für die Aktivitäten in diesen Bereichen. Vergütungen in der Investitionsphase hätten 6,145 Mio EUR betragen, wozu bis zu 1 % pa der Investitionssumme an Verwaltungsgebühren der Emittentin kämen. Aufgrund dieser Gesamtbelastung des Investments hätte die Beklagte darüber aufklären müssen, was sie grob fahrlässig unterlassen habe. Mitverschulden der Klägerin liege nicht vor. Die Zinsen aus der Alternativveranlagung seien als entgangener Gewinn zuzusprechen. Das Erstgericht gab der Klage statt. Es seien österreichisches Recht und im Hinblick auf Beratung und Vermittlungsauftrag am 18. Dezember 2007 das WAG 2007 anwendbar. Nach dessen Paragraph 44, Absatz 2, sei ein Wertpapier dann geeignet, wenn es den Anlagezielen des Kunden entspreche, die mit dem Geschäft verbundenen Risiken für den Kunden seinen Anlagezielen entsprechend finanziell tragbar seien und der Kunde in der Lage sei, die mit dem Geschäft einhergehenden Risiken aufgrund seiner Erfahrungen und Kenntnisse zu verstehen. Mit letzterem Kriterium sei die bereits vor Inkrafttreten des WAG 1996 entwickelte und danach auf Paragraph 13, Ziffer 3 und Ziffer 4, WAG 1996 gestützte Rechtsprechung zu Effektengeschäften übernommen worden, wonach insbesondere aus culpa in contrahendo, positiver Forderungsverletzung und dem Beratungsvertrag abgeleitete Aufklärungspflichten und Beratungspflichten beständen. Demnach sei über einen Umstand aufzuklären, der für den durchschnittlichen Anleger für seine Anlageentscheidung von erheblicher Bedeutung und typischerweise ein wesentliches Element seiner Investitionsentscheidung sei. Die Nichthandelbarkeit der Genussscheine sei der Klägerin bereits bei Vertragsabschluss bekannt gewesen. Behauptete Beratungsfehler in Ansehung des Totalverlustrisikos und der Qualität der Ausschüttungen seien verjährt, nicht jedoch die als gesonderte Beratungsfehler aufzufassenden Aufklärungspflichtverletzungen betreffend Provisions- bzw Kick-back-Vereinbarungen sowie Weichkosten. Der Kauf eines diesbezüglich nicht gewollten Finanzprodukts sei ein von der Beklagten verursachter Schaden. Retrozession oder „Kick-back“ seien insbesondere bei der Vermögensverwaltung Vereinbarungen des Vermögensverwalters mit der Depotbank, durch die jener für die Veranlassung von Wertpapiergeschäften (überwiegend) umsatzabhängige Provisionen erhalte, die in der Regel aus Mitteln gezahlt würden, welche die Bank vom Kunden für die Durchführung der veranlassten Wertpapiergeschäfte und die Depotverwaltung erhalte. Schon aus Paragraph 13, Ziffer 2 und Ziffer 4, WAG 1996 habe die Rechtsprechung abgeleitet, die Verpflichtung, „alle zweckdienlichen Informationen mitzuteilen“ und sich „um die Vermeidung von Interessenkonflikten zu bemühen“, beinhalte vor allem auch, dem Kunden solche Vereinbarungen offenzulegen. Nach dem hier anwendbaren WAG 2007 habe ein Rechtsträger bei der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen und Nebendienstleistungen ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse seiner Kunden zu handeln (Paragraph 38, WAG 2007). Dem werde nicht entsprochen, wenn er im Zusammenhang mit der Erbringung von Wertpapier- oder Nebendienstleistungen einen Vorteil (wie Gebühren, Provisionen, sonstige Geldleistungen oder nicht in Geldform angebotene Zuwendungen) gewähre oder annehme (Paragraph 39, Absatz eins und 2 WAG 2007). Die Annahme von Vorteilen, die von einem Dritten gewährt würden, sei lediglich dann zulässig, wenn die Existenz, die Art und der Betrag des Vorteils dem Kunden vor Erbringung der betreffenden Wertpapier- oder Nebendienstleistung in umfassender, zutreffender und verständlicher Weise offengelegt würden, der Vorteil darauf ausgelegt sei, die Qualität der für die Kunden erbrachten Dienstleistungen zu verbessern, und der Vorteil den Rechtsträger nicht dabei beeinträchtige, pflichtgemäß im besten Interesse des Kunden zu handeln (Paragraph 39, Absatz 3, Ziffer 2, WAG 2007). Die Beklagte habe zwar nicht für die Vermittlung der Genussscheine, sondern für die Vermittlung der Beteiligung der Emittentin an der KG erhalten. Dennoch habe die Beklagte dadurch, dass sie die Beteiligung in ein österreichisches Wertpapier „verpackt“ und dieses veräußert habe, einen Vorteil erhalten, der nach Paragraph 39, WAG 2007 offenzulegen gewesen wäre. Dies habe die Beklagte grob fahrlässig unterlassen. Da der Schaden durch den Erwerb des in Wahrheit nicht gewollten Finanzprodukts eingetreten sei, bestehe auch ein Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen der verletzten Norm und dem Schaden. „Weichkosten“ seien Kosten, die während der Auflegung eines Fonds und dessen Vertrieb anfielen; allgemein würden darunter diejenigen Kosten verstanden, die in der Investitionszeit anfielen. Sie stünden in keinem direkten Zusammenhang mit dem jeweiligen Investitionsobjekt des geschlossenen Fonds. Zu den „Weichkosten“ gehörten vor allem Vertriebs- und Marketingkosten, also Kosten für die Aktivitäten in diesen Bereichen. Vergütungen in der Investitionsphase hätten 6,145 Mio EUR betragen, wozu bis zu 1 % pa der Investitionssumme an Verwaltungsgebühren der Emittentin kämen.

Aufgrund dieser Gesamtbelastung des Investments hätte die Beklagte darüber aufklären müssen, was sie grob fahrlässig unterlassen habe. Mitverschulden der Klägerin liege nicht vor. Die Zinsen aus der Alternativveranlagung seien als entgangener Gewinn zuzusprechen.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil. Die Parteien hätten eine „zweifache Rechtswahl“ getroffen, nämlich einerseits in den Genussscheinbedingungen und andererseits im Verfahren selbst, wonach materiell österreichisches Zivilrecht anzuwenden sei. Ob die Wohlverhaltensregeln des WAG 2007 auch aufsichtsrechtliche Aspekte aufwiesen, sei unerheblich, weil jene zumindest auch zivilrechtlicher Natur seien, sodass sich die Wahl österreichischen Rechts durch die Parteien auch darauf beziehe. Außerdem hätten allgemeine zivilrechtliche Aufklärungs-, Informations- und Beratungspflichten schon vor dem WAG 2007 bestanden, sodass der Frage, ob dessen Wohlverhaltensregeln kraft Rechtswahl anwendbar seien, keine entscheidende Bedeutung zukomme. Die Beklagte wäre zur Aufklärung über die Provision von 8,9 % des Investitionsbetrags verpflichtet gewesen, was schon zu Effktengeschäften und bereits vor dem Inkrafttreten von § 13 Z 2 und Z 4 WAG 1996 judiziert worden sei. Bereits aufgrund des provisionsbedingten Interessenkonflikts und unabhängig von der Frage der sonstigen Eignung des Finanzprodukts für den Kunden bestehe eine Aufklärungspflicht der Bank, wobei es auf eine Unterscheidung zwischen einer Retrozession (an sich ausgewiesene, nicht aus dem Anlagevermögen an den Berater zurückfließende umsatzabhängige Provision) und einer – hier anscheinend vorliegenden – Innenprovision (nicht ausgewiesene, versteckte Provision aus dem Anlagevermögen) auch für das WAG 2007 nicht ankomme. Die Aufklärungspflicht über provisionsbedingte Interessenkonflikte sei auch aus §§ 38 f WAG 2007 ableitbar und umfasse auch die Offenlegung des Betrags des erhaltenen Vorteils. Die Beklagte treffe zumindest leichte Fahrlässigkeit (§ 1298 ABGB). Der Schaden bestehe darin, dass das Vermögen der Klägerin sich anders zusammensetze als es bei pflichtgemäßem Verhalten der Fall wäre. Das Fehlen der Offenlegung von Innenprovisionen weise keinen inhaltlichen Zusammenhang mit anderen Aufklärungsfehlern auf; er sei nicht verjährt. Auch in Ansehung der Weichkosten liege ein Aufklärungsfehler vor, zumal diese mit 6,145 Mio EUR mehr als 15 % des – hierfür maßgeblichen – Beteiligungsvolumens (Kommanditkapital von 25,08 Mio EUR) ausmachen würden. Auch diesbezüglich treffe die Beklagte Verschulden. Auch dieser Beratungsfehler sei verjährungsrechtlich gesondert zu beurteilen und nicht verjährt.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil. Die Parteien hätten eine „zweifache Rechtswahl“ getroffen, nämlich einerseits in den Genussscheinbedingungen und andererseits im Verfahren selbst, wonach materiell österreichisches Zivilrecht anzuwenden sei. Ob die Wohlverhaltensregeln des WAG 2007 auch aufsichtsrechtliche Aspekte aufwiesen, sei unerheblich, weil jene zumindest auch zivilrechtlicher Natur seien, sodass sich die Wahl österreichischen Rechts durch die Parteien auch darauf beziehe. Außerdem hätten allgemeine zivilrechtliche Aufklärungs-, Informations- und Beratungspflichten schon vor dem WAG 2007 bestanden, sodass der Frage, ob dessen Wohlverhaltensregeln kraft Rechtswahl anwendbar seien, keine entscheidende Bedeutung zukomme. Die Beklagte wäre zur Aufklärung über die Provision von 8,9 % des Investitionsbetrags verpflichtet gewesen, was schon zu Effktengeschäften und bereits vor dem Inkrafttreten von Paragraph 13, Ziffer 2 und Ziffer 4, WAG 1996 judiziert worden sei. Bereits aufgrund des provisionsbedingten Interessenkonflikts und unabhängig von der Frage der sonstigen Eignung des Finanzprodukts für den Kunden bestehe eine Aufklärungspflicht der Bank, wobei es auf eine Unterscheidung zwischen einer Retrozession (an sich ausgewiesene, nicht aus dem Anlagevermögen an den Berater zurückfließende umsatzabhängige Provision) und einer – hier anscheinend vorliegenden – Innenprovision (nicht ausgewiesene, versteckte Provision aus dem Anlagevermögen) auch für das WAG 2007 nicht ankomme. Die Aufklärungspflicht über provisionsbedingte Interessenkonflikte sei auch aus Paragraphen 38, f WAG 2007 ableitbar und umfasse auch die Offenlegung des Betrags des erhaltenen Vorteils. Die Beklagte treffe zumindest leichte Fahrlässigkeit (Paragraph 1298, ABGB). Der Schaden bestehe darin, dass das Vermögen der Klägerin sich anders zusammensetze als es bei pflichtgemäßem Verhalten der Fall wäre. Das Fehlen der Offenlegung von Innenprovisionen weise keinen inhaltlichen Zusammenhang mit anderen Aufklärungsfehlern auf; er sei nicht verjährt. Auch in Ansehung der Weichkosten liege ein Aufklärungsfehler vor, zumal diese mit 6,145 Mio EUR mehr als 15 % des – hierfür maßgeblichen – Beteiligungsvolumens (Kommanditkapital von 25,08 Mio EUR) ausmachen würden. Auch diesbezüglich treffe die Beklagte Verschulden. Auch dieser Beratungsfehler sei verjährungsrechtlich gesondert zu beurteilen und nicht verjährt.

Die ordentliche Revision wurde zur Frage der Aufklärungspflicht über aus dem Anlagevermögen geleistete Vertriebsprovisionen nach dem WAG 2007 sowie zur Klarstellung zugelassen, ob das Verschweigen einer Vertriebsprovision sowie von Weichkosten verjährungsrechtlich gesondert zu beurteilende Beratungsfehler darstellen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der Beklagten mit einem Abänderungsantrag; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Klägerin begehrt in ihrer Revisionsbeantwortung, die Revision zurückzuweisen; hilfsweise ihr keine Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist zur Klarstellung der Rechtslage zulässig, sie ist im Sinne des Eventualantrags auch berechtigt.

Die Revisionswerberin führt zusammengefasst ins Treffen, die Vermittlungsprovision sei ein Entgelt für ihre Vertriebsanstrengungen. Die Klägerin habe keine Vermittlungsprovision gezahlt und daher davon ausgehen müssen, dass die Beklagte nicht unentgeltlich tätig werde. Die Wohlverhaltensregeln des WAG 2007 hätten aufsichtsrechtlichen und damit öffentlich-rechtlichen Charakter. Überdies widerspreche eine Vermittlungsprovision dem § 39 Abs 3 Z 3 WAG 2007 nicht, weil es sich um ein echtes Leistungsentgelt handle. Es sei kein Interessenkonflikt ersichtlich oder festgestellt. Der Weichkostenanteil liege in üblicher Höhe; Weichkosten beträfen überdies die Werthaltigkeit der Investition. Allfällige Aufklärungsmängel hinsichtlich des Totalverlustrisikos seien verjährt. Es habe keine gesonderte Aufklärungspflicht über Vermittlungsprovision und Weichkosten bestanden. Die Revisionswerberin führt zusammengefasst ins Treffen, die Vermittlungsprovision sei ein Entgelt für ihre Vertriebsanstrengungen. Die Klägerin habe keine Vermittlungsprovision gezahlt und daher davon ausgehen müssen, dass die Beklagte nicht unentgeltlich tätig werde. Die Wohlverhaltensregeln des WAG 2007 hätten aufsichtsrechtlichen und damit öffentlich-rechtlichen Charakter. Überdies widerspreche eine Vermittlungsprovision dem Paragraph 39, Absatz 3, Ziffer 3, WAG 2007 nicht, weil es sich um ein echtes Leistungsentgelt handle. Es sei kein Interessenkonflikt ersichtlich oder festgestellt. Der Weichkostenanteil liege in üblicher Höhe; Weichkosten beträfen überdies die Werthaltigkeit der Investition. Allfällige Aufklärungsmängel hinsichtlich des Totalverlustrisikos seien verjährt. Es habe keine gesonderte Aufklärungspflicht über Vermittlungsprovision und Weichkosten bestanden.

Dazu wurde erwogen:

1. Zur Verjährung allgemein:

1.1. 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]). 1.1. Die dreijährige Verjährungsfrist nach Paragraph 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 eine Erkundungsobliegenheit angenommen (RIS-Justiz RS0034686 [T12]), wenn der Geschädigte die für die erfolgversprechende Anspruchsverfolgung notwendigen Voraussetzungen ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung bringen kann (RIS-Justiz RS0034524 [T21]; RS0034366 [T20]). Diese Erkundungspflicht darf aber nicht überspannt werden (RIS-Justiz RS0034327). Sie setzt regelmäßig deutliche Anhaltspunkte für einen Schadenseintritt voraus. Es braucht konkreter Verdachtsmomente, aus denen der Anspruchsberechtigte schließen kann, dass Verhaltenspflichten nicht eingehalten wurden (RIS-Justiz RS0034327 [T21; vgl auch T36]). In gewissem Umfang wird aber eine Erkundungsobliegenheit angenommen (RIS-Justiz RS0034686 [T12]), wenn der Geschädigte die für die erfolgversprechende Anspruchsverfolgung notwendigen Voraussetzungen ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung bringen kann (RIS-Justiz RS0034524 [T21]; RS0034366 [T20]). Diese Erkundungspflicht darf aber nicht überspannt werden (RIS-Justiz RS0034327). Sie setzt regelmäßig deutliche Anhaltspunkte für einen Schadenseintritt voraus. Es braucht konkreter Verdachtsmomente, aus denen der Anspruchsberechtigte schließen kann, dass Verhaltenspflichten nicht eingehalten wurden (RIS-Justiz RS0034327 [T21; vergleiche auch T36]).

1.2. Die Verjährung bezieht sich auf den jeweils geltend gemachten Anspruch. Ein Anspruch wird – wie der Streitgegenstand – durch die zu seiner Begründung vorgebrachten Tatsachen konkretisiert. Stützt daher der Kläger sein Begehren alternativ auf verschiedene Sachverhaltsvarianten, aus denen sich eigenständige Pflichtverletzungen ergeben, liegen in Wahrheit zwei Ansprüche vor, die auch verjährungsrechtlich getrennt zu behandeln sind (3 Ob 112/15i, 10 Ob 58/16a, 6 Ob 118/16w, 8 Ob 109/16m, je mwN; RIS-Justiz RS0039255 [T8, T9, T11]). Es entspricht der ständigen Rechtsprechung, dass auch in Anlegerhaftungsfällen dann, wenn bei mehreren spezifischen Risiken jeweils eine gesonderte Verletzung von Aufklärungspflichten in Betracht kommt, die Verjährung getrennt zu beurteilen ist. Eine gesonderte Prüfung setzt voraus, dass der behauptete Beratungsfehler tatsächlich eine eigenständige, den geltend gemachten Anspruch begründende Pflichtverletzung bildet („Trennungsthese“; vgl nochmals 2 Ob 99/16x,

10 Ob 58/16a, je mwN).1.2. Die Verjährung bezieht sich auf den jeweils geltend gemachten Anspruch. Ein Anspruch wird – wie der Streitgegenstand – durch die zu seiner Begründung vorgebrachten Tatsachen konkretisiert. Stützt daher der Kläger sein Begehren alternativ auf verschiedene Sachverhaltsvarianten, aus denen sich eigenständige Pflichtverletzungen ergeben, liegen in Wahrheit zwei Ansprüche vor, die auch verjährungsrechtlich getrennt zu behandeln sind (3 Ob 112/15i, 10 Ob 58/16a, 6 Ob 118/16w, 8 Ob 109/16m, je mwN; RIS-Justiz RS0039255 [T8, T9, T11]). Es entspricht der ständigen Rechtsprechung, dass auch in Anlegerhaftungsfällen dann, wenn bei mehreren spezifischen Risiken jeweils eine gesonderte Verletzung von Aufklärungspflichten in Betracht kommt, die Verjährung getrennt zu beurteilen ist. Eine gesonderte Prüfung setzt voraus, dass der behauptete Beratungsfehler tatsächlich eine eigenständige, den geltend gemachten Anspruch begründende Pflichtverletzung bildet („Trennungsthese“; vergleiche nochmals 2 Ob 99/16x, 10 Ob 58/16a, je mwN).

2. Zur Aufklärung über das Totalverlustrisiko und die Weichkosten:

2.1. Sollte eine fehlerhafte Beratung gegeben sein, ist dem Kläger ein Schaden entstanden, der darin liegt, dass er eine risikobehaftete Anlageform erworben hat, welche die von ihm gewünschten Eigenschaften nicht erfüllt, weil etwa die Gefahr des Totalverlusts besteht („Primärschaden“; RIS-Justiz RS0022537 [T11; vgl auch T22, T24]). Maßgebender Termin für den Schadenseintritt ist der Zeitpunkt der Zeichnung der Anlage, im vorliegenden Fall somit Dezember 2007.2.1. Sollte eine fehlerhafte Beratung gegeben sein, ist dem Kläger ein Schaden entstanden, der darin liegt, dass er eine risikobehaftete Anlageform erworben hat, welche die von ihm gewünschten Eigenschaften nicht erfüllt, weil etwa die Gefahr des Totalverlusts besteht („Primärschaden“; RIS-Justiz RS0022537 [T11; vergleiche auch T22, T24]). Maßgebender Termin für den Schadenseintritt ist der Zeitpunkt der Zeichnung der Anlage, im vorliegenden Fall somit Dezember 2007.

Ist bereits ein Primärschaden eingetreten, dann muss die Feststellungsklage zur Abwehr der Verjährung vorhersehbarer Folgeschäden innerhalb der für den Primärschaden bestehenden Verjährungsfrist eingebracht werden (RIS-Justiz RS0097976, RS0083144 [T2]). Maßgeblich ist, ob dem Geschädigten objektiv alle für das Entstehen des Anspruchs maßgebenden Tatumstände bekannt waren, nicht ob er sich subjektiv in einem Irrtum befunden hat (RIS-Justiz RS0034547). Wünscht der Anleger eine risikolose Veranlagung, so tritt der relevante Moment ein, wenn sich herausstellt, dass die erworbenen Papiere tatsächlich risikobehaftet sind, also die gewünschten Eigenschaften nicht erfüllt sind. Dieser Zeitpunkt ist unabhängig davon, ob nach einer Zukunftsprognose aus damaliger Sicht auf eine positivere Kursentwicklung zu hoffen war oder nicht, als maßgebender Termin für den Schadenseintritt anzusehen. Erhält der Anleger etwa Kenntnis von Kursverlusten, so muss ihm zugleich auch klar sein, dass er sein Geld anstatt für ein von ihm gewünschtes risikoloses Wertpapier für ein Kursschwankungen unterworfenen Wertpapier ausgegeben hatte (vgl 7 Ob 18/13t).Ist bereits ein Primärschaden eingetreten, dann muss die Feststellungsklage zur Abwehr der Verjährung vorhersehbarer Folgeschäden innerhalb der für den Primärschaden bestehenden Verjährungsfrist eingebracht werden (RIS-Justiz RS0097976, RS0083144 [T2]). Maßgeblich ist, ob dem Geschädigten objektiv alle für das Entstehen des Anspruchs maßgebenden Tatumstände bekannt waren, nicht ob er sich subjektiv in einem Irrtum befunden hat (RIS-Justiz RS0034547). Wünscht der Anleger eine risikolose Veranlagung, so tritt der relevante Moment ein, wenn sich herausstellt, dass die erworbenen Papiere tatsächlich risikobehaftet sind, also die gewünschten Eigenschaften nicht erfüllt sind. Dieser Zeitpunkt ist unabhängig davon, ob nach einer Zukunftsprognose aus damaliger Sicht auf eine positivere Kursentwicklung zu hoffen war oder nicht, als maßgebender Termin für den Schadenseintritt anzusehen. Erhält der Anleger etwa Kenntnis von Kursverlusten, so muss ihm zugleich auch klar sein, dass er sein Geld anstatt für ein von ihm gewünschtes risikoloses Wertpapier für ein Kursschwankungen unterworfenen Wertpapier ausgegeben hatte vergleiche 7 Ob 18/13t).

Nach den Feststellungen hatte die Klägerin bereits von Anfang an Kenntnis davon, dass es bei der den Genussscheinen zugrundeliegenden Veranlagung ein Insolvenzrisiko gibt und dass es bei Unternehmensbeteiligungen zu einem Totalverlust des eingesetzten Kapitals kommen kann. Die Klägerin hat nach 2008 keinerlei Ausschüttungen mehr erhalten, und ihr wurde 2011 bewusst, dass die getätigte Investition keine Veranlagung war, bei der sie jedenfalls ihr Kapital erhalten würde. Über nähere Befassung mit den Unterlagen wurde ihr auch bewusst, dass Abzugsposten bei der Genussscheinauszahlung Ende 2008 eine Verwaltungsgebühr der Emittentin darstellte. Bereits im Herbst 2011 erwog die Klägerin eine Klage. Überdies wurde sie Ende 2011 informiert, dass die dramatische Verschlechterung der Situation des weltweiten Frachtschiffahrtmarkts Einfluss auf das Investment habe.

Die Vorinstanzen sind daher zutreffend davon ausgegangen, dass das Klagebegehren nicht auf Beratungsfehler in

Ansehung des Totalverlustrisikos sowie des Bestehens einer Verwaltungsgebühr der Emittentin gestützt werden kann.

2.2. Der Begriff „Weichkosten“ stammt aus dem Gebiet der geschlossenen Fonds und bezeichnet dort die Kosten, die während der Auflegung eines Fonds und dessen Vertriebs anfallen. Allgemein werden darunter diejenigen Kosten verstanden, die in der Investitionszeit anfallen. „Weichkosten“ stehen in keinem direkten Zusammenhang mit dem jeweiligen Investitionsobjekt des geschlossenen Fonds, wie hier zB dem Schiff, das die Fondsgesellschaft kaufen möchte bzw bereits gekauft hat. Zu den „Weichkosten“ gehören vor allem Vertriebs- und Marketingkosten, also Kosten für die Aktivitäten in diesen Bereichen. Mit solchen Kosten muss der Anleger grundsätzlich rechnen, sodass insofern eine Informationspflicht erst dann entsteht, wenn diese Kosten eine erhebliche Höhe erreichen (6 Ob 118/16w mwN; vgl Brenn, Glosse zu 3 Ob 190/16m, EvBl 2017/119, 829 [830]).

2.2. Der Begriff „Weichkosten“ stammt aus dem Gebiet der geschlossenen Fonds und bezeichnet dort die Kosten, die während der Auflegung eines Fonds und dessen Vertriebs anfallen. Allgemein werden darunter diejenigen Kosten verstanden, die in der Investitionszeit anfallen. „Weichkosten“ stehen in keinem direkten Zusammenhang mit dem jeweiligen Investitionsobjekt des geschlossenen Fonds, wie hier zB dem Schiff, das die Fondsgesellschaft kaufen möchte bzw bereits gekauft hat. Zu den „Weichkosten“ gehören vor allem Vertriebs- und Marketingkosten, also Kosten für die Aktivitäten in diesen Bereichen. Mit solchen Kosten muss der Anleger grundsätzlich rechnen, sodass insofern eine Informationspflicht erst dann entsteht, wenn diese Kosten eine erhebliche Höhe erreichen (6 Ob 118/16w mwN; vergleiche Brenn, Glosse zu 3 Ob 190/16m, EvBl 2017/119, 829 [830]).

2.3. Der Oberste Gerichtshof hat bereits ausgesprochen, dass hinsichtlich der Verjährung das Unterbleiben einer erforderlichen Aufklärung über „Weichkosten“ im Verhältnis zum Risiko des Totalverlusts grundsätzlich nicht als eigener Aufklärungsfehler zu qualifizieren ist, beeinflussen doch erhebliche „Weichkosten“ die Werthaltigkeit des Investments (6 Ob 118/16w, ecolex 2018/11, 23 [krit Häusler, ecolex 2018, 12]). Dieser Auffassung hat sich jüngst der 7. Senat angeschlossen (7 Ob 95/17x).

2.4. Auch der erkennende Senat teilt diese Auffassung, wonach „Weichkosten“ die Werthaltigkeit der Investition betreffen. Die Aufklärung darüber umfasst verschiedene Teilaspekte, nämlich neben der Sicherheit der Investition an sich etwa deren Belastung mit erheblichen Vertriebskosten. So wie ein Aufklärungsdefizit in Bezug auf die rechtliche Qualität der Ausschüttungen nicht als eigenständiger, von der Aufklärung über das Risiko des Totalverlusts unabhängiger Beratungsfehler zu qualifizieren ist, der allenfalls eine gesonderte Verjährungsfrist auslösen könnte (vgl 5 Ob 133/15t), ist auch von keinem gesonderten Lauf einer Verjährungsfrist in Ansehung von Weichkosten auszugehen. Dies bedeutet nicht, dass eine verjährungsrechtliche Unterscheidung in Aufklärungsfehler mit eigener und solche ohne eigene Verjährungsfrist stattfände (so aber Häusler, ecolex 2018), sondern dass auch dieser Aspekt der Werthaltigkeit – wie hier – jedenfalls dann verjährt ist, wenn Natur der Veranlagung oder die Wertlosigkeit der Investition insgesamt nicht mehr releviert werden können.

2.4. Auch der erkennende Senat teilt diese Auffassung, wonach „Weichkosten“ die Werthaltigkeit der Investition betreffen. Die Aufklärung darüber umfasst verschiedene Teilaspekte, nämlich neben der Sicherheit der Investition an sich etwa deren Belastung mit erheblichen Vertriebskosten. So wie ein Aufklärungsdefizit in Bezug auf die rechtliche Qualität der Ausschüttungen nicht als eigenständiger, von der Aufklärung über das Risiko des Totalverlusts unabhängiger Beratungsfehler zu qualifizieren ist, der allenfalls eine gesonderte Verjährungsfrist auslösen könnte (vergleiche 5 Ob 133/15t), ist auch von keinem gesonderten Lauf einer Verjährungsfrist in Ansehung von Weichkosten auszugehen. Dies bedeutet nicht, dass eine verjährungsrechtliche Unterscheidung in Aufklärungsfehler mit eigener und solche ohne eigene Verjährungsfrist stattfände (so aber Häusler, ecolex 2018), sondern dass auch dieser Aspekt der Werthaltigkeit – wie hier – jedenfalls dann verjährt ist, wenn Natur der Veranlagung oder die Wertlosigkeit der Investition insgesamt nicht mehr releviert werden können.

Auf die Frage, wann die „Weichkosten“ eine entsprechend relevante Höhe erreichen, muss daher hier nicht eingegangen werden.

3. Zur Aufklärung über den Erhalt von Innenprovisionen:

3.1. Der Oberste Gerichtshof hat zur Rechtslage vor dem Inkrafttreten des WAG 2007 ausgesprochen (vgl 2 Ob 99/16x mwN), dass ein Anlageberater den Anleger auf ihm von dritter Stelle zufließende Provisionen jedenfalls dann hinzuweisen hat, wenn der Anleger selbst ein Entgelt für die Beratung und Vermittlung der Anlage leistet und daher nicht mit solchen (weiteren) Zahlungen durch den Emittenten oder dessen Vertriebspartner an den Berater und der

damit verbundenen Gefahr einer Interessenkollision rechnen musste (RIS-Justiz RS0131382). Der Kunde muss tatsächlich damit rechnen, dass der Berater Provisionen vom Emittenten oder von dessen Vertriebspartner erhält, wenn die Beratung für den Kunden unentgeltlich erfolgt. Denn dann liegt für ihn auf der Hand, dass eben der Emittent oder dessen Vertriebspartner den Berater entlohnt. Anderes gilt jedoch (jedenfalls für die Zeit vor Inkrafttreten des WAG 2007) dann, wenn der Kunde selbst ein Entgelt für die Beratung und Vermittlung der Anlage leistet. In diesem Fall muss er nicht annehmen, dass der Wertpapierdienstleister bei Auswahl bestimmter Produkte zusätzlich Vergütungen von anderer Seite erhält und dadurch – wie auch im Fall einer Vermögensverwaltung (vgl 6 Ob 110/07f) – die Gefahr entsteht, dass der Dienstleister nicht ausschließlich in seinem Interesse tätig wird (8 Ob 109/16m).

3.1. Der Oberste Gerichtshof hat zur Rechtslage vor dem Inkrafttreten des WAG 2007 ausgesprochen (vergleiche 2 Ob 99/16x mwN), dass ein Anlageberater den Anleger auf ihm von dritter Stelle zufließende Provisionen jedenfalls dann hinzuweisen hat, wenn der Anleger selbst ein Entgelt für die Beratung und Vermittlung der Anlage leistet und daher nicht mit solchen (weiteren) Zahlungen durch den Emittenten oder dessen Vertriebspartner an den Berater und der damit verbundenen Gefahr einer Interessenkollision rechnen musste (RIS-Justiz RS0131382). Der Kunde muss tatsächlich damit rechnen, dass der Berater Provisionen vom Emittenten oder von dessen Vertriebspartner erhält, wenn die Beratung für den Kunden unentgeltlich erfolgt. Denn dann liegt für ihn auf der Hand, dass eben der Emittent oder dessen Vertriebspartner den Berater entlohnt. Anderes gilt jedoch (jedenfalls für die Zeit vor Inkrafttreten des WAG 2007) dann, wenn der Kunde selbst ein Entgelt für die Beratung und Vermittlung der Anlage leistet. In diesem Fall muss er nicht annehmen, dass der Wertpapierdienstleister bei Auswahl bestimmter Produkte zusätzlich Vergütungen von anderer Seite erhält und dadurch – wie auch im Fall einer Vermögensverwaltung (vergleiche 6 Ob 110/07f) – die Gefahr entsteht, dass der Dienstleister nicht ausschließlich in seinem Interesse tätig wird (8 Ob 109/16m).

3.2. Im vorliegenden Fall hat die Beklagte nach Verhandlungen mit der Klägerin auf ein Agio verzichtet, sodass diese selbst kein Entgelt für die Beratung und Vermittlung der Anlage leistete. Sie durfte daher nicht aus diesem Grund vorab darauf vertrauen, dass die Beklagte keine Provision von anderer Seite erhielt.

3.3. Es stellt sich die Frage, ob dessen ungeachtet die Bestimmungen des WAG 2007 gebieten, jedenfalls über derartige Provisionen aufzuklären, und ob die Beklagte auf einen möglichen Interessenkonflikt hinzuweisen hatte.

3.4.1. Das gegenständliche Geschäft wurde am 17. Dezember 2007 abgeschlossen.

3.4.2. Das WAG 2007, BGBl I 2007/60, trat mit 1. November 2007 in Kraft und das WAG 1996, BGBl 1996/753, mit Ablauf des 31. Oktober 2007 außer Kraft (§§ 106, 108 WAG 2007).

3.4.2. Das WAG 2007, BGBl I 2007/60, trat mit 1. November 2007 in Kraft und das WAG 1996, BGBl 1996/753, mit Ablauf des 31. Oktober 2007 außer Kraft (Paragraphen 106, 108, WAG 2007).

3.4.3. Der vorliegende Fall liegt daher im zeitlichen Anwendungsbereich des WAG 2007 (idFBGBl I 2007/107).

3.4.3. Der vorliegende Fall liegt daher im zeitlichen Anwendungsbereich des WAG 2007 in der Fassung BGBl I 2007/107).

3.5.1. Nach § 1 Abs 1 WAG 2007 sind „Wertpapierfirmen“ Wertpapierfirmen gemäß § 3 WAG 2007 sowie natürliche und juristische Personen, die in ihrem Herkunftsmitgliedstaat zur Erbringung von Wertpapierdienstleistungen oder Anlagetätigkeiten als Wertpapierfirma im Sinne von Art 4 Abs 1 Z 1 der Richtlinie 2004/39/EG zugelassen sind.

3.5.1. Nach Paragraph eins, Absatz eins, WAG 2007 sind „Wertpapierfirmen“ Wertpapierfirmen gemäß Paragraph 3, WAG 2007 sowie natürliche und juristische Personen, die in ihrem Herkunftsmitgliedstaat zur Erbringung von Wertpapierdienstleistungen oder Anlagetätigkeiten als Wertpapierfirma im Sinne von Artikel 4, Absatz eins, Ziffer eins, der Richtlinie 2004/39/EG zugelassen sind.

Eine Wertpapierfirma nach § 3 Abs 1 WAG 2007 ist eine juristische Person, die ihren Sitz und ihre Hauptverwaltung in Österreich hat und auf Grund dieses Bundesgesetzes berechtigt ist, Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten (§ 1 Z 2 WAG 2007) zu erbringen.

Eine Wertpapierfirma nach Paragraph 3, Absatz eins, WAG 2007 ist eine juristische Person, die ihren Sitz und ihre Hauptverwaltung in Österreich hat und auf Grund dieses Bundesgesetzes berechtigt ist, Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten (Paragraph eins, Ziffer 2, WAG 2007) zu erbringen.

Nach § 1 Z 16 WAG 2007 ist Herkunftsmitgliedstaat einer Wertpapierfirma der Herkunftsmitgliedstaat gemäß § 2 Z 6 lit b BWG. Gemäß § 2 Z 6 lit b sublit bb BWG, BGBl 1993/532 idFBGBl I 2007/60, ist der Herkunftsmitgliedstaat für Wertpapierfirmen, die juristische Personen sind, der Mitgliedstaat, in dem sie ihren satzungsmäßigen Sitz haben, oder, wenn sie gemäß dem für sie geltenden einzelstaatlichen Recht keinen satzungsmäßigen Sitz haben, der Mitgliedstaat, in dem ihr Hauptverwaltungssitz liegt.

Nach Paragraph eins, Ziffer 16, WAG 2007 ist Herkunftsmitgliedstaat einer

Wertpapierfirma der Herkunftsmitgliedstaat gemäß Paragraph 2, Ziffer 6, Litera b, BWG. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 6, Litera b, Sub-Litera, b, b, BWG, BGBl 1993/532 in der Fassung BGBl I 2007/60, ist der Herkunftsmitgliedstaat für Wertpapierfirmen, die juristische Personen sind, der Mitgliedstaat, in dem sie ihren satzungsmäßigen Sitz haben, oder, wenn sie gemäß dem für sie geltenden einzelstaatlichen Recht keinen satzungsmäßigen Sitz haben, der Mitgliedstaat, in dem ihr Hauptverwaltungssitz liegt.

Nach § 15 Abs 1 WAG 2007 sind „Rechtsträger“ im Sinne des 2. Hauptstücks (§§ 15 bis 63 – „Organisatorische Anforderungen“) Kreditinstitute, Wertpapierfirmen, Wertpapierdienstleistungsunternehmen, Versicherungsunternehmen nach Maßgabe von § 2 Abs 2 sowie Zweigstellen von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten aus EU-Mitgliedstaaten. Nach Paragraph 15, Absatz eins, WAG 2007 sind „Rechtsträger“ im Sinne des 2. Hauptstücks (Paragraphen 15 bis 63 – „Organisatorische Anforderungen“) Kreditinstitute, Wertpapierfirmen, Wertpapierdienstleistungsunternehmen, Versicherungsunternehmen nach Maßgabe von Paragraph 2, Absatz 2, sowie Zweigstellen von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten aus EU-Mitgliedstaaten.

3.5.2. Bereits das WAG 1996 hatte in seinen §§ 11 ff Wohlverhaltensregeln normiert; diese galten nach § 11 Abs 3 WAG 1996 „auch für Unternehmen mit Sitz im Ausland einschließlich der für sie im Inland tätigen natürlichen und juristischen Personen, die Dienstleistungen gegenüber Kunden im Inland erbringen, sofern nicht die Wertpapierdienstleistung einschließlich der damit im Zusammenhang stehenden Nebenleistungen ausschließlich im Ausland erbracht wird“. 3.5.2. Bereits das WAG 1996 hatte in seinen Paragraphen 11, ff Wohlverhaltensregeln normiert; diese galten nach Paragraph 11, Absatz 3, WAG 1996 „auch für Unternehmen mit Sitz im Ausland einschließlich der für sie im Inland tätigen natürlichen und juristischen Personen, die Dienstleistungen gegenüber Kunden im Inland erbringen, sofern nicht die Wertpapierdienstleistung einschließlich der damit im Zusammenhang stehenden Nebenleistungen ausschließlich im Ausland erbracht wird“.

Nach den Materialien enthielten die §§ 11 ff WAG 1996 „eine gesetzliche Konkretisierung von Schutz- und Aufklärungspflichten“, deren Verletzung zu einer zivilrechtlichen Haftung führen könne. Nach § 11 Abs 3 gälten diese Wohlverhaltensregeln auch bei grenzüberschreitend vom Ausland erbrachten Dienstleistungen; es werde nicht auf die Ansässigkeit des Kunden abgestellt, um eine einheitliche Rechtsanwendung in Österreich sicherzustellen (ErläutRV 369 BlgNR 20. GP 63). Nach den Materialien enthielten die Paragraphen 11, ff WAG 1996 „eine gesetzliche Konkretisierung von Schutz- und Aufklärungspflichten“, deren Verletzung zu einer zivilrechtlichen Haftung führen könne. Nach Paragraph 11, Absatz 3, gälten diese Wohlverhaltensregeln auch bei grenzüberschreitend vom Ausland erbrachten Dienstleistungen; es werde nicht auf die Ansässigkeit des Kunden abgestellt, um eine einheitliche Rechtsanwendung in Österreich sicherzustellen (ErläutRV 369 BlgNR 20. Gesetzgebungsperiode 63,).

3.5.3. Zwar findet sich im WAG 2007 keine dem § 11 Abs 3 WAG 1996 entsprechende Regelung, jedoch ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des Gesetzes anders als nach territorialen Anknüpfungspunkten geregelt hätte (vgl Brandl/Klausberger in Brandl/Saria, WAG § 38 [2015] Rz 31). 3.5.3. Zwar findet sich im WAG 2007 keine dem Paragraph 11, Absatz 3, WAG 1996 entsprechende Regelung, jedoch ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des Gesetzes anders als nach territorialen Anknüpfungspunkten geregelt hätte vergleiche Brandl/Klausberger in Brandl/Saria, WAG Paragraph 38, [2015] Rz 31).

3.5.4. Sowohl die Beklagte als auch die Emittentin sind österreichische Kapitalgesellschaften mit Sitz in Österreich. Das von der Beklagten vermittelte Geschäft betraf einen von der Emittentin begebenen österreichischen Genussschein mit österreichischem ISIN-Ländercode, der bei der österreichischen Kontrollbank hinterlegt wurde. Jedenfalls ein Teil der von der Beklagten erbrachten Dienstleistungen wurde im Inland erbracht. Ungeachtet des Umstands, dass die Beratungsgespräche in Russland geführt wurden und die Klägerin auf den britischen Jungferninseln registriert ist, liegt ein hinreichender territorialer Nahebezug zu Österreich vor.

3.5.5. Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass das WAG 2007 anzuwenden ist.

3.6.1. Anders als das WAG 2007 hatte das WAG 1996 in seinem § 15 ausdrücklich vorgesehen, dass bei Verletzung der Pflichten nach den §§ 13 und 14 Schadenersatz verlangt werden kann. 3.6.1. Anders als das WAG 2007 hatte das WAG 1996 in seinem Paragraph 15, ausdrücklich vorgesehen, dass bei Verletzung der Pflichten nach den Paragraphen 13 und 14 Schadenersatz verlangt werden kann.

Es entspricht ständiger Rechtsprechung zu § 13 Z 3 und Z 4 WAG 1996, dass diese Bestimmungen die schon von der älteren Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0026135; RS0027769) und Lehre zu Effektengeschäften insbesondere aus culpa in

contrahendo, positiver Forderungsverletzung und dem Beratungsvertrag abgeleiteten Aufklärungspflichten und Beratungspflichten festschreiben (RIS-Justiz RS0119752). Es entspricht ständiger Rechtsprechung zu Paragraph 13, Ziffer 3 und Ziffer 4, WAG 1996, dass diese Bestimmungen die schon von der älteren Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0026135; RS0027769) und Lehre zu Effektengeschäften insbesondere aus culpa in contrahendo, positiver Forderungsverletzung und dem Beratungsvertrag abgeleiteten Aufklärungspflichten und Beratungspflichten festschreiben (RIS-Justiz RS0119752).

3.6.2. Das WAG 2007 sieht gegenüber dem WAG 1996 erweiterte Wohlverhaltensregeln vor:

Der 5. Abschnitt des 2. Hauptstücks (§§ 38 f – „Verpflichtung zum Handeln im besten Interesse des Kunden“) sieht in § 38 („Allgemeine Pflichten“) unter anderem vor, dass ein Rechtsträger „ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse seiner Kunden zu handeln“ hat. Der 5. Abschnitt des 2. Hauptstücks (Paragraphen 38, f – „Verpflichtung zum Handeln im besten Interesse des Kunden“) sieht in Paragraph 38, („Allgemeine Pflichten“) unter anderem vor, dass ein Rechtsträger „ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse seiner Kunden zu handeln“ hat.

§ 39 WAG 2007 („Gewährung und Annahme von Vorteilen“) legt in Abs 1 fest, dass ein Rechtsträger dann nicht ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse seiner Kunden gemäß § 38 handelt, wenn er im Zusammenhang mit der Erbringung von Wertpapier- oder Nebendienstleistungen einen Vorteil gewährt oder annimmt. „Vorteile“ sind nach Abs 2 Gebühren, Provisionen, sonstige Geldleistungen oder nicht in Geldform angebotene Zuwendungen. Paragraph 39, WAG 2007 („Gewährung und Annahme von Vorteilen“) legt in Absatz eins, fest, dass ein Rechtsträger dann nicht ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse seiner Kunden gemäß Paragraph 38, handelt, wenn er im Zusammenhang mit der Erbringung von Wertpapier- oder Nebendienstleistungen einen Vorteil gewährt oder annimmt. „Vorteile“ sind nach Absatz 2, Gebühren, Provisionen, sonstige Geldleistungen oder nicht in Geldform angebotene Zuwendungen.

§ 39 Abs 3 WAG 2007 umschreibt besondere Ausnahmetatbestände, wonach die Gewährung oder Annahme von Vorteilen unter anderem dann zulässig ist, wenn sie von einem Dritten oder einer in seinem Auftrag handelnden Person gewährt werden und die Existenz, die Art und der Betrag des Vorteils dem Kunden vor Erbringung der betreffenden Wertpapier- oder Nebendienstleistung in umfassender, zutreffender und verständlicher Weise offen gelegt werden und der Vorteil darauf ausgelegt ist, die Qualität der für die Kunden erbrachten Dienstleistungen zu verbessern, und der Vorteil den Rechtsträger nicht dabei beeinträchtigt, pflichtgemäß im besten Interesse des Kunden zu handeln (Z 2). Paragraph 39, Absatz 3, WAG 2007 umschreibt besondere Ausnahmetatbestände, wonach die Gewährung oder Annahme von Vorteilen unter anderem dann zulässig ist, wenn sie von einem Dritten oder einer in seinem Auftrag handelnden Person gewährt werden und die Existenz, die Art und der Betrag des Vorteils dem Kunden vor Erbringung der betreffenden Wertpapier- oder Nebendienstleistung in umfassender, zutreffender und verständlicher Weise offen gelegt werden und der Vorteil darauf ausgelegt ist, die Qualität der für die Kunden erbrachten Dienstleistungen zu verbessern, und der Vorteil den Rechtsträger nicht dabei beeinträchtigt, pflichtgemäß im besten Interesse des Kunden zu handeln (Ziffer 2,).

Zulässig sind Vorteilszuwendungen auch, wenn sie die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen ermöglichen oder dafür erforderlich sind, wie Verwahrungsgebühren, Abwicklungs- und Handelsplatzgebühren, Verwaltungsgebühren oder gesetzliche Gebühren und die ihrer Natur nach keine Konflikte mit der Verpflichtung des Rechtsträgers hervorrufen können, im besten Interesse seiner Kunden zu handeln (Z 3). Zulässig sind Vorteilszuwendungen auch, wenn sie die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen ermöglichen oder dafür erforderlich sind, wie Verwahrungsgebühren, Abwicklungs- und Handelsplatzgebühren, Verwaltungsgebühren oder gesetzliche Gebühren und die ihrer Natur nach keine Konflikte mit der Verpflichtung des Rechtsträgers hervorrufen können, im besten Interesse seiner Kunden zu handeln (Ziffer 3,).

3.6.3. Nach den Materialien zum WAG 2007 soll durch die erhöhten Informationspflichten und Wohlverhaltensregeln insbesondere den Kleinkunden ein Schutzniveau geboten werden, das ihnen die Entscheidung, Wertpapierdienstleistungen in Anspruch zu nehmen, erleichtern und somit das Vertrauen der Anleger sowohl in die angebotenen Dienstleistungen als auch die Finanzinstrumente stärken könne; die Stärkung des Anlegerschutzes spiegle sich in erweiterten Wohlverhaltensregeln (ErläutRV 143 BlgNR 23. GP 1 und 3). 3.6.3. Nach den Materialien zum WAG 2007 soll durch die erhöhten Informationspflichten und Wohlverhaltensregeln insbesondere den Kleinkunden ein

Schutzniveau geboten werden, das ihnen die Entscheidung, Wertpapierdienstleistungen in Anspruch zu nehmen, erleichtern und somit das Vertrauen der Anleger sowohl in die angebotenen Dienstleistungen als auch die Finanzinstrumente stärken könne; die Stärkung des Anlegerschutzes spiegle sich in erweiterten Wohlverhaltensregeln (ErläutRV 143 BlgNR 23. Gesetzgebungsperiode eins, und 3).

Dass diese Wohlverhaltensregeln – in Abkehr von der Rechtslage nach dem WAG 1996 – keine zivilrechtlichen Auswirkungen dahin haben sollte, dass sie vor- und nebenvertragliche Verpflichtungen umfassen, ist weder dem Gesetz noch den Materialien zu entnehmen (vgl Graf in Gruber/Raschauer, WAG1.01 [2011] § 38 Rz 46). Dass diese Wohlverhaltensregeln – in Abkehr von der Rechtslage nach dem WAG 1996 – keine zivilrechtlichen Auswirkungen dahin haben sollte, dass sie vor- und nebenvertragliche Verpflichtungen umfassen, ist weder dem Gesetz noch den Materialien zu entnehmen vergleiche Graf in Gruber/Raschauer, WAG1.01 [2011] Paragraph 38, Rz 46).

3.6.4. Dies steht auch im Einklang mit den europarechtlichen Vorgaben, die durch das WAG 2007 umgesetzt werden (Art I BGBl I 2007/60). 3.6.4. Dies steht auch im Einklang mit den europarechtlichen Vorgaben, die durch das WAG 2007 umgesetzt werden (Artikel römisch eins, BGBl I 2007/60).

In den Erwägungsgründen 2 und 31 der Richtlinie 2004/39/EG (ABl L 2004/145, 1) heißt es, dass ein Ziel der Richtlinie der Anlegerschutz ist und dass es erforderlich ist, eine Harmonisierung in dem Umfang vorzunehmen, der notwendig ist, um Anlegern ein hohes Schutzniveau zu bieten. In den Erwägungsgründen 2 und 31 der Richtlinie 2004/39/EG Amtsblatt , L 2004/145, 1) heißt es, dass ein Ziel der Richtlinie der Anlegerschutz ist und dass es erforderlich ist, eine Harmonisierung in dem Umfang vorzunehmen, der notwendig ist, um Anlegern ein hohes Schutzniveau zu bieten.

Erwägungsgrund 24 der Richtlinie 2006/73/EG (ABl L 2006/241, 26) beschreibt potenzielle Interessenkonflikte unter anderem dahin, dass es nicht ausreicht, dass der Wertpapierfirma ein Vorteil entstehen kann, sondern es muss dem Kunden auch ein potenzieller Nachteil entstehen. Nach Erwägungsgrund 25 ist es unerheblich, ob der Kunde ein Kleinanleger oder ein professioneller Anleger ist: Legt eine Wertpapierfirma Interessenkonflikte nach Art 18 der Richtlinie 2004/39/EG offen, so enthebt sie dies nach Erwägungsgrund 27 nicht der Pflicht, organisatorischen Maßnahmen nach Art 13 der Richtlinie 2004/39/EG zu ergreifen. Erwägungsgrund 24 der Richtlinie 2006/73/EG Amtsblatt , L 2006/241, 26) beschreibt potenzielle Interessenkonflikte unter anderem dahin, dass es nicht ausreicht, dass der Wertpapierfirma ein Vorteil entstehen kann, sondern es muss dem Kunden auch ein potenzieller Nachteil entstehen. Nach Erwägungsgrund 25 ist es unerheblich, ob der Kunde ein Kleinanleger oder ein professioneller Anleger ist: Legt eine Wertpapierfirma Interessenkonflikte nach Artikel 18, der Richtlinie 2004/39/EG offen, so enthebt sie dies nach Erwägungsgrund 27 nicht der Pflicht, organisatorischen Maßnahmen nach Artikel 13, der Richtlinie 2004/39/EG zu ergreifen.

Art 19 Richtlinie 2004/39/EG sieht teils vor, die Mitgliedstaaten hätten bestimmtes Verhalten der Wertpapierfirmen vorzuschreiben, sicherzustellen oder etwa zu gestatten (zB Abs 1, 5 und 6), teils wird direkt angeordnet, wie sich die Wertpapierfirmen den Kunden gegenüber zu verhalten haben (zB Abs 3 und 4, Abs 5 Unterabs 2 und 3, Abs 7 und 8). Die Richtlinie 2006/73/EG bestimmt teils, dass die Mitgliedstaaten die Wertpapierfirmen verpflichten, für bestimmte Ergebnisse zu sorgen, die bestimmte Bedingungen zu erfüllen haben (zB Art 27), zum Teil spricht sie davon, dass die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen haben, dass die Wertpapierfirmen bestimmtes Verhalten ihren Kunden gegenüber zeigen (zB Art 28 Abs 1 und 2). Artikel 19, Richtlinie 2004/39/EG sieht teils vor, die Mitgliedstaaten hätten bestimmtes Verhalten der Wertpapierfirmen vorzuschreiben, sicherzustellen oder etwa zu gestatten (zB Absatz eins, 5 und 6), teils wird direkt angeordnet, wie sich die Wertpapierfirmen den Kunden gegenüber zu verhalten haben (zB Absatz 3 und 4, Absatz 5, Unterabs 2 und 3, Absatz 7 und 8). Die Richtlinie 2006/73/EG bestimmt teils, dass die Mitgliedstaaten die Wertpapierfirmen verpflichten, für bestimmte Ergebnisse zu sorgen, die bestimmte Bedingungen zu erfüllen haben (zB Artikel 27,), zum Teil spricht sie davon, dass die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen haben, dass die Wertpapierfirmen bestimmtes Verhalten ihren Kunden gegenüber zeigen (zB Artikel 28, Absatz eins und 2).

Der Europäische Gerichtshof hat sich zu Art 19 RL 2004/39/EG dahin geäußert, dass es der innerstaatlichen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten zukommt, festzulegen, welche vertraglichen Folgen es haben muss, wenn eine Wertpapierfirma, die eine Wertpapierdienstleistung anbietet, die in Art 19 Abs 4 und 5 RL 2004/39/EG (in Bezug auf die Bewertung) vorgesehenen Anforderungen nicht erfüllt, wobei die Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität beachtet werden müssen (EuGH C-604/11, Genil 48 SL). Daraus folgt, dass es in Ermangelung einer Regelung der Union den einzelnen Mitgliedstaaten zukommt, Bedingungen für die vertraglichen Folgen der Nichteinhaltung von

Wohlverhaltensregeln festzuschreiben. Diese Anforderungen dürfen nicht ungünstiger sein als bei ähnlichen Klagen, die auf Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts gestützt sind, und sie dürfen nicht so ausgestaltet sein, dass sie die Ausübung der Rechte, die die Unionsrechtsordnung einräumt, praktisch unmöglich machen (vgl. EuGH 19. Juli 2012, C-591/10, Littlewood Retail, Rn 27 mwN). Der Europäische Gerichtshof hat sich zu Artikel 19, RL 2004/39/EG dahin geäußert, dass es der innerstaatlichen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten zukommt, festzulegen, welche vertraglichen Folgen es haben muss, wenn eine Wertpapierfirma, die eine Wertpapierdienstleistung anbietet, die in Artikel 19, Absatz 4 und 5 RL 2004/39/EG (in Bezug auf die Bewertung) vorgesehenen Anforderungen nicht erfüllt, wobei die Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität beachtet werden müssen (EuGH C-604/11, Genil 48 SL). Daraus folgt, dass es in Ermangelung einer Regelung der Union den einzelnen Mitgliedstaaten zukommt, Bedingungen für die vertraglichen Folgen der Nichteinhaltung von Wohlverhaltensregeln festzuschreiben. Diese Anforderungen dürfen nicht ungünstiger sein als bei ähnlichen Klagen, die auf Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts gestützt sind, und sie dürfen nicht so ausgestaltet sein, dass sie die Ausübung der Rechte, die die Unionsrechtsordnung einräumt, praktisch unmöglich machen (vergleiche EuGH 19. Juli 2012, C-591/10, Littlewood Retail, Rn 27 mwN).

3.6.5. Die innerstaatliche Umsetzung in den §§ 38 f WAG 2007 erlegt den Wertpapierfirmen ausdrücklich bestimmte Verhaltenspflichten ihren Kunden gegenüber auf. Warum die vertragsrechtliche Einhaltung der §§ 38 f WAG 2007 dem Kunden gegenüber nicht äquivalent oder nicht effektiv im oben dargestellten Sinne sein sollte, ist nicht ersichtlich, zumal die Einhaltung dieser Bestimmungen ohnehin auch aus aufsichtsrechtlicher Sicht geboten ist. 3.6.5. Die innerstaatliche Umsetzung in den Paragraphen 38, f WAG 2007 erlegt den Wertpapierfirmen ausdrücklich bestimmte Verhaltenspflichten ihren Kunden gegenüber auf. Warum die vertragsrechtliche Einhaltung der Paragraphen 38, f WAG 2007 dem Kunden gegenüber nicht äquivalent oder nicht effektiv im oben dargestellten Sinne sein sollte, ist nicht ersichtlich, zumal die Einhaltung dieser Bestimmungen ohnehin auch aus aufsichtsrechtlicher Sicht geboten ist.

3.6.6. Zusammengefasst stehen auch in richtlinienkonformer Auslegung die europarechtlichen Vorgaben einem Verständnis der §§ 38 f WAG 2007, wonach deren Verletzung auch eine Verletzung der vor- und nebenvertraglichen Pflichten der Wertpapierfirma bedeutet, zumindest nicht entgegen. 3.6.6. Zusammengefasst stehen auch in richtlinienkonformer Auslegung die europarechtlichen Vorgaben einem Verständnis der Paragraphen 38, f WAG 2007, wonach deren Verletzung auch eine Verletzung der vor- und nebenvertraglichen Pflichten der Wertpapierfirma bedeutet, zumindest nicht entgegen.

3.7.1. Die Beklagte hat einen Vorteil iSd § 39 Abs 2 WAG 2007 angenommen, ohne dass ihr der Ausnahmetatbestand des § 39 Abs 3 Z 2 leg cit zugute käme, dessen Voraussetzungen nach dem klaren Wortlaut kumulativ vorliegen müssen; die Beklagte hat aber die ihr vom Emissionshaus zugekommene Provision nicht offengelegt. 3.7.1. Die Beklagte hat einen Vorteil iSd Paragraph 39, Absatz 2, WAG 2007 angenommen, ohne dass ihr der Ausnahmetatbestand des Paragraph 39, Absatz 3, Ziffer 2, leg cit zugute käme, dessen Voraussetzungen nach dem klaren Wortlaut kumulativ vorliegen müssen; die Beklagte hat aber die ihr vom Emissionshaus zugekommene Provision nicht offengelegt.

3.7.2. Der Ausnahmetatbestand des § 39 Abs 2 Z 3 WAG 2007 kommt der Beklagten nicht zugute, weil dieser technische, die Dienstleistung ermöglichende oder für die erforderliche Vorteile erfasst, die schon ihrer Natur nach keine Konflikte mit der Verpflichtung zum Handeln im Kundeninteresse hervorrufen können. Umsatzbezogene Provisionen wie hier fallen daher schon deshalb nicht unter diesen Ausnahmetatbestand (vgl. Brandl/Klausberger in Brandl/Saria, WAG § 39 [2015] Rz 68 mwN; Gruber, Das Verbot der Gewährung oder Annahme von Vorteilen [„Inducements“] durch eine Wertpapierfirma [§ 39 WAG 2007], wbl 2010, 6 [13]; Gruber in Gruber/Raschauer, WAG § 39 [2009] Rz 28; vgl. Koziol, Die Haftung der depotführenden Bank bei Provisionsvereinbarungen mit externen Vermögensverwaltern ihrer Kunden, ÖBA 2003, 483 [485]), weil eine zumindest mögliche Konfliktlage zwischen den Interessen des Dienstleisters und denen des Kunden hier auf der Hand liegt (Brandstätter, Anlageberatung – Annahme und Offenlegung von Provisionen, ecolex 2016, 280 [282]); ob solche Konfliktlagen typischerweise vorkommen oder nicht (vgl. Koch, Ein Plädoyer für die Provisionsberatung. Gefährdung von Kundeninteressen durch Provisionsberatung? VbR 2014/41, 63) ist daher nicht maßgeblich. 3.7.2. Der Ausnahmetatbestand des Paragraph 39, Absatz 2, Ziffer 3, WAG 2007 kommt der Beklagten nicht zugute, weil dieser technische, die Dienstleistung ermöglichende oder für die erforderliche Vorteile erfasst, die schon ihrer Natur nach keine Konflikte mit der Verpflichtung zum Handeln im Kundeninteresse hervorrufen können. Umsatzbezogene Provisionen wie hier fallen daher schon deshalb nicht unter diesen Ausnahmetatbestand (vergleiche , Brandl/Klausberger in Brandl/Saria, WAG Paragraph 39, [2015] Rz 68 mwN;

Gruber, Das Verbot der Gewährung oder Annahme von Vorteilen [„Inducements“] durch eine Wertpapierfirma [§ 39 WAG 2007], wbl 2010, 6 [13]; Gruber in Gruber/Raschauer, WAG Paragraph 39, [2009] Rz 28; vergleiche Koziol, Die Haftung der depotführenden Bank bei Provisionsvereinbarungen mit externen Vermögensverwaltern ihrer Kunden, ÖBA 2003, 483 [485]), weil eine zumindest mögliche Konfliktlage zwischen den Interessen des Dienstleisters und denen des Kunden hier auf der Hand liegt (Brandstätter, Anlageberatung – Annahme und Offenlegung von Provisionen, ecolex 2016, 280 [282]); ob solche Konfliktlagen typischerweise vorkommen oder nicht vergleiche Koch, Ein Plädoyer für die Provisionsberatung. Gefährdung von Kundeninteressen durch Provisionsberatung? VbR 2014/41, 63) ist daher nicht maßgeblich.

3.8. Die Vorinstanzen haben festgestellt, dass die Klägerin die strittigen Genussscheine nicht erworben hätte, wenn sie über die Innenprovision informiert worden wäre. Damit steht hier der bei fehlerhafter Anlageberatung bereits durch den Erwerb des nicht gewünschten Vermögenswerts eingetretene (reale) Schaden fest (2 Ob 99/16x mwN; vgl RIS-Justiz RS0129706). 3.8. Die Vorinstanzen haben festgestellt, dass die Klägerin die strittigen Genussscheine nicht erworben hätte, wenn sie über die Innenprovision informiert worden wäre. Damit steht hier der bei fehlerhafter Anlageberatung bereits durch den Erwerb des nicht gewünschten Vermögenswerts eingetretene (reale) Schaden fest (2 Ob 99/16x mwN; vergleiche RIS-Justiz RS0129706).

3.9. Der Oberste Gerichtshof hat aber in der eben genannten Entscheidung schon dahin Stellung genommen, dass eine Verletzung der Pflicht zur Offenlegung der Innenprovisionen – unabhängig von deren Höhe – den im Erwerb der nicht gewünschten Anlage liegenden Schaden dann begründet, wenn der Berater nicht nachweist, dass der Erwerb der Anlage mangels Interessenkollision nicht im Rechtswidrigkeitszusammenhang mit der Pflichtverletzung steht. Eine solche Interessenkollision wäre dann nicht relevant, wenn die Beklagte die strittige Beteiligung auch dann empfohlen hätte, wenn sie diese Vergütung von ihrem Vertriebspartner nicht erhalten hätte (vgl Erwägungsgrund 39 RL 2006/73/EG). 3.9. Der Oberste Gerichtshof hat aber in der eben genannten Entscheidung schon dahin Stellung genommen, dass eine Verletzung der Pflicht zur Offenlegung der Innenprovisionen – unabhängig von deren Höhe – den im Erwerb der nicht gewünschten Anlage liegenden Schaden dann begründet, wenn der Berater nicht nachweist, dass der Erwerb der Anlage mangels Interessenkollision nicht im Rechtswidrigkeitszusammenhang mit der Pflichtverletzung steht. Eine solche Interessenkollision wäre dann nicht relevant, wenn die Beklagte die strittige Beteiligung auch dann empfohlen hätte, wenn sie diese Vergütung von ihrem Vertriebspartner nicht erhalten hätte (vergleiche Erwägungsgrund 39 RL 2006/73/EG).

An dieser Rechtsansicht, die auch in den Entscheidungen 10 Ob 58/16a und 8 Ob 109/16m fortgeschrieben worden ist, hat der Oberste Gerichtshof jüngst auch nach Auseinandersetzung mit auch kritischen Stimmen im Schrifttum festgehalten (7 Ob 95/17x mwN).

3.10. Auch der erkennende Senat schließt sich dieser Auffassung an, wonach eine Verletzung der Pflicht zur Offenlegung der Innenprovisionen – unabhängig von deren Höhe – den im Erwerb der nicht gewünschten Anlage liegenden Schaden dann begründet, wenn der Berater nicht nachweist, dass der Erwerb der Anlage mangels relevanter Interessenkollision nicht im Rechtswidrigkeitszusammenhang mit der Pflichtverletzung steht (RIS-Justiz RS0131382).

3.11. Eine abschließende Beurteilung ist daher derzeit nicht möglich, weil das Vorliegen/Fehlen einer relevanten Interessenkollision bisher unerörtert blieb und entsprechende Feststellungen fehlen. Das Erstgericht hat dies im fortgesetzten Verfahren nachzuholen.

3.12. Ein auf die unterlassene Offenlegung der Innenprovision gegründeter allfälliger Ersatzanspruch ist nicht verjährt.

Ein auf mangelhafte Aufklärung über Innenprovisionen gestützter Anspruch löst eine separate Verjährungsfrist gegenüber der Fehlberatung über die Rückforderung von Ausschüttungen oder die Risikoneigung der Veranlagung aus (2 Ob 99/16x, 10 Ob 58/16a, 8 Ob 109/16m, 7 Ob 95/17x).

Ausgehend von den Feststellungen, dass die Klägerin erst im Zuge der Vorbereitung des Verfahrens (Herbst 2014) Kenntnis von der Zahlung der Innenprovisionen an die Beklagte und damit von einer allfälligen Interessenkollision erlangte, erweist sich die Beurteilung des Berufungsgerichts, den Eintritt der Verjährung in diesem Punkt zu verneinen, als zutreffend.

4. Es war daher mit einer Aufhebung der Entscheidung vorzugehen. Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 ZPO. 4. Es war daher mit einer Aufhebung der Entscheidung vorzugehen. Der Kostenvorbehalt gründet sich auf Paragraph 52, ZPO.

Textnummer

E121379

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2021:E121379

Im RIS seit

14.05.2018

Zuletzt aktualisiert am

06.03.2023

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at