



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Spenling als Vorsitzenden, den Hofrat Hon.-Prof. Dr. Kuras, die Hofrätin Dr. Tarmann-Prentner und die Hofräte Mag. Ziegelbauer und Dr. Brenn als weitere Richter in den verbundenen Rechtssachen der klagenden Parteien 1. V***** A*****, 2. O***** A*****, beide *****, vertreten durch Vogl Rechtsanwalt GmbH in Feldkirch, gegen die beklagten Parteien 1. A***** S*****, vertreten durch Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati Partnerschaft von Rechtsanwälten in Wien, 2. ***** AG, *****, vertreten durch Achammer & Mennel Rechtsanwälte OG in Feldkirch, 3. D***** AG, *****, vertreten durch Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati Partnerschaft von Rechtsanwälten in Wien, wegen Feststellung (Revisionsinteresse 35.000 EUR) samt Anhang, über die Revision der klagenden Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht vom 29. März 2012, GZ 2 R 51/12k-36, mit dem das Urteil des Landesgerichts Feldkirch vom 30. Dezember 2011, GZ 9 Cg 208/09m (9 Cg 269/09g)-26, teilweise bestätigt und teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Die angefochtene Entscheidung wird dahin abgeändert, dass sie unter Einschluss der bereits in Rechtskraft erwachsenen Teile insgesamt zu lauten hat:

I. „1. Es wird gegenüber den beklagten Parteien festgestellt, dass diese den klagenden Parteien zur ungeteilten Hand für sämtliche Schäden und Nachteile haften, die den klagenden Parteien durch die Umschuldung im Jahr 2005 der vorbestehenden Kredite auf den Fremdwährungskredit bei der ***** AG, Konto-Nr. *****, entstehen, und zwar

a) die zweitbeklagte Partei einschließlich jener Schäden und Nachteile, die den klagenden Parteien durch die Konvertierung des zu Konto-Nr. ***** bei der ***** AG bestehenden Fremdwährungskredits von Schweizer Franken (CHF) in japanische Yen (JPY) im Jahr 2007 zukünftig entstehen,

b) die erst- und drittbeklagten Parteien nach oben hin begrenzt mit der Höhe jenes Schadens, der den Klägern ohne die im Jahr 2007 erfolgte Konvertierung des Fremdwährungskredits von Schweizer Franken in japanische Yen entstanden wäre.

2. Es wird gegenüber der erst- und drittbeklagten Partei festgestellt, dass diese den klagenden Parteien zur ungeteilten Hand für sämtliche Schäden und Nachteile haften, die den klagenden Parteien durch die Finanzierung der Rückzahlung des endfälligen Kredits durch den Tilgungsträger 'fondsgebundene Lebensversicherung Fondspolizze Nr. *****' bei der ***** AG entstehen.

3. Das Mehrbegehren auf Feststellung der Haftung der Erst- und Drittbeklagten auch für künftige Schäden, die den klagenden Parteien aus der 2007 erfolgten Konvertierung des zu Konto-Nr. ***** bei der ***** AG bestehenden Fremdwährungskredits von Schweizer Franken in japanische Yen entstehen, wird abgewiesen.

4. Das Mehrbegehren auf Feststellung, der Haftung der Zweitbeklagten auch für künftige Schäden, die den Klägern durch die Finanzierung der Rückzahlung des endfälligen Kredits durch den Tilgungsträger 'fondsgebundene Lebensversicherung Fondspolizze Nr. *****' bei der ***** AG entstehen, wird abgewiesen.

5. Das auf Zahlung von 8.660,30 EUR samt Anhang gerichtete Mehrbegehren wird abgewiesen.

6. Die beklagten Parteien sind zur ungeteilten

Hand schuldig, den klagenden Parteien je zur Hälfte die insgesamt mit 1.893,07 EUR (darin 186,66 EUR USt und 773,11 EUR Barauslagen) bestimmten Verfahrenskosten binnen 14 Tagen zu ersetzen.“

II. Die erst- und drittbeklagten Parteien sind zur ungeteilten Hand schuldig, den klagenden Parteien je zur Hälfte insgesamt 2.996,25 EUR (darin 499,37 EUR USt) an Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die zweitbeklagte Partei ist schuldig, den Klägern binnen 14 Tagen je zur Hälfte insgesamt 998,75 EUR (darin 166,46 EUR USt) an Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen. Die Kläger sind zur ungeteilten Hand schuldig, der zweitbeklagten Partei binnen 14 Tagen 397,13 EUR an Barauslagen des Berufungsverfahrens zu bezahlen.

III. Die beklagten Parteien sind zur ungeteilten Hand schuldig, den klagenden Parteien je zur Hälfte insgesamt 1.491 EUR an Barauslagen der Revision zu ersetzen.

Die erst- und drittbeklagten Parteien sind darüber hinaus zur ungeteilten Hand schuldig, den Klägern weitere 3.746,56 EUR (darin 375,92 EUR USt und 1.491 EUR Barauslagen) an Kosten des Revisionsverfahrens je zur Hälfte zu ersetzen, dies alles binnen 14 Tagen.

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

Die Kläger kauften als Ehegatten im Jahr 1996 gemeinsam eine mit Wohnbauförderungs-, Bauspar- und Bankkredit finanzierte Eigentumswohnung. Im Jahre 2005 betrug der noch offene Kreditsaldo insgesamt rund 206.000 EUR. Beide Kläger verfügten über keine berufliche oder private Erfahrung in Finanzierungsangelegenheiten. Die Muttersprache des Zweitklägers ist Türkisch, er kann

schneller gesprochenen Erläuterungen in Deutsch nicht folgen und schwierigere Texte in Deutsch nicht verstehen.

Im Jahre 2005 kontaktierte die Erstbeklagte, eine selbstständige Vermögensberaterin, die Erstklägerin und bot ihr an, eine Umfinanzierung zu vermitteln. Sie stellte sich dabei als regionale Geschäftsstellenleiterin der Drittbeklagten vor. Innerhalb der nächsten sechs Wochen besuchte sie die Erstklägerin drei bis vier mal, bei diesen in angenehmer Atmosphäre verlaufenden Gesprächen wurden auch private Angelegenheiten erörtert. Die Erstbeklagte gewann dabei mit freundschaftlichen Ratschlägen das persönliche Vertrauen der Erstklägerin.

Hinsichtlich der angebotenen Umschuldung empfahl sie den Klägern, an Stelle der Abstattungskredite, die ungünstig seien, einen endfälligen Fremdwährungskredit in Schweizer Franken, verbunden mit einem Tilgungsträger in Form einer fondsgebundenen Lebensversicherung abzuschließen, damit könnten sie eine erhebliche Reduktion ihrer laufenden monatlichen Zahllast erreichen. Möglicherweise werde sogar am Ende der Laufzeit des Kredits noch Geld übrig bleiben. Über Nachteile dieser Finanzierungsform, insbesondere über mögliche Wertschwankungen des fondsgebundenen Tilgungsträgers und die Risiken eines Fremdwährungskredits, klärte die Erstbeklagte nicht auf, sie überließ den Klägern auch keine schriftlichen Unterlagen.

Die Kläger ließen sich von den dargestellten Vorteilen, insbesondere von der Aussicht auf eine Herabsenkung der laufenden Rückzahlungen, überzeugen.

Der Zweitkläger schloss am 3. August 2005 über Vermittlung der Erstklägerin einen Vertrag über eine fondsgebundene Lebensversicherung ab, die als Tilgungsträger für den in Aussicht genommenen

Fremdwährungskredit dienen sollte. Bei einer Laufzeit von 20 Jahren beträgt die Prämiensumme für diesen Vertrag 132.900 EUR. Das Versicherungsprodukt enthält eine Kapitalgarantie sowie eine „Höchststandsgarantie“, mit denen die Auszahlung des eingezahlten Prämienbetrags sowie des einmal erreichten Höchststands an der Börse zum Laufzeitende besichert ist. Die vom Zweitkläger unterschriebenen Beilagen zum Antrag enthielten eingehende Hinweise auf mögliche Wertschwankungen, die er jedoch nicht verstand.

Im September 2005 unterfertigten dann beide Kläger über Vermittlung der Erstbeklagten in den Räumen der Zweitbeklagten einen Vertrag über einen endfälligen Fremdwährungskredit in Schweizer Franken zum Gegenwert von 220.000 EUR. Der Vertragsentwurf wurde ihnen erstmals bei diesem Termin vorgelegt. Mit dieser Kreditsumme wurden die drei vorbestehenden Wohnungskredite abgedeckt, ein weiterer Teil (ursprüngliches Zahlungsbegehren von 8.660,30 EUR) entfiel auf Spesen, der Rest (rund 5.000 EUR) wurde auf das Verrechnungskonto der Kläger gebucht.

Die Erstklägerin äußerte vor der Unterschriftsleistung, während auf das Eintreffen der Erstbeklagten gewartet wurde, gegenüber der Bankangestellten, sie hoffe, „das Richtige“ zu tun. Die Bankangestellte antwortete mit der Gegenfrage, ob die Kläger denn das nicht mit der Erstbeklagten besprochen hätten. Nachdem diese aber im selben Moment eintraf, wurde das Thema nicht weiter verfolgt. Die Angestellte der Zweitbeklagten klärte die Kläger nicht über Risiken eines Fremdwährungskredits auf.

Die Drittbeklagte bezog für den Abschluss des Finanzierungspakets Provisionen von der Lebensversicherungsgesellschaft und von der Zweitbeklagten.

Die Erstbeklagte erhielt eine Provision von der Drittbeklagten.

Die Kläger beglichen in der Folge laufend die ihnen vorgeschriebenen Zinsen und Tilgungsträgerprämien. Im Jahr 2007 stieg die Zinsenverpflichtung für den Franken-Kredit erheblich an. Über Initiative und Anraten der Angestellten der Zweitbeklagten stimmte die Erstklägerin einer Konvertierung des Fremdwährungskredits von Franken in japanische Yen zu, die einen Kursgewinn ergab. Über das höhere Risiko von Währungskursschwankungen beim Yen wurde die Erstklägerin nicht aufgeklärt. Eine Einverständniserklärung des Zweitklägers wurde überhaupt nicht eingeholt.

Im November 2008 forderte die Zweitbeklagte die Kläger auf, zusätzliche Sicherheiten beizubringen, weil der aushaftende Kreditbetrag infolge geänderten Wechselkurses des Yen mittlerweile höher sei als der ursprünglich aufgenommene Kredit.

Im November 2009 wurde die Ehe der Kläger geschieden. Die Erstklägerin übernahm das Alleineigentum an der Ehwohnung und gemäß § 98 EheG auch die Kreditverbindlichkeit als Hauptschuldnerin, die Haftung des Zweitklägers wurde auf eine Ausfallbürgschaft reduziert. Per 31. Oktober 2010 haftete der klagsgegenständliche Kredit mit 34.020.186 Yen, umgerechnet 314.774 EUR, aus. Sowohl der Yen-Kredit als auch der Tilgungsträger waren bei Schluss der mündlichen Streitverhandlung aufrecht.

Wären die Kläger in ausreichendem Maß über die mit dem vorgeschlagenen Finanzierungsmodell verbundenen Risiken aufgeklärt worden, hätten sie die Umschuldung ihrer Abstattungskredite und die spätere Konvertierung des Fremdwährungskredits auf japanische Yen unterlassen.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren auf

Feststellung der Haftung aller drei Beklagten für sämtliche Schäden und Nachteile, die den Klägern durch die Umschuldung der vorbestehenden Kredite auf einen Fremdwährungskredit mit Tilgungsträger, hinsichtlich der Zweitbeklagten auch durch die Konvertierung des Fremdwährungskredits von Franken in Yen künftig entstehen, statt und wies das Zahlungsmehrbegehren (rechtskräftig) ab.

Die Kläger seien einseitig nur über die Vorzüge des Finanzierungsmodells und nicht über dessen Risiken beraten und aufgeklärt worden. Die Erstbeklagte hafte für diese Fehlberatung trotz Auftretens für die Drittbeklagte auch persönlich, weil sie als selbstständige Anlageberaterin ein hohes Eigeninteresse am Vertragsabschluss verfolgt und sich dazu über eine gewöhnliche Geschäftsbeziehung hinaus das private Vertrauen der Erstklägerin verschafft habe. Die Drittbeklagte hafte für die Erstklägerin als ihre Erfüllungsgehilfin. Der Zweitbeklagten sei der geringe Kenntnisstand beider Kläger bei Abschluss des Fremdwährungskreditvertrags erkennbar gewesen, weshalb sie ebenfalls die Verpflichtung getroffen hätte, sie über die speziellen Risiken des beabsichtigten Geschäfts aufzuklären. Für einen allfälligen Schaden aus der ohne Zutun der Erst- und Drittbeklagten erfolgten Konvertierung des Fremdwährungskredits in Yen hafte die Zweitbeklagte alleine.

Das Feststellungsinteresse der Kläger sei zu bejahen. Der Eintritt eines Schadens sei nach den Feststellungen wahrscheinlich, eine Leistungsklage aber wegen der unabsehbaren zukünftigen Entwicklung des Finanzierungsmodells noch nicht möglich. Verjährung sei nicht eingetreten, weil den Klägern erst durch die Mitteilung der Zweitbeklagten im Jahr 2007 die verschleierte Risikoträchtigkeit ihrer Finanzierung bekannt geworden sei.

Über Berufung der beklagten Parteien änderte

das Berufungsgericht den klagsstattgebenden Teil des erstinstanzlichen Urteils dahin ab, dass es die Haftung der Zweitbeklagten für künftige Schäden aus der Konvertierung des Fremdwährungskredits von Franken in Yen feststellte, das Klagebegehren hinsichtlich der Erst- und Drittbeklagten aber zur Gänze abwies.

Eine Haftung der Beklagten für die Aufnahme des Franken-Fremdwährungskredits komme nicht mehr in Frage, weil dieses Kreditverhältnis mit der Konvertierung nicht nur ohne Schaden, sondern sogar mit einem Kursgewinn für die Kläger beendet worden sei. Den Erst- und Drittbeklagten - aber nicht der Zweitbeklagten - könne allenfalls fehlerhafte Beratung bei der Auswahl des Tilgungsträgers zur Last gelegt werden. In diesem Punkt sei jedoch ein Feststellungsinteresse der Kläger zu verneinen, weil sie bereits ein Leistungsbegehren auf Rückzahlung der getätigten Einzahlungen, Zug um Zug gegen Übertragung der Lebensversicherung an die Erst- und Drittbeklagte, erheben hätten können.

Die Zweitbeklagte hafte allerdings für allfällige Schäden aus der Konvertierung des Fremdwährungskredits von Franken in Yen, weil sie dabei Aufklärungspflichten verletzt habe und die Kausalität dieses Verhaltens für den Entschluss der Erstklägerin feststehe.

Die gegen diese Entscheidung erhobene, nach Freistellung gemäß § 508a ZPO von den Beklagten beantwortete Revision der Kläger ist gemäß § 502 Abs 1 ZPO zulässig, weil die Entscheidung des Berufungsgerichts einer rechtlichen Korrektur bedarf. Die Revision ist teilweise auch berechtigt.

1. Nach § 228 ZPO erfordert die Klage auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses oder Rechts ein rechtliches Interesse des Klägers an der alsbaldigen

gerichtlichen Klärung und eine tatsächliche Gefährdung seiner Rechtssphäre; diese Voraussetzungen sind in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen (RIS-Justiz RS0039123). Die Klage dient nicht nur dem Ausschluss der Gefahr der Verjährung, sondern auch der Vermeidung späterer Beweisschwierigkeiten und der Klarstellung der Haftungsfrage dem Grunde und dem Umfang nach. Ein Feststellungsinteresse besteht daher schon dann, wenn auch nur die konkrete Möglichkeit offen bleibt, dass das schädigende Ereignis den Eintritt eines künftigen Schadens verursachen könnte (stR; RIS-Justiz RS0038976; RS0038865 ua; *Fasching in Fasching/Konecny*² II § 228 Rz 55).

Das rechtliche Interesse an der Feststellung ist zu verneinen, wenn dem Kläger ein einfacherer Weg zur Erreichung des selben Ziels zur Verfügung steht, oder wenn er bereits die Möglichkeit hat, weitergehenden Rechtsschutz zu erhalten („Subsidiarität der Feststellungsklage“), insbesondere also, wenn er seinen Anspruch mit gleichem Rechtsschutzeffekt bereits zur Gänze mit Leistungsklage geltend machen kann (*Rechberger/Klicka in Rechberger*, ZPO³ § 228 Rz 10 mwN; RIS-Justiz RS0038849; RS0038817; RS0039021; ua 9 Ob 85/09d; 8 Ob 132/10k; 5 Ob 246/10b; 6 Ob 9/11h; 3 Ob 49/12w; 8 Ob 39/12m; mit Vorbehalt: 1 Ob 251/11k).

1.1. Die Kläger haben ihr streitgegenständliches Feststellungsbegehren auf das Vorbringen gestützt, es sei ihnen bereits durch die Umschuldung der vorbestehenden Abstattungskredite auf einen endfälligen Fremdwährungskredit Schaden entstanden. Allfällige weitere Nachteile wegen der Konvertierung des Franken-Kreditbetrags in Yen seien nur mehr als Folgeschaden anzusehen. Die Revision macht daher zutreffend geltend, dass die gesamte Umschuldung insofern als Einheit zu betrachten

ist, als die einander wechselseitig ergänzenden Verträge nach dem Parteiwillen nur gemeinsam ihren Zweck erfüllen können.

Abweichend von den im Urteil des Berufungsgerichts zitierten Anlegerschadensfällen (vgl 6 Ob 28/12d mwN = RIS-Justiz RS0120784 [T13]) haben die Kläger keine zum Handel bestimmten Wertpapiere oder Anlagen erworben, die ohne Weiteres Zug um Zug gegen Rückerstattung des Kaufpreises zurückgegeben werden könnten (vgl 1 Ob 251/11k mwN), sondern völlig unterschiedliche Verträge mit zwei verschiedenen Finanzunternehmen geschlossen.

Die Prämienzahlungen zum Lebensversicherungsvertrag sollen nach dem zugrundeliegenden Finanzierungskonzept nicht dem Aufbau freien Vermögens dienen, sondern der geplanten Rückzahlung des Fremdkapitals. Der Unterschied zur Abstattung eines Kredits in Raten besteht im Wesentlichen nur darin, dass die Versicherungsprämien durch ihre getrennte Veranlagung bis zur Endfälligkeit des Kredits noch eigene Erträge abwerfen sollen, die im theoretischen Idealfall die Kosten der Kapitalbereitstellung übersteigen und auf diese Weise, zusammen mit erhofften Kursgewinnen, die Gesamtkreditbelastung vermindern. Weder wäre der Lebensversicherungsvertrag allein für die Kläger von Interesse gewesen, noch ein endfälliger Kredit ohne einen korrespondierenden Tilgungsträger zur Finanzierung der Rückzahlung.

1.2. Die einzelnen Teile der von der Drittbeklagten vermittelten Umschuldung dürfen daher nicht ohne Rücksicht auf das Ganze bewertet werden. Könnte nur eines der einander wechselseitig bedingenden Rechtsgeschäfte, hier der Lebensversicherungsvertrag, durch

Austausch von Geld gegen Wertpapier „restituiert“ werden, würde damit höchstens eine Risikobegrenzung, aber keine reale Schadensabwicklung herbeigeführt. Offenkundig wäre mit der vom Berufungsgericht für möglich erachteten „Rückübertragung“ des Lebensversicherungsvertrags an „die Berufungswerber“ bei gleichzeitigem Fortbestehen des Fremdwährungskredits der drohende Schaden der Kläger aus der Umschuldung in keiner Weise beseitigt. Die Kläger wären dadurch in ihrem Vermögen nicht annähernd so gestellt, wie sie ohne die fehlerhafte Beratung insgesamt stünden. Ein rechnerischer Schaden droht ihnen nach den Feststellungen nicht primär aus dem Versicherungsprodukt, das immerhin mit Mindestgarantien ausgestattet ist, sondern aus dem endfälligen Fremdwährungskredit, dessen Entwicklung langfristig nicht absehbar ist.

1.3. Die Kläger hatten nach den Feststellungen keine Änderung ihrer Wohnungsfinanzierung geplant, erst die Einwirkung der Erstbeklagten bewog sie dazu, ihre Abstattungskredite gegen ein Spekulationsgeschäft (vgl Konsument 5/2000: „Harakiri-Paket“) zu tauschen. Ihre wirtschaftliche Lage hat sich durch die Umschuldung insofern verschlechtert, als sie zusätzlich zum Risiko der eigenen Zahlungsunfähigkeit, das jeder Kreditaufnahme immanent ist, nun auch ein komplexes Spekulationsrisiko zu tragen haben.

Das spekulative Element eines Rechtsgeschäfts stellt keineswegs per se einen Nachteil dar, allerdings nur unter der Voraussetzung, dass das Risiko bewusst und gewollt eingegangen wird. Genau dieses Bewusstsein lag bei den Klägern aber mangels Aufklärung nicht vor. Es steht fest, dass sie der Umschuldung nicht zugestimmt hätten, wenn sie richtig, also nicht nur über die Vorteile, sondern auch über mögliche Nachteile aufgeklärt worden wären. Das Hinzutreten des verborgenen Spekulationsrisikos bewirkte eine dauerhafte

Veränderung ihrer Rechtsposition, die sie nicht gewollt haben und die ihren Interessen widersprach. Diese Veränderung ist als realer Schaden anzusehen (vgl ua 8 Ob 123/05d).

Der Geschädigte kann bei pflichtwidriger Anlageberatung (vgl RIS-Justiz RS0029601; RS0026135; 8 Ob 123/05d uva) verlangen, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn der Berater pflichtgemäß gehandelt, ihn also richtig und vollständig beraten hätte (RIS-Justiz RS0108267; RS0030153). Einzelne aus der Umschuldung resultierende Vorteile, wie ein einmaliger Kursgewinn und eine Senkung der laufenden Aufwendungen, sind mangels Gleichartigkeit nicht geeignet, den systemimmanenten realen Schaden zu kompensieren. Diese Vorteile und Ersparnisse können erst bei der Ermittlung des derzeit noch ungewissen rechnerischen Schadens (vgl *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 217; 218) nach Abwicklung und Tilgung der umgeschuldeten Verbindlichkeiten als mindernd in Anschlag gebracht werden.

1.4. Der mit der Umschuldung bewirkte reale Schaden wurde auch durch die Konvertierung des Fremdwährungskredits in Yen nicht beseitigt. Der bloße Austausch der Währungseinheit hat nichts daran geändert, dass die Kläger nach wie vor ein komplexes Spekulationsrisiko tragen müssen, das sie bei ausreichender Aufklärung nicht eingegangen wären.

1.5. Die Möglichkeit bzw Tunlichkeit einer Wiederherstellung durch neuerliche Umschuldung in Abstattungskredite, einschließlich Rückabwicklung des inzwischen Geleisteten, liegt schon angesichts der festgestellten Verhältnisse der Kläger keineswegs auf der Hand, die Beklagten haben sich darauf auch nicht berufen.

Unter diesen Umständen scheidet eine Rückabwicklung der „Anlageentscheidung“ (Kreditvertrag

samt Lebensversicherung) im Sinne der Naturalrestitution aus. Die Kläger, die sich auf einen keineswegs sicher eintretenden, jedenfalls zur Zeit aber nicht bezifferbaren Schaden aus fehlerhafter Beratung berufen, können nicht auf die Möglichkeit einer Leistungsklage verwiesen werden.

Ihr Feststellungsinteresse ist daher zu bejahen (vgl 3 Ob 49/12w mwN; RIS-Justiz RS0120784 [T15]). Der Umstand, dass der Zweitbeklagte inzwischen nur mehr als Ausfallsbürge für den Kredit haftet, schließt die Möglichkeit eines künftigen Schadens auch für ihn noch nicht aus.

2. Die Vorinstanzen sind nach den maßgeblichen Feststellungen zutreffend davon ausgegangen, dass sowohl die Erstbeklagte als auch die Angestellte der Zweitbeklagten - letztere auch bei der Konvertierung des Kredits - durch unzureichende, keine Risikoinformation enthaltende Aufklärung der Kläger über die empfohlene Finanzierung ihre jeweilige Vertragspflicht verletzt haben und diese Pflichtverletzungen für die Vertragsabschlüsse kausal waren.

2.1. Die Erstbeklagte, wiewohl selbstständige Vermögensberaterin, ist nach den Feststellungen bei ihren Beratungsaktivitäten im Auftrag und Interesse der Drittbeklagten als deren Vertreterin aufgetreten. Der Drittbeklagten, die sich dieser Vertretung bedient und Vermittlungsprovisionen von den Vertragspartnern der Kläger bezogen hat, sind Beratungsfehler der Erstbeklagten als ihrer Erfüllungsgehilfin nach § 1313a ABGB zuzurechnen. Auch selbstständige Unternehmer kommen als Erfüllungsgehilfe im Sinn dieser Bestimmung in Betracht (RIS-Justiz RS0028563), wenn sie mit Willen des Schuldners bei der Erfüllung seiner Vertragspflichten gegenüber Dritten tätig werden (6 Ob 696/81 = JBl 1982, 654; RIS-Justiz RS0028729, RS0028566).

2.2. Zur passiven Klagslegitimation der Erstbeklagten ist festzuhalten, dass eine eigene Haftung des Erfüllungsgehilfen nach der Rechtsprechung nur ausnahmsweise in Frage kommt. Die Eigenhaftung des Vertreters soll grundsätzlich die seltene Ausnahme bleiben (6 Ob 249/07x mwN). Sie wird dann bejaht, wenn sein Verhalten keinem Geschäftsherrn zugerechnet werden kann, wenn er ein besonderes eigenwirtschaftliches Interesse am Zustandekommen des Vertrags hatte, oder wenn er bei den Vertragsverhandlungen im besonderen Maße persönliches Vertrauen in Anspruch nahm. Von Letzterem ist auszugehen, wenn der Kunde klar macht, dass er die speziellen einschlägigen Kenntnisse und Verbindungen des Vermittlers für seine Anlageentscheidung in Anspruch nehmen will („schlüssiger Auskunftsvertrag“ 1 Ob 182/97i mwN; 9 Ob 5/10s; *Harrer in Schwimann*³ § 1313a ABGB Rz 26; *ders* § 1300 ABGB Rz 12; *Reischauer in Rummel*³ § 1300 ABGB Rz 14).

Für die Annahme eines haftungsbe gründenden besonderen wirtschaftlichen Interesses der Erstbeklagten bieten die Feststellungen keine Grundlage; ein Provisionsanspruch im Innenverhältnis reicht dafür nicht aus (SZ 57/37; SZ 56/135; 1 Ob 2389/96x; 1 Ob 182/97i; 9 Ob 5/10s).

Bereits das Erstgericht hat aber das besondere, als freundschaftlich und wohlmeinend empfundene Vertrauensverhältnis der Erstklägerin zur Erstbeklagten hervorgehoben, das über ein rein geschäftliches Vertrauen, wie es jedermann seinem Vertrags- oder Verhandlungspartner entgegenbringen muss, hinausging. Erst dieses Vertrauensverhältnis hat es der Erstbeklagten ermöglicht, die Zweifel der Erstklägerin zu zerstreuen und sie rasch zu einem Vertragsabschluss zu bewegen. Sie hat den Klägern auch kein

fertiges Anlageprodukt „verkauft“, sondern nach Analyse ihrer gesamten wirtschaftlichen Lage und der bestehenden Kreditverträge ein individuelles Konzept für sie erstellt. Dabei nahm sie für sich in Anspruch, den Klägern aufgrund ihrer besonderen Sachkunde eine bessere Finanzierung anbieten zu können als die bisherigen Kreditgeber. Die Erstbeklagte handelte daher als Sachverständige im Sinne der §§ 1299, 1300 ABGB. In dieser Eigenschaft traf sie, unabhängig von einer direkten Vertragsbeziehung, eine objektiv-rechtliche Sorgfaltspflicht, die ihre persönliche Haftung begründet (4 Ob 137/10s; 9 Ob 49/09k; vgl auch 1 Ob 182/97i; 3 Ob 13/04i ÖBA 2005, 55 [krit *Kletečka*]; RIS-Justiz RS0108073 uva; *Dullinger*, Eigenhaftung des Vermittlers von Kapitalanlagen, JBl 2011, 445 [448]).

2.3. Am spekulativen Charakter des den Klägern vermittelten gesamten Finanzierungsmodells hat sich durch den Wechsel der Fremdwährung nichts geändert; die spezifischen Risiken gegenüber den früheren Abstattungskrediten, die die Kläger bei sorgfältiger Beratung von einer Umschuldung abgehalten hätten, sind durch die Konvertierung nicht weggefallen. Die Zweckmäßigkeit einer (oder auch mehrfacher) Konvertierung ist bei einer jahrzehntelangen Kreditlaufzeit kein unvorhersehbares Ereignis, es ist von vornherein zu erwarten, dass sich Wechselkurse und Zinsniveaus über so lange Zeiträume verändern. Ein künftiger rechnerischer Schaden wird auch durch den einmalig bei der Konvertierung erzielten Kursgewinn nicht ausgeschlossen.

Entgegen der Rechtsansicht des Berufungsgerichts haften daher die Erst- und Drittbeklagte auch nach der Konvertierung des Fremdwährungskredits für alle Schäden aus der von ihnen vermittelten Umschuldung.

Es ist ihnen nur jenes Risiko nicht zurechenbar,

das sich speziell aus der Auswahl des Yen als neuer Kreditwährung ergibt. Auf die Entscheidung für diese Währung hatten die Erst- und Drittbeklagte nach den Feststellungen überhaupt keinen Einfluss. Ihre Haftung ist daher nach oben hin mit jenem künftig eintretenden rechnerischen Schaden zu begrenzen, der den Klägern auch dann entstanden wäre, wenn der Fremdwährungskredit ohne Konvertierung in Schweizer Franken fortgeführt worden wäre.

2.4. Die Feststellung der Haftung der Zweitbeklagten für Schäden aus der Konvertierung des Fremdwährungskredits in Yen ist in Rechtskraft erwachsen.

Die von den Klägern darüber hinaus angestrebte Haftung der Zweitbeklagten für Schäden aus der ursprünglichen Umschuldung wird, so wie gegenüber Erst- und Drittbeklagter, allein durch die Konvertierung nicht ausgeschlossen. Allerdings wendet die Zweitbeklagte zu Recht ein, dass sie bis zum Abschluss des von der Erstbeklagten initiierten Kreditvertrags mit den Klägern in keiner Geschäftsbeziehung stand.

Das Gesamtkonzept der gegenständlichen Umschuldung stammt allein von Erst- und Drittbeklagter, insbesondere hatte die Zweitbeklagte nichts mit der Auswahl des Tilgungsträgers zu tun. Ihr Beitrag bestand nur in der Gewährung eines Fremdwährungskredits. In Zusammenhang mit einer Kreditvergabe an Verbraucher treffen die Bank grundsätzlich vorvertragliche Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten, deren Umfang nach herrschender Auffassung von der Art des jeweiligen Rechtsgeschäfts abhängt; maßgebend ist, ob für die Bank erkennbar ist, dass der Kunde Aufklärung und Beratung braucht (RIS-Justiz RS0026135 [T4]). Ein Kreditinstitut, das selbst nur als Finanzierer und nicht als Berater auftritt, haftet nach herrschender Auffassung nicht für Mängel der von einem

qualifizierten Berater vermittelten Anlagen (RIS-Justiz RS0128476; *Knobl/Grafenhofer*, Haftung einer Bank für allfälliges Fehlverhalten von externen Anlageberatern oder Vermittlern, GesRZ 2010, 27; *Trenker*, Externe Anlageberater/-vermittler als Verhandlungs- und Erfüllungsgehilfen der ausführenden Bank, Zak 2012/692, 363; zum Versicherungsvertrag vgl *Karollus/Koziol*, Aufklärungspflichten eines Lebensversicherers gegenüber dem Kunden bei Einsatz der Lebensversicherung als Tilgungsträger für einen Kredit, ÖBA 2006, 263; aA ua *Riedler*, Geschäftsirrtum, Irrtumsveranlassung und Gehilfenzurechnung beim Wertpapierkauf, ÖJZ 2010, 841 [849], *Graf*, Zur Aufklärungspflicht der Bank bei Einschaltung eines weiteren Finanzdienstleisters, ÖBA 2012, 229 [237 ff]; vgl nunmehr auch § 27 Abs 2 WAG 2007).

Der vorliegende Sachverhalt bietet keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Zweitbeklagte die Drittbeklagte ständig mit dem Vertrieb von Krediten oder Anlageprodukten betraut oder auf andere Weise im Voraus in die Verfolgung ihrer eigenen Interessen eingebunden hatte (vgl RIS-Justiz RS0128476; RS0020588 [T2]; 4 Ob 50/11y = ÖBA 2011, 898; 10 Ob 69/11m = ÖBA 2012, 621).

Daraus ist für die Zweitbeklagte im vorliegenden Fall aber nichts zu gewinnen. Eine Bank darf sich auf die Beratung ihrer Kunden durch den vermittelnden Vermögensberater nämlich dann nicht verlassen, wenn sie konkrete Anhaltspunkte dafür hatte oder sogar positiv wusste, dass das kundennähere Unternehmen seine Pflichten nicht erfüllt hat (RIS-Justiz RS0128476). Für die Mitarbeiterin der Zweitbeklagten bestand aufgrund der zweifelnden Äußerung der Erstklägerin vor Unterzeichnung des Kreditvertrags ein konkreter Anhaltspunkt dafür, dass die Kläger unsicher waren und noch Erklärungsbedarf bestand. Sie hat die Äußerung der

Erstklägerin auch tatsächlich ernst genommen und im Sinn eines Ersuchens um Bestätigung der „Richtigkeit“ des Vorhabens aufgefasst, weil sie mit einer entsprechenden Gegenfrage reagiert hat, ohne das Thema dann aber weiter zu verfolgen. Zumindest eine kurze Erklärung, welche konkreten Folgen Änderungen des Wechselkurses oder des ausländischen Zinsniveaus bei einer so hohen Kreditsumme haben würden, wäre angesichts der expliziten Bedenken der Erstklägerin geboten und ohne besonderen Zeitaufwand vor Unterfertigung möglich gewesen. Es steht fest, dass die Kläger sich auf den Fremdwährungskredit nicht eingelassen hätten, wenn sie über das mögliche Risiko informiert gewesen wären. Die Unterlassung jedweder Risikoaufklärung begründet nach den konkreten Umständen die Haftung der Zweitbeklagten für allfällige künftige Schäden aus der Umschuldung.

Zutreffend macht die Zweitbeklagte jedoch geltend, dass sich ihre Verantwortung nicht auch auf den Lebensversicherungsvertrag und seine Eignung als Tilgungsträger erstreckt. Mit Auswahl und Abschluss des Versicherungsvertrags war die Zweitbeklagte nicht befasst; dieser Teil des von Erst- und Drittbeklagter vermittelten Gesamtkonzepts hatte auf den Beitrag der Zweitbeklagten auch keinen Einfluss. Eine Obliegenheit der Bank, zusätzlich zur Kreditberatung auch den bereits fertig abgeschlossenen Versicherungsvertrag mit den Kunden zu erörtern, ist grundsätzlich zu verneinen.

Das Feststellungsbegehren der Kläger ist daher gegenüber der Zweitbeklagten in dem aus dem Spruch ersichtlichen Umfang nur teilweise berechtigt.

3. Ausgehend von seiner Rechtsansicht, dass eine Haftung für den Abschluss des Fremdwährungskredits keinesfalls mehr in Betracht käme, hat sich das Berufungsgericht mit dem in der Berufung aufrecht erhaltenen

Verjährungseinwand der Beklagten nicht weiter befasst, sodass darauf im Revisionsverfahren einzugehen ist.

Die Verjährungsfrist des § 1489 ABGB beginnt grundsätzlich mit Kenntnis des Primärschadens, auch wenn der Geschädigte die Höhe des Schadens noch nicht beziffern kann, ihm nicht alle Schadensfolgen bekannt oder diese noch nicht zur Gänze eingetreten sind, sodass nur eine Feststellungsklage möglich ist (RIS-Justiz RS0097976). Wenn der Geschädigte die für die erfolgsversprechende Anspruchsverfolgung notwendigen Voraussetzungen ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung bringen kann, gilt die Kenntnisnahme schon als in dem Zeitpunkt erlangt, in welchem sie ihm bei angemessener Erkundigung zuteil geworden wäre. Dabei ist auf die Umstände des konkreten Falles abzustellen.

Die Erkundigungspflicht des Geschädigten darf nicht überspannt werden (RIS-Justiz RS0034327). Ist der Geschädigte ein Laie, der keinen Einblick in die für das Verschulden maßgebenden Zusammenhänge hat, wird die Verjährungsfrist allein durch die objektive Möglichkeit einer Ermittlung der relevanten Tatsachen noch nicht in Gang gesetzt (RIS-Justiz RS0034603 [insb T4, T5] - nicht erkannter Kunstfehler).

Nach den vorliegenden Feststellungen haben die Kläger erstmals aufgrund der Mitteilung der Zweitbeklagten im Jahr 2007 den Verdacht geschöpft, dass ihnen aus der Umschuldung bisher unbekannte Nachteile drohen könnten. Anhaltspunkte dafür, dass sie als Laien diese Erkenntnis bei angemessener Erkundigung bereits zu einem früheren Zeitpunkt gewinnen hätten können, bietet der Sachverhalt nicht. Solange die Abwicklung des Kreditverhältnisses im Wesentlichen den ursprünglichen Erwartungen entsprach, hatten sie noch keinen Anlass, an der Zuverlässigkeit ihrer

professionellen Beratung zu zweifeln. Mit den im Jahre 2009 eingebrachten, nunmehr verbundenen Klagen wurde die dreijährige Frist des § 1489 ABGB daher gewahrt.

4. Der Revision war daher insgesamt teilweise Folge zu geben und die Entscheidungen der Vorinstanzen, soweit sie noch nicht in Rechtskraft erwachsen sind, abzuändern.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 43 und 50 ZPO. Für die Bemessung der Obsiegensquoten ist es erforderlich, die einzelnen Komponenten des Feststellungsbegehrens zu gewichten, wobei vereinfacht von einer Drittelung auszugehen ist (Tilgungsträger, Kredit, Konvertierung).

In erster Instanz sind die Kläger mit ihrem Zahlungsbegehren unterlegen, mit dem Feststellungsbegehren waren sie gegen alle drei Beklagten im Ergebnis je zu 2/3 erfolgreich (Erst- und Drittbeklagte bezüglich Tilgungsträger und Kredit, Zweitbeklagte bezüglich Kredit und Konvertierung). Daraus ergibt sich eine erstinstanzliche Obsiegensquote der Kläger gegenüber allen Beklagten von 53,44 %, die ihnen je zur Hälfte (vgl. *Obermaier*, Kostenhandbuch², Rz 326) den Anspruch auf Ersatz von gerundet 6,9 % der Vertretungskosten und 53,44 % ihrer Barauslagen verschafft.

Die von den Beklagten gegen das Kostenverzeichnis der Kläger erstatteten Einwendungen sind berechtigt. Die Einbringung getrennter Klagen innerhalb von zwei Monaten diene objektiv nicht der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung, sodass für die zweite Klage lediglich der Streitgenossenzuschlag zum Honorar zusteht (eine Pauschalgebühr für das verbundene Verfahren wurde nicht verzeichnet). Nicht zu honorieren sind den Klägern aus dem selben Grund auch der vorbereitende Schriftsatz und die

Tagsatzung vom 9. März 2010 im verbundenen Verfahren 9 Cg 269/09g. Der Gesamtstreitwert betrug in erster Instanz 43.440 EUR.

Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens war nur mehr das Feststellungsbegehren (pauschale Bemessungsgrundlage 35.000 EUR).

Die Berufung der Erst- und Drittbeklagten bezog sich auf ihre Haftung für Kredit und Tilgungsträger, ihnen gegenüber sind die Kläger daher in zweiter Instanz zur Gänze durchgedrungen. Die Berufung der Zweitbeklagten bezog sich auf alle drei gedachten Komponenten des Feststellungsbegehrens, sie war damit im Ergebnis zu 1/3 erfolgreich (Tilgungsträger), die Kläger zu 2/3. Für die Berufungsbeantwortung gebührt somit 1/3 Kostenersatz, der Zweitbeklagten stehen 1/3 ihrer Barauslagen von (richtig:) 1.191,40 EUR zu. Da keine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, beträgt der Einheitssatz für die Berufungsbeantwortung nur 150 %. Der Streitgenossenzuschlag beträgt gegenüber Erst- und Drittbeklagter 15 % (verzeichnet und daher zuzusprechen: 10 %), gegenüber der Zweitbeklagten 10 %.

Nach Rechtskraft des stattgebenden Teils der Berufungsentscheidung war im Revisionsverfahren nur mehr die Frage der Haftung aller drei Beklagten im Hinblick auf Tilgungsträger und Kredit strittig. Diesbezüglich sind die Kläger gegenüber der Erst- und Drittbeklagten wiederum zur Gänze, gegenüber der Zweitbeklagten zur Hälfte durchgedrungen.

Die Erst- und Drittbeklagten haben den Klägern daher die Kosten der Revision zu ersetzen. Die Zweitbeklagte hat die Kosten ihrer Revisionsbeantwortung selbst zu tragen, aber den Klägern die Hälfte der Pauschalgebühr zur ungeteilten Hand mit den übrigen Beklagten zu bezahlen.

Streitgenossenzuschlag und Pauschalgebühr konnten jeweils nur bis zur verzeichneten Höhe zuerkannt werden.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 5. April 2013
Dr. S p e n l i n g
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: