



Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Vizepräsidenten Prof. Dr. Spenling als Vorsitzenden, die Hofrätin Dr. Tarmann-Prentner, den Hofrat Hon.-Prof. Dr. Brenn sowie die Hofrätin Mag. Korn und den Hofrat Dr. Stefula als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien [REDACTED]

[REDACTED] vertreten durch Dr. Wolfgang Leitner, Priv.-Doz. Dr. Max Leitner, Dr. Mara-Sophie Häusler, Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei Raiffeisenlandesbank Niederösterreich-Wien AG, 1020 Wien, Friedrich-Wilhelm-Raiffeisen-Platz 1, vertreten durch Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, und des Nebenintervenienten auf Seiten der beklagten Partei CPM Anlagen Vertriebs GmbH in Liquidation, 1010 Wien, Annagasse 5/2/16, vertreten durch Wess Kux Kispert & Eckert Rechtsanwalts GmbH in Wien, wegen 1. 39.374,71 EUR sA und Feststellung, 2. 15.749,89 EUR sA und Feststellung, über die Revisionen der klagenden Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 28. August 2016, GZ 5 R 40/16p-64, mit dem das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 31. Dezember 2015, GZ 41 Cg 161/13d-56, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

B e s c h l u s s

gefasst:

1. Die Bezeichnung der erstklagenden Partei wird von [REDACTED] berichtigt.

2. Der Revision wird Folge gegeben.

Das Urteil des Berufungsgerichts wird aufgehoben und die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

B e g r ü n d u n g :

1. Der Erstkläger ist laut Mitteilung der Klagevertreter am 13. 12. 2016 verstorben. Die Parteienbezeichnung war daher auf den Namen seiner eingetragten Alleinerbin zu berichtigen.

2. Der ursprüngliche Erst- und der Zweitkläger (in der Folge weiterhin: Kläger), auf Wirtschaftsrecht spezialisierte Rechtsanwälte, zeichneten im Jahre 2006 über Beratung der Beklagten Anteile an der „Siebenundsechzigste Sachwert Rendite-Fonds Holland GmbH & Co KG“ (kurz: „Holland Fonds 67“), und zwar der Erstkläger im Nominale von 50.000 EUR, der Zweitkläger im Nominale von 20.000 EUR, jeweils zuzüglich Agio.

Bei der Beklagten handelte es sich um die „Hausbank“ der Kläger, mit der sie alle privaten Finanztransaktionen und Anlagen abwickelten. Das Finanzvermögen beider Kläger umfasste zu diesem Zeitpunkt neben Sparbüchern auch Wertpapierdepots bei der Beklagten in je sechsstelligem Eurowert, die inländische Fondsanteile,

in- und ausländische Anleihen sowie ausländische Hybride enthielten. Darüber hinaus hatten sie in mehrere Immobilien (vermietete Eigentumswohnungen) investiert.

Die Anlageziele des Erstklägers hatten sich im Jahr 2006 aufgrund seines Lebensalters „bereits in Richtung Pension und Vorsorge verschoben“. Er wollte jedenfalls einen über dem Sparbuchzinssatz liegenden Ertrag erwirtschaften, aber dabei keinen Kapitalverlust von mehr als 10 % („Schmerzgrenze“) riskieren.

Der Zweitkläger hatte sein Wertpapierdepot von Anfang an nur auf Empfehlung und Beratung der Beklagten angelegt. Ansonsten investierte er in Sachwerte, namentlich in Eigentumswohnungen und in das Geschäft seiner Ehegattin, wofür er den Stand seines Wertpapierdepots laufend reduzierte.

Im Rahmen ihrer Rechtsanwalts-GmbH hatten die Kläger unter intensiver Beratung der Beklagten über einen längeren Zeitraum auch Derivatgeschäfte abgeschlossen, wovon sie wegen des erforderlichen Überwachungsaufwands aber wieder Abstand nahmen.

Die Zeichnung der Anteile am „Holland Fonds 67“ erfolgte über Initiative der Beklagten. Deren Vertreter kontaktierte die Kläger telefonisch, um ihnen als „ganz speziellen Kunden“ die Anlage als besonders empfehlenswert anzubieten.

Bis zum Jahr 2011 erhielten die Kläger laufend Ausschüttungen aus dem Holland Fonds. Es war ihnen bewusst, dass sie mit diesem Investment eine Kommanditbeteiligung eingegangen waren. Wären die sehr kostenbewussten Kläger allerdings von der Beklagten darüber aufgeklärt worden, dass diese neben dem vereinbarten Agio für ihre Vermittlung auch eine Innenprovision von 3,125 % vereinnahmt hatte, hätten sie die Anlage nicht gezeichnet. Ebensowenig hätten sie dies getan, wenn sie darüber

aufgeklärt worden wären, dass die Liegenschaften des Fondsvermögens mit 60 % Fremdfinanzierungsanteil angeschafft worden waren und dass es sich bei den prognostizierten Ausschüttungen nicht um Bilanzgewinne, sondern um Kapitalrückzahlungen handelte, die nach § 172 dHGB einer Rückzahlungspflicht des Kommanditisten unterliegen können.

Diese Umstände, die sie bei Kenntnis von der Zeichnung abgehalten hätten, wurden den Klägern erst Mitte 2013 nach negativer Medienberichterstattung bekannt.

Es steht nicht fest, ob die Kläger die eingesetzten Beträge in ein anderes Veranlagungsprodukt (und wenn ja, in welches) investiert hätten, wenn ihnen der Mitarbeiter der Beklagten seinerzeit nicht die strittige Beteiligung vorgestellt und empfohlen hätte.

Die Kläger begehren von der Beklagten die Zahlung der von ihnen investierten Beträge abzüglich Ausschüttungen, und zwar Zug um Zug gegen Übertragung der erworbenen Kommanditanteile, ferner die Feststellung der Haftung der Beklagten für alle künftig aus der Beteiligung am Fonds noch entstehenden Schäden.

Die Kläger brachten vor, sie hätten bei vollständiger Aufklärung über die tatsächlichen Umstände der Beteiligung diese mit Sicherheit nicht gekauft, sondern das Geld statt dessen wahrscheinlich auf Sparbüchern, jedenfalls aber kapitalerhaltend angelegt.

Die Beklagte bestritt, gegenüber den Klägern Aufklärungspflichten verletzt zu haben, zumal es sich bei ihnen um investitionserfahrene, deklariert risikobereite und rechtlich höchst versierte Kunden handle, die auf eine Beratung ausdrücklich verzichtet hätten. Die Kläger treffe jedenfalls ein Mitverschulden. Tatsächlich sei ihnen aber gar kein wirtschaftlicher Schaden entstanden, weil sie in ihrer gewinnorientierten Risikobereitschaft alternativ nur eine

andere spekulative Anlage erworben hätten, mit der sie denselben Verlust erlitten hätten.

Darüber hinaus wandte die Beklagte Unmöglichkeit bzw Untunlichkeit der Naturalrestitution sowie Verjährung ein.

Das Erstgericht gab dem Begehren der Kläger statt. Verjährung sei noch nicht eingetreten, weil sie innerhalb von drei Jahren nach Bekanntwerden der ihnen verschwiegenen Weichkosten sowie eines drohenden Kapitalverlustes die Klage eingebracht hätten.

Die Schadenshöhe sei im Anlegerprozess durch Differenzrechnung zu ermitteln. Die Rückzahlung des gesamten investierten Betrags komme nur dann in Frage, wenn der Kläger sein Geld bei richtiger Beratung zumindest kapitalerhaltend investiert hätte. Die Behauptungs- und Beweislast für die Wahl und Entwicklung der Alternativanlage treffe grundsätzlich die Kläger, sie sei aber nicht streng zu handhaben. Es genüge eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Schaden auf das Unterlassen des pflichtgemäßen Handelns zurückzuführen ist; das Regelbeweismaß einer „hohen“ Wahrscheinlichkeit müsse nicht erreicht sein. Der Beklagten wäre umgekehrt der Beweis offengestanden, dass ein anderer als der behauptete Verlauf der Ereignisse als wahrscheinlicher anzusehen ist.

Das Berufungsgericht gab dem Rechtsmittel der Beklagten Folge und wies die Klagebegehren ab.

Eine Befassung mit den erhobenen Beweistrüben und dem weiteren Berufungsvorbringen sei entbehrlich, weil angesichts der vom Erstgericht getroffenen Negativfeststellung den Klägern schon der Beweis einer zumindest kapitalerhaltenden Alternativanlage nicht gelungen sei. In Anbetracht ihres im Verfahren hervorgekommenen risikobereiten und gewinnorientierten Anlageverhaltens sei es überwiegend wahrscheinlich, dass sie bei vollständiger

Aufklärung nur ein anderes verlustbringendes Finanzprodukt erworben hätten.

Gegen diese Entscheidung richten sich die Revisionen der Kläger wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung, mit der sie die Wiederherstellung des erstgerichtlichen Urteils anstreben. Die Beklagte sowie die Nebenintervenientin haben die ihnen gemäß §§ 508 (Zweitkläger) und 508a Abs 2 ZPO (Erstkläger) nachträglich freigestellten Revisionsbeantwortungen erstattet.

Beide Revisionen sind zulässig, weil die Entscheidung des Berufungsgerichts im Zusammenhang mit der Behauptungs- und Beweislast für eine zumindest kapitalerhaltende hypothetische Alternativanlage einer Klarstellung und Korrektur bedarf. Das Rechtsmittel ist im Sinne des darin subsidiär gestellten Aufhebungsantrags auch berechtigt.

1. Die Revisionswerber machen jeweils geltend, das Berufungsgericht habe die höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Behauptungs- und Beweislast des geschädigten Anlegers insofern falsch angewendet, als darin die Notwendigkeit eines Beweises für die hypothetische Entwicklung einer alternativen Anlageform nur unter der Voraussetzung postuliert werde, dass der Kläger bei korrekter Beratung überhaupt veranlagt hätte, was in der Regel (nur) bei einem vorgefassten Anlageentschluss anzunehmen sei.

Es stelle sich zunächst die Frage, welche Partei die Behauptungs- und Beweislast dafür treffe, dass der Anleger von vornherein zur Anlage entschlossen war. Habe es keinen festen Anlageentschluss gegeben, sei die Frage nach der Entwicklung einer hypothetischen Alternativanlage unzulässig. Im Anlassfall hätten die Vorinstanzen sich mit dieser Frage nicht auseinandergesetzt. Aus den Feststellungen lasse sich keinesfalls ableiten, dass die Kläger einen vorgefassten Anlageentschluss hatten, vielmehr sei es die

Beklagte gewesen, die ihnen den Holland Fonds aus eigener Initiative angedient habe. Ebenso wenig seien die Kläger Anleger mit einer besonders hohen Risikobereitschaft.

2. Dazu ist Folgendes auszuführen:

Die Vorinstanzen sind übereinstimmend mit der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs in ihrer rechtlichen Beurteilung davon ausgegangen, dass den Kläger im Anlegerprozess die Beweislast dafür trifft, in welcher Form er sein Vermögen gegebenenfalls anderweitig veranlagt hätte (vgl. 4 Ob 28/10m = wbl 2010, 643; 7 Ob 77/10i; 10 Ob 103/07f; *G. Kodek*, Ausgewählte Fragen der Schadenshöhe bei Anlegerschäden, ÖBA 2012, 11 [23 ff]). An dieser Rechtsprechung hat der Oberste Gerichtshof ungeachtet einiger Kritik in der Literatur festgehalten (ua *Wilhelm*, Der „unbekannte objektive Schaden“, *ecolex* 2011, 891; *Graf*, Was ist der Schaden des Anlegers? *ecolex* 2011, 391 ff; *ders*, OGH verteidigt Prospekthaftung, *ecolex* 2011, 599 [600]; *Dullinger*, Aktuelle Fragen der Haftung wegen Beratungsfehlern bei der Vermögensanlage, *JB1* 2011, 693 [696 f]; im Ergebnis auch *M. Bydlinski*, Zum Schadenersatz bei volatilen Vermögenswerten, *JB1* 2011, 681 [686 FN 33]; für die Behauptungs- und Beweislast des Klägers hingegen ua: *Leupold/Ramharter*, Anlegerschaden und Kausalitätsbeweis bei risikoträchtiger hypothetischer Alternativanlage, ÖBA 2010, 718 [729 f]) und *G. Kodek*, Ausgewählte Fragen der Schadenshöhe bei Anlegerschäden, ÖBA 2012, 11 [22 ff]).

Dieser Rechtsprechung liegt die Auffassung zugrunde, dass der rechnerische Schaden nicht bereits der Erwerb einer „falschen“ Anlageform, sondern erst der zu einem bestimmten Termin (Verkauf der Papiere; Schluss der Verhandlung bei Wertlosigkeit der Anlage) bestehende Unterschied zwischen dem tatsächlichen und dem hypothetischen Vermögensstand ist. In Bezug auf diesen

Schaden ist die Kausalität zu prüfen, weshalb sich die Frage des (vom Beklagten zu beweisenden) rechtmäßigen Alternativverhaltens nicht stellt (4 Ob 67/12z mwN). Den geschädigten Anleger trifft die Behauptungs- und Beweislast nicht nur dafür, dass er bei korrekter Information die tatsächlich gezeichnete Anlageform nicht erworben hätte, sondern auch dafür, wie er sich bei korrekter Information hypothetisch alternativ verhalten und sich so sein Vermögen entwickelt hätte. Dafür kommt ihm aber zugute, dass wegen der Unmöglichkeit eines exakten Nachweises von Ereignissen, die tatsächlich nicht stattgefunden haben, keine strengen Anforderungen an den Beweis des hypothetischen Kausalverlaufs zu stellen sind (RIS-Justiz RS0106890 [T27] = 7 Ob 77/10i = SZ 2011/40).

Es genügt vielmehr die überwiegende Wahrscheinlichkeit, dass der Schaden auf das Unterlassen des pflichtgemäßen Handelns zurückzuführen ist (2 Ob 266/08v = RdW 2009, 715 mwN; RIS-Justiz RS0022700 [T5 und T7]; RS0022900 [insb T8]). Dieses Kriterium liegt unter dem Regelbeweismaß der ZPO, wonach für eine Feststellung eine „hohe“ Wahrscheinlichkeit erforderlich ist (RIS-Justiz RS0110701; ua 6 Ob 231/10d; 6 Ob 8/11m; 7 Ob 77/10i). Es liegt auf der Hand, dass konkrete Angaben und Feststellungen zur alternativen Veranlagung nur schwer möglich sind, insbesondere dann, wenn beim Anleger generell eine höhere Risikobereitschaft bestand und die Annahme einer „sicheren“ Veranlagung, etwa auf einem Sparbuch, deswegen ausgeschlossen werden kann (7 Ob 77/10i ua; RIS-Justiz RS0022900).

Der Anleger muss daher die reale Schädigung nur plausibel machen und überwiegende Gründe dafür aufzeigen, die für ein Herbeiführen des Schadens durch das Verhalten des Beklagten sprechen (vgl RIS-Justiz RS0022900). Dem Beklagten steht dann seinerseits der

Nachweis offen, dass ein anderer Verlauf doch wahrscheinlicher wäre (vgl auch 10 Ob 61/11k = ÖBA 2012, 404). Auch in der Lehre wird eine solche Beweiserleichterung – soweit nicht sogar die Beweislastumkehr vertreten wird – einhellig anerkannt (*G. Kodek*, aaO ÖBA 2012, 23; *Leupold/Ramharter*, aaO ÖBA 2010, 728 ff; ua).

3. Das Erstgericht hat diesen Grundsatz der Beweiserleichterung bereits in seinen Rechtsausführungen zitiert. Ungeachtet einer formalen Negativfeststellung zu einer hypothetischen alternativen Anlage, die das Berufungsgericht übernommen hat, ist es sodann in seiner rechtlichen Beurteilung doch von einem erwiesenen Schaden in Höhe des Klagsbetrags ausgegangen.

Die Negativfeststellung ist in der Tat undeutlich. Wenn damit gemeint war, dass die Kläger mit gleicher Wahrscheinlichkeit gar nicht (was mit zumindest kapitalerhaltend gleichzusetzen wäre), oder zwar in irgendeine andere Anlageform investiert hätten, aber auch hier ohne feststellbare Prognose eines Kapitalverlustes, dann wäre der erleichterte Beweis von den Klägern als erbracht anzusehen. Es wäre in diesem Fall an der Beklagten gelegen darzulegen, dass die Kläger sich zu einer anderen Anlage entschlossen und noch dazu eine solche gewählt hätten, die sich in der Folge ebenfalls als verlustbringend herausgestellt hat.

Davon abgesehen ist das Berufungsgericht mit seiner Prämisse, die Kläger seien besonders risikofreudige Anleger, ohne Beweisergänzung über den vom Erstgericht festgestellten Sachverhalt hinausgegangen.

Es steht, wie die Revisionswerber richtig einwenden, zunächst gar nicht fest, ob die Kläger überhaupt an einer neuen Anlage interessiert gewesen wären, wenn die Beklagte nicht an sie herangetreten wäre bzw sie den Holland Fonds abgelehnt hätten. Aus welchen bestehenden Konten die

Kläger die in den Holland Fonds investierten Beträge entnommen haben, insbesondere ob sie bereits vorher in einem Anlageprodukt investiert waren, wurde nicht erhoben. Sollte es sich um eine Entnahme aus den bestehenden Wertpapierkonten gehandelt haben, hätte die tatsächliche Entwicklung dieser Depots Feststellungen über die Risikogeneignetheit der Wertpapiere und den Erfolg bzw Misserfolg der Veranlagung ermöglicht.

Das Argument des Berufungsgerichts, die strittigen Beträge wären zu niedrig gewesen, um dafür – wie von den Klägern behauptet wurde – alternativ Immobilien anzuschaffen, kann nicht überzeugen. Auch mit kleineren Summen ist es beispielsweise möglich, Wohnungen teilzufinanzieren (zumal die Kläger feststelltermaßen über ausreichende weitere Mittel verfügten), einen Ankaufskredit zu reduzieren, eine vorhandene Immobilie zu verbessern oder sich als Gesellschafter mit einem kleineren Anteil an einem Immobilienprojekt zu beteiligen.

Hinsichtlich des verstorbenen Erstklägers steht die Begründung des Berufungsgerichts in Widerspruch zu der Feststellung, dass er vorsorgeorientiert war und maximal einen Verlust bis zu seiner „Schmerzgrenze“ von 10 % des eingesetzten Kapitals in Kauf nehmen hätte wollen. Der Zweitkläger hat seine privaten Finanzanlageentscheidungen nach den Feststellungen überhaupt nicht allein getroffen, sondern sich an die Empfehlungen der Beklagten gehalten, bei der sein gesamtes Barvermögen veranlagt war.

Die Beklagte hat aber nicht einmal behauptet, dass sie den beiden Klägern, hätten sie den „Holland Fonds“ nicht gezeichnet, lege artis eine andere zum Totalverlust führende Anlage empfohlen hätte, oder dass auf jenen Konten der Kläger, von denen sie die investierten Beträge ursprünglich entnommen hatten, nachträglich Totalverluste aufgetreten wären.

Für die Prüfung des vom Berufungsgericht herangezogenen Abweisungsgrundes reichen daher die bisher getroffenen Feststellungen aufgrund ihrer Unklarheit nicht aus.

Ob es insoweit noch einer Ergänzung bzw Klarstellung der Feststellungen bedarf oder aber die Rechtssache eventuell bereits aus anderen in der Berufung der Beklagten geltend gemachten, bisher noch nicht behandelten Gründen spruchreif erscheint, wird das Berufungsgericht im zweiten Rechtsgang zu entscheiden haben.

Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 Abs 1 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 29. November 2017
Dr. S p e n l i n g
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG