



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

1 R 113/15t

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichts Dr. Jesionek als Vorsitzende sowie den Richter des Oberlandesgerichts MMag. Matzka und die KR Mag. Ehrlich-Adám in der Rechtssache der klagenden Partei

vertreten durch Dr.

Wolfgang Leitner und andere Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei **Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG**, Graben 21, 1010 Wien, vertreten durch Brandl & Talos Rechtsanwälte in Wien, wegen EUR 98.240,-- s.A. und Feststellung (Streitwert EUR 10.000,--) über die Berufung der klagenden Partei gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 9.3.2015, 37 Cg 62/13s-20, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **teilweise Folge** gegeben und das angefochtene Urteil dahin abgeändert, dass es zu lauten hat:

„Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei EUR 98.240,-- samt 4% Zinsen seit 12.12.2013 Zug um Zug gegen das Angebot auf Übertragung der Rechte der klagenden Partei aus deren Beteiligungen an der „Passat Breeze“ Navigation GmbH & Co KG und der MS „Hammonia Pacificum“ Schiffahrts GmbH & Co KG zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass die beklagte Partei der klagenden Partei für alle künftigen Schäden, die darüber hinaus aus den am 18.5.2007 eingegangenen Beteiligungen an der „Passat Breeze“ Navigation GmbH & Co KG und der MS „Hammonia Pacificum“ Schiffahrts GmbH & Co KG entstehen, ersatzpflichtig ist.

Das Zinsenmehrbegehren wird abgewiesen.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 13.348,92 (hierin Barauslagen EUR 2.812,80 und USt EUR 1.756,02) bestimmten Prozesskosten zu erstzen.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 7.081,76 (hierin EUR 498,96 USt und EUR 4.088,-- Barauslagen) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

Entscheidungsgründe :

Der Kläger erwarb im Jahr 2007 über Vermittlung der Beklagten Kommanditbeteiligungen an zwei Schiffsgesellschaften, der „Passat Breeze“ Navigation GmbH & Co KG und der MS „Hammonia Pacificum“ Schiffahrts GmbH & Co KG, die unter dem Titel „HCI Shipping Select XXII“ angeboten wurden, um insgesamt EUR 100.000,-- zuzüglich 5% Agio. Dafür zahlte er am 18.5.2007 EUR 55.000,-- und am 1.10.2007 EUR 50.000,--. Am 1.7.2008 und am 15.12.2008 erhielt der Kläger „Ausschüttungen“ von je EUR 3.380,--.

Mit der am 3.12.2013 eingebrachten und der Beklagten am 11.12.2013 zugestellten Klage begehrt der Kläger EUR 98.240,-- samt 4% Zinsen aus EUR 55.000,-- vom 19.5.2007 bis 1.10.2007, aus EUR 105.000,-- seit

2.10.2007 bis 30.6.2008, aus EUR 101.620,-- vom 1.7.2008 bis 15.12.2008 und aus EUR 98.240,-- seit 16.12.2008 sowie die Feststellung, dass ihm die Beklagte für alle Schäden, die darüber hinaus aus den am 18.5.2007 eingegangenen Beteiligungen entstehen, ersatzpflichtig sei,

in eventu die Feststellung, dass ihm die Beklagte für alle Schäden, die aus den am 18.5.2007 eingegangenen Beteiligungen entstehen, ersatzpflichtig sei.

Dazu brachte er - zusammengefasst - vor, er habe am 14.5.2007 ein Beratungsgespräch mit dem Mitarbeiter der Beklagten Johann Hochmeister geführt, dem der Werbeprospekt Beilage ./B zugrundegelegt sei. Es sei von „hohen Ausschüttungen“ von anfangs 7% die Rede gewesen. Dies habe zu einer Fehlvorstellung des Klägers geführt, weil es sich bei diesen Ausschüttungen tatsächlich nicht um einen Ertrag, sondern um teilweise Rückzahlungen der Kommanditeinlage handle. Der Kapitalmarktprospekt sei dem Kläger nicht ausgehändigt worden. Erst nach Vertragsabschluss habe er die „Beitrittsbedingungen“ mit allgemeinen Risikohinweisen erhalten. Insbesondere sei der Kläger nicht über die Risiken und Charakteristika einer Kommanditbeteiligung aufgeklärt worden. Er sei nicht auf die bestehende Rückzahlungspflicht im Konkursfall, auf das Totalverlustrisiko sowie auf die mangelnde Liquidität der Veranlagung, die kaum veräußerbar sei, hingewiesen worden. Auch habe ihm die Beklagte über das Agio von 5% hinausgehende Kick-Back-Zahlungen der Anlagegesellschaft verschwiegen. Die Beklagte habe bei Empfehlung dieser Veranlagungen eigene Interessen verfolgt. Er sei auch nicht über die Erhöhung des Risikos durch die Belastung des eingesetzten Kapitals mit 25% Vertriebskosten („Weichkosten“) in Verbindung mit der Fremdfinanzierung

der Schiffe aufgeklärt worden. Er hätte die Schiffsbeteiligungen nicht erworben, wenn er von den genannten Umständen Kenntnis gehabt hätte. Ende 2012 habe der Kläger erfahren, dass die „Passat Breeze“ insolvent sei und im Zuge der sodann angestellten Nachforschungen erkannt, dass er unrichtig beraten worden sei. Er stütze sich insbesondere auf die Fehlinformation über die Rechtsnatur der Ausschüttungen, das Fehlen einer Information über die Fremdfinanzierung sowie das Verschweigen der Kick-Back-Zahlungen. Wäre er darüber ordnungsgemäß aufgeklärt worden, hätte er nicht in die Schiffsbeteiligungen investiert, sondern wahrscheinlich in Anleihen, jedenfalls aber kapitalerhaltend.

Die Beklagte bestritt und wandte ein, der Kläger unterhalte seit dem Jahr 2000 ein Wertpapierdepot bei ihrem Institut. Er sei stets an ertragsorientierten Finanzprodukten interessiert gewesen und hätte in Aktien, Unternehmensanleihen und verschiedene High-Yield-Produkte investiert. Der Kläger sei ein versierter Anleger, dessen Risikoprofil zuletzt „spekulativ“ gewesen sei. Die Empfehlung der Beimischung der gegenständlichen Schiffsbeteiligungen zu seinem Depot, welches per 8.11.2013 einen Gesamtkurswert von EUR 511.045,78 aufweise, sei daher *lege artis*. Sie entsprächen den Anlagezielen und der Risikobereitschaft des Klägers. Er sei im Zuge der Beratung sowohl auf deren Beschaffenheit als Kommanditbeteiligung hingewiesen worden, als auch auf die langfristige Bindung, die einen vorzeitigen Ausstieg mangels entsprechenden Sekundärmarktes kaum ermögliche. Ebenso sei der Kläger auf das Totalverlustrisiko hingewiesen worden. Die Beklagte erhalte nur eine angemessene, übliche Provision. Den Kläger treffe (zumindest) ein Mitverschulden. Der

Anspruch sei verjährt, weil dem Kläger der Schaden bereits mit dem Ausbleiben der Ausschüttungen ab 2009 bekannt sei. Bestritten werde auch ein hypothetischer Zinsgewinn von 4% ab dem Investitionszeitpunkt. Die Naturalrestitution sei der Beklagten unzumutbar, weil die Beteiligungen nur schwer handelbar seien. Eine Verpflichtung zur Rückzahlung der „Ausschüttungen“ bestehe nur bis zur Höhe der Haftsumme, die im Fall des Klägers EUR 10.000,-- betrage und werde somit erst schlagend, wenn durch die Einlagenrückzahlungen das Kapitalkonto unter den Betrag der Haftsumme herabsinke.

Mit dem angefochtenen Urteil wies das Erstgericht das Klagebegehren zur Gänze ab.

Dabei ging es von den auf den Seiten 6 bis 9 der Urteilsausfertigung wiedergegebenen Feststellungen aus. Davon ist Folgendes hervorzuheben:

Der Kläger hat Welthandel studiert und war vor seiner Pensionierung Geschäftsführer eines amerikanischen Unternehmens. Seine Ersparnisse veranlagte er als Privatkunde unter anderem bei der Beklagten in verschiedene Finanzprodukte, wie Anleihen, Pfandbriefe, Aktien, Aktienfonds, Renten, Rentenfonds, Gold- und Spareinlagen. Mit Schiffsbeteiligungen hatte er bislang keine Erfahrungen. 2007 verfügte er infolge Auflösung einer anderen Veranlagung und Auszahlung einer Abfertigung über neu zu veranlagendes Kapital. Sein langjähriger Kundenberater bei der Beklagten, Johann Hochmeister, schlug ihm die gegenständlichen Schiffsbeteiligungen vor, die er als zum Portfolio des Klägers passend erachtete.

Es handelt sich beim Anlageprodukt HCI Shipping Select XXII um eine treugeberische Beteiligung an zwei Kommanditgesellschaften, jeweils in Form einer GmbH & Co

KG, die ihrerseits in zwei Containerschiffe investiert haben. Ein Investment in den HCI Shipping Select XXII ist zwingend mit einer Beteiligung an den beiden Personengesellschaften, nämlich der „Passat Breeze“ Navigation GmbH & Co KG und der MS „Hammonia Pacificum“ GmbH & Co KG verbunden; die Veranlagung erfolgt treuhändig über die HCI Hanseatische Schiffstreuhand GmbH.

Der Kläger unterzeichnete am 18.5.2007 die Beitrittserklärung bzw den Zeichnungsschein für den HCI Shipping Select XXII mit dem Zeichnungsbetrag von EUR 100.000,--, von dem 48,2% auf Passat Breeze und 51,8% auf Hammonia Pacificum entfallen. Der Zeichnungsschein war hinsichtlich der betreffenden Anlageform bereits vorausgefüllt und wurde im Einvernehmen mit dem Kläger vervollständigt. Er enthält auf Seite 2 unter der Rubrik „Rücktrittsrecht“ unter anderem folgenden Passus:

[...] weil mir bekannt ist, dass die gegenständliche Veranlagung eine langfristige unternehmerische Beteiligung darstellt, deren künftige Entwicklung, einschließlich allfälliger steuerlicher Vor- und Nachteile nicht mit Sicherheit vorhersehbar ist und bei der auch ein Totalverlust des eingesetzten Kapitals nicht ausgeschlossen werden kann [...].

Vor dem Zeichnungstermin am 18.5.2007 war dem Kläger eine zusammengefasste Version des Prospekts (Beilage ./B) ausgefolgt worden; die Vollversion des Kapitalmarktprospekts wurde nicht übergeben, sondern lag in der Filiale der Beklagten auf Anfrage zur Einsichtnahme auf. Dem Kläger war bekannt, dass er in eine Kommanditgesellschaft investiert, dabei die Stellung eines Kommanditisten erlangt und damit auch ein unternehmerisches Risiko verbunden ist. Ihm war auch ein allgemeines Insolvenzrisiko

bekannt. Er ging davon aus, dass die Zinsen schwanken könnten. Er war der Ansicht, dass ein Totalverlust immer möglich sei, hat diese Gefahr aber als sehr gering eingeschätzt, weil er seiner Meinung nach in Sachwerte investiert hatte.

Im Beratungsgespräch teilte Hochmeister dem Kläger mit, dass Schiffsfonds bereits in der Vergangenheit gut gelaufen seien und Prognosen auch eine zukünftige positive Entwicklung erwarten ließen. Im Zuge des Gesprächs wurde die Kapitalstruktur der Beteiligung mit dem Hinweis auf private Investoren einerseits und Bankdarlehen andererseits grob dargestellt, anhand konkreter Zahlen oder Prozentsätze aber nicht weiter ausgebreitet. Mit Hilfe der Ausschüttungstabelle des gekürzten Prospekts wurden dem Kläger die attraktiven Ausschüttungserwartungen von 7% p.a. und die günstige steuerliche Abwicklung, da keine Kapitalertragsteuer zu entrichten sei, näher gebracht. Bei einer Präsentation war Hochmeister die Beteiligung so erklärt worden, dass es sich um ein Investment mit langer Laufzeit handle und das Kapital nach 12 Jahren durch den Verkauf der Schiffe wieder zurückfließe und dass jedenfalls ein Währungsrisiko bestehe, da die Finanzierung und die Zahlungsvorgänge in USD vorgenommen würden. Dass die Gesellschaften erst gegründet werden müssten und in weiterer Folge zunächst geplant war, über die Anfangsjahre der wirtschaftlichen Tätigkeit hinweg bewusst Verluste in Kauf zu nehmen, war nicht Bestandteil des Beratungsgesprächs. Verlustmöglichkeiten oder Nachschussverpflichtungen wurden nicht besprochen. Auch die Gefahr eines Totalverlusts und der Umstand, dass mit den ersten Auszahlungen zuvor eingezahltes Kapital zurückbezahlt werde, oder generell die Umstände und Folgen einer Kapitalrück-

gewährung wurden nicht erörtert. Hinsichtlich der mit der Beteiligung verbundenen „Weichkosten“ wies Hochmeister auf ein als Vermittlungsprovision bezeichnetes Agio von 5% in Übereinstimmung mit dem Zeichnungsschein hin. Zusätzliche Rückvergütungen zwischen der HCI und der Beklagten wurden dem Kläger nicht offengelegt. Dem Kläger war im Zeitpunkt der Beratung nicht bekannt, dass es sich bei Ausschüttungen um Teilrückzahlungen des Kapitals handeln könnte; er ging davon aus, dass es sich dabei um Erträge handle. Für ihn waren die 7%ige Verzinsung und die KESt-Freiheit kaufentscheidend. Ausschüttungen waren dem Kläger von Anleihen und Pfandbriefen bekannt. Produkte, bei denen Ausschüttungen zurückverlangt werden können, und die Rechtsfolgen einer Kapitalrückgewährung waren ihm damals unbekannt. Er ging davon aus, dass 100% seines Investments in den Ankauf des Schiffes investiert werden. Dem Kläger wurde die Beteiligung auch nicht als Verlustbeteiligung dargestellt.

Im Allgemeinen kamen sowohl dem Kläger als auch seinem zuständigen Bankberater jährlich ein bis zwei Zuschriften der HCI zu, die einen Überblick über die jeweiligen Geschäftsjahre, Protokolle von Gesellschafterbeschlüssen und andere Treuhandinformationen enthielten. 2009 blieben erstmals Ausschüttungen aus. Angesichts der Finanzkrise hielten der Kläger und sein Bankberater dies noch nicht für besorgniserregend und gingen von einer Erholung der betroffenen Märkte aus. Mit Schreiben vom 21.5.2010 erklärte HCI diesen Umstand mit dem Rückgang der prognostizierten Frachtraten wegen der schlechten Wirtschaftslage. Dieses Schreiben enthielt auch die Information, dass bei den kreditgebenden Banken ein Antrag auf Tilgungsstundung gestellt wurde. Dies fiel dem

Kläger beim Durchlesen nicht auf. Die Zusendung vom 9.2.2011 thematisierte die ernstzunehmende wirtschaftliche Lage und den Liquiditätsengpass der MS Hammonia Pacificum und enthielt unter anderem die Bitte an die Gesellschafter, frisches Kapital als Restrukturierungsbeitrag nachzuschließen, da dies von den Banken im Rahmen der Tilgungsstundungsvereinbarung verlangt wurde. 2012 bemerkte der Kläger aufgrund kritischer Berichte in diversen Medien, dass es häufig Komplikationen mit Schiffsbeteiligungen gab, woraufhin er sich an seine anwaltliche Vertretung wandte.

Jetzt ist das eine Schiff in Insolvenz und das andere kurz davor, was für Hochmeister im Jahr 2009 noch nicht absehbar war.

Dass die Ausschüttungen Teilrückzahlungen des Kapitals sind, erfuhr der Kläger erstmals im Herbst 2013 (a). Wenn er das vor dem Kauf gewusst hätte, hätte er das Investment nicht getätigt, weil er als Privatmann an einer Verlustbeteiligung nicht interessiert war (b). Wenn dem Kläger eine Kostenstruktur bekannt gewesen wäre, aus der ein Eigeninteresse der Beklagten am Vertrieb des Produkts ersichtlich gewesen wäre, hätte er das Investment nicht getätigt, weil bei ihm dann die Alarmglocken geläutet hätten (c).

Hochmeister schätzte das Produkt als riskanter als Aktien ein und empfahl eine maximalen Beimischung von 10% des Vermögens. Im Jahr 2007 war Hochmeister nicht bewusst, dass Kapital abgeschichtet wird und dies in der Übersicht des Verkaufsprospekts ersichtlich ist. Ihm war nicht bekannt, wer der Komplementär der Gesellschaft war und dass eine Rückzahlungsverpflichtung im Fall der Kapitalausschüttung gegeben ist.

Es gab eine Provisionsvereinbarung und eine Vertriebsvereinbarung mit der S Immorent, einer Tochterfirma der Beklagten betreffend den HCI Select XXII. *Es gab ein Agio von 7% und eine 12%ige Abschlussprovision (d).*

Der Kläger hätte - wenn er das Geld nicht in die Schiffsbeteiligung investiert hätte - wahrscheinlich in das, was ihm Hochmeister präsentiert hätte, investiert, wahrscheinlich Anleihen und Pfandbriefe.

Davon ausgehend verneinte das Erstgericht in rechtlicher Hinsicht die Verjährung des geltend gemachten Schadenersatzanspruchs. Es seien zwar erstmals 2009 Auszahlungen unterblieben. Kenntnis von Schaden und Schädiger wegen Aufklärungsmängeln seien in diesem Stadium jedoch noch nicht vorgelegen. Frühestens mit der Zusendung vom 9.2.2011 hätte der Kläger, unter Zugrundelegung einer ihn daraus treffenden Nachforschungspflicht, Verluste bzw Schäden erkennen können. Über die Rechtsnatur der ersten Auszahlungen und die Höhe der tatsächlichen Vermittlungsprovision habe der Kläger erst nach Rücksprache mit seiner anwaltlichen Vertretung im Herbst 2013 Bescheid gewusst.

Im Übrigen führte das Erstgericht rechtlich aus, zwischen den Streitteilen bestehe ein Anlageberatungsvertrag, der im Allgemeinen eine potenzielle Anspruchsgrundlage für Schadenersatzansprüche *ex contractu* bilde. Der Kläger mache geltend, die Beklagte habe aufgrund fehlerhafter Beratungstätigkeit für jene Schäden einzustehen, die er wegen der Investition in die gegenständliche Schiffsbeteiligung erlitten habe. Der Kläger sei daher so zu stellen, wie er stünde, wenn der Anlageberater pflichtgemäß seiner Aufklärungspflicht nachgekommen wäre. Für die Berechnung eines konkreten Schadens sei zunächst

der hypothetische heutige Vermögensstand zu ermitteln, um mittels Differenzrechnung überhaupt einen Schaden beziffern zu können. Die Beweislast dafür treffe den durch die falsche Beratung Geschädigten. Er habe einerseits die tatsächlich eingetretene Vermögenslage und andererseits den hypothetischen heutigen Vermögensstand zu behaupten und zu beweisen. Maßgeblich dafür seien insbesondere die erklärten Anlageziele des Klägers. Diesbezüglich habe das primäre Interesse des Klägers in hohen Ausschüttungen und einer geringen Steuerlast bestanden. Eine damit korrelierende lange Laufzeit des Investments habe den Kläger nicht von seiner Investitionsentscheidung abgehalten. Die gegenständliche Beteiligung sei im Gesamtportfolio des Klägers als eher risikobehaftet und nicht als Grundlage einer sicheren Veranlagung zu betrachten. Alternativ wäre das Kapital nach Aussagen des Klägers in die üblichen Pfandbriefe und Anleihen, jedenfalls aber kapitalerhaltend veranlagt worden. Unter Berücksichtigung der Ertragserwartungen des Klägers könne nicht davon ausgegangen werden, dass er bei völlig fehlerfreier Aufklärung eine risikolose Anlageform gewählt hätte. Auch wenn die Anforderungen an den Beweis betreffend eines hypothetischen Kausalverlaufs geringer seien als bei Schadenszufügung durch positives Tun, sei dazu aber zu wenig vorgebracht und letztendlich unter Beweis gestellt worden. Zumindest hätte ein Alternativinvestment sachlich und rechnerisch plausibel aufgezeigt werden müssen, welches anstelle der gegenständlichen Beteiligung angeschafft worden wäre. Der Kläger mache keine konkreten Angaben, woraus sich sein heutiger hypothetischer Vermögensstand zusammensetzen würde, insbesondere in welche genauen Alternativen mit vergleichbarem Risiko und ähnlichen Aus-

schüttungserwartungen er mit einem Investitionsvolumen von EUR 100.000,-- investiert hätte.

Dagegen wendet sich die Berufung des Klägers wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung und Mangelhaftigkeit des Verfahrens mit dem Antrag auf Abänderung des angefochtenen Urteils im Sinne einer Klagsstattgebung, hilfsweise mit einem Aufhebungsantrag.

Die Beklagte beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist teilweise berechtigt.

1. Wie die Berufung zu Recht aufzeigt, hat das Erstgericht die Anforderungen an das Ausmaß der den Geschädigten treffenden Behauptungs- und Beweislast für die Wahl und die Entwicklung der hypothetischen Alternativanlage zu streng beurteilt.

Der Oberste Gerichtshof hält grundsätzlich auch in seiner jüngeren Rechtsprechung (4 Ob 67/12z; 7 Ob 221/13w) daran fest, dass die Behauptungs- und Beweislast für die Wahl und die Entwicklung der hypothetischen Alternativanlage - also des Minuenden bei der Ermittlung des rechnerischen Schadens - den Anleger trifft. Dies gilt selbstverständlich nur unter der Voraussetzung, dass der Kläger bei korrekter Beratung überhaupt veranlagt hätte, was bei einem vorgefassten Anlageentschluss - anders als bei der beabsichtigten Veräußerung einer Anlage, die dann aufgrund einer mangelhaften Beratung unterbleibt - im Regelfall anzunehmen ist. An die Behauptungslast werden dabei aber keine zu strengen Anforderungen zu richten sein: Im Begehren auf Zahlung des veranlagten Betrags Zug um Zug gegen Rückgabe der Papiere oder im Ansatz dieses Betrags als Minuend bei der Ermittlung des rechnerischen Schadens wird regelmäßig die Behauptung

enthalten sein, dass eine Alternativanlage (zumindest) das Kapital erhalten hätte. Wird das vom Beklagten nicht konkret bestritten, wird im Regelfall ein insofern unstrittiger Sachverhalt vorliegen.

1.1 In 4 Ob 67/12z führte der OGH aus, es liege auf der Hand, dass konkrete Angaben und (daher) Feststellungen zur alternativen Veranlagung gerade dann nur schwer möglich seien, wenn eine höhere Risikobereitschaft bestand, sodass die Annahme einer „sicheren“ Veranlagung, etwa auf einem Sparsbuch, ausgeschlossen ist. In einem solchen Fall werde festzustellen sein, für welche Anlageart sich der Geschädigte bei ordnungsgemäßer Beratung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit entschieden hätte. Maßgebend seien in weiterer Folge die typische - etwa durch Indizes belegte - Entwicklung solcher Anlagen (der „gewöhnliche Lauf der Dinge“ iSv § 1293 ABGB); mögliche Ausreißer nach oben oder unten, etwa durch Verwirklichung eines atypischen Risikos (Insolvenz, Veruntreuung) wären unbeachtlich. Gegebenenfalls könne auf § 273 ZPO zurückgegriffen werden.

1.2 Dazu brachte der Kläger vor, er hätte bei ausreichender Aufklärung die Schiffsbeteiligungen nicht gekauft, sondern stattdessen „das Geld wahrscheinlich in Anleihen, jedenfalls aber kapitalerhaltend“ angelegt (ON 1, 6 = AS 11). Die Beklagte verwies - zur Rechtfertigung ihrer Empfehlung der gegenständlichen Schiffsbeteiligung - auf die hohe Risikobereitschaft des Klägers, bestritt den (vom Kläger gar nicht behaupteten und nicht geltend gemachten) hypothetischen Zinsgewinn der Alternativanlage in Höhe von 4% (ON 3, 11 = AS 39), äußerte sich aber sonst nicht zur behaupteten Form der Alternativveranlagung und deren Entwicklung.

1.3 Das Erstgericht stellte fest, dass der Kläger das Geld alternativ „wahrscheinlich in das, was ihm Johann Hochmeister präsentiert hätte, investiert hätte, wahrscheinlich Anleihen und Pfandbriefe“. Diese Feststellung bleibt letztlich unbekämpft.

1.4 Die Beklagte verweist zwar in ihrer Berufungsbeantwortung unter Punkt I.2. lit j) auf die Liste der vom Kläger getätigten Wertpapiertransaktionen, wonach er unmittelbar nach Erwerb der HCI Schiffsbeteiligung Einzelaktien, Aktienfonds und High-Yield-Produkte gekauft habe, und sich auch aus seiner aktuellen Depotaufstellung ergebe, dass er überwiegend Aktien und Aktienfonds in seinem Portfolio halte.

Es mag sein, dass diese Umstände geeignet sein könnten, Zweifel an der Feststellung, der Kläger hätte „wahrscheinlich in Anleihen und Pfandbriefe investiert“ zu wecken. Eine ordnungsgemäße Tatsachenrüge, die vom Berufungsgericht zu behandeln wäre, vermögen diese Ausführungen jedoch nicht zu ersetzen. Dazu bedarf es nämlich im Sinne der ständigen Rechtsprechung der Angabe, welche konkrete Feststellung bekämpft wird, infolge welcher unrichtigen Beweiswürdigung sie getroffen wurde, welche Feststellung begehrt wird und aufgrund welcher Beweisergebnisse und Erwägungen diese begehrte Feststellung zu treffen gewesen wäre (*Kodek in Rechberger, ZPO⁴ § 471 Rz 8 mwN; RIS-Justiz RS0041835*). Die Berufung nennt weder die bekämpfte Feststellung noch ergibt sich aus den gesamten Ausführungen der Beklagten unter Punkt I.2 der Berufungsbeantwortung mit hinreichender Deutlichkeit, welche konkrete Ersatzfeststellung begehrt wird.

1.5 Damit steht aber - entsprechend dem bei der Feststellung eines hypothetischen Kausalverlaufs herabge-

setzten Beweismaß der bloß überwiegenden Wahrscheinlichkeit (im Gegensatz zum Regelbeweismaß der hohen Wahrscheinlichkeit) fest, für welche Anlageart (Anleihen oder Pfandbriefe) sich der Geschädigte bei ordnungsgemäßer Beratung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit entschieden hätte. Dass dies mit der in der Beweiswürdigung des Erstgerichts anklingenden Bereitschaft des Klägers, für die Aussicht auf einen höheren Ertrag auch ein höheres Risiko in Kauf zu nehmen, nur schwer in Einklang zu bringen ist, kann mangels gesetzmäßiger Ausführung einer diesbezüglichen Beweisrüge vom Berufungsgericht nicht aufgegriffen werden.

1.6 Von der Frage der Anlageart zu trennen ist jene nach der Entwicklung solcher Anlagen. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Behauptungen der Beklagten in ihrer Berufungsbeantwortung zutreffen, dass ein Investment in Anleihen oder Pfandbriefe nicht stets kapitalerhaltend sei, sondern es auch bei diesen Produktarten hinsichtlich des Ertrags und Risikoverhältnisses unterschiedliche Abstufungen gebe. Die Beklagte verstößt mit diesem Vorbringen gegen das Neuerungsverbot. In erster Instanz blieb nämlich die Behauptung des Klägers, sein wahrscheinlich in Anleihen getätigtes Alternativinvestment wäre „jedenfalls ... kapitalerhaltend“ gewesen, unbestritten. Im Sinne der zitierten Ausführungen des OGH in 4 Ob 67/12z, wonach insofern ein unstrittiger Sachverhalt vorliegt, wenn die (hier sogar ausdrückliche) Behauptung, dass eine Alternativanlage zumindest das Kapital erhalten hätte, vom Beklagten nicht konkret bestritten wird, bedarf es auch keiner weiteren Feststellungen über die Entwicklung der Alternativanlage.

1.7 Es ist daher als Zwischenergebnis festzuhalten,

dass der geltend gemachte Schadenersatzanspruch hier nicht am fehlenden Nachweis des Kapitalerhalts bei ordnungsgemäßer Beratung scheitert. Lediglich der Vollständigkeit halber sei Folgendes angemerkt: Selbst wenn das Erstgericht beispielsweise festgestellt hätte, dass der Kläger alternativ mit überwiegender Wahrscheinlichkeit in Aktien investiert hätte, gibt es keinen Erfahrungssatz, wonach ein Investment in Aktien jedenfalls mit einem Kapitalverlust verbunden wäre. Nur im Fall der konkreten Bestreitung der Behauptung des geschädigten Anlegers, dass sich dieses Investment in Aktien kapitalerhaltend entwickelt hätte, wäre er gehalten, diese Behauptung, etwa anhand von Indizes etc, zu beweisen.

2.1 Im Zusammenhang mit der vom Erstgericht verneinten Verjährung des Anspruchs bekämpft die Beklagte die Feststellung, wonach der Kläger erstmals im Jahr 2013 erfahren habe, dass die Ausschüttungen Teilrückzahlungen des Kapitals sind (oben als **(a)** bezeichnet). Diese Feststellung widerspreche dem vom Erstgericht nur unvollständig zusammengefassten Inhalt des HCI-Schreibens vom 21.5.2010, Beilage ./10 (gemeint wohl: Beilage ./9). Darin sei darauf hingewiesen worden, dass die Banken der Tilgungsstundung des Darlehens nur unter der Bedingung zustimmen würden, *„dass die Gesellschafter eine Ausschüttung in Höhe von 6%, dies entspricht auf Ebene des HCI Shipping Select XXII einer Ausschüttung von 3,1%, wieder in die Gesellschaft einlegen“*.

Warum der Kläger allein daraus erkennen hätte müssen oder zumindest den Verdacht hätte hegen müssen, dass es sich bei der bisherigen Ausschüttung nicht um Gewinn, sondern um Kapitalrückzahlung gehandelt hat, ist nicht nachvollziehbar. Dass Banken eine Tilgungsstundung eines

Darlehens von einem Beitrag der Gesellschafter abhängig machen, ist nichts Ungewöhnliches. Einen Rückschluss auf die Qualität dieses Beitrags, namentlich ob es sich bei der 2008 erhaltenen Ausschüttung um erwirtschafteten Gewinn oder teilweise Rückerstattung des Einlagekapitals gehandelt hat, erlaubt dieses Ansinnen nicht. Der Kläger konnte aus dem Schreiben vom 21.5.2010 lediglich den Schluss ziehen, den er auch tatsächlich gezogen hat, nämlich dass die Schiffsbeteiligungen „nicht so gut laufen“ wie erhofft. Dass eine Haftung im Sinne einer rechtlichen Verpflichtung der Anleger bestünde, die Ausschüttungen wieder in die Gesellschaft einzulegen, konnte der Kläger diesem Schreiben ebenso wenig entnehmen.

2.2 Anstelle der oben mit **(b)** bezeichneten Feststellung begehrt die Beklagte die Feststellung *„Der Kläger hätte das Investment auch getätigt, wenn er gewusst hätte, dass Ausschüttungen Teilrückzahlungen seines Investments sind.“* Begründend verweist die Beklagte auf die Bereitschaft des Klägers, bei der gegenständlichen Schiffsbeteiligung ein Totalverlustrisiko in Kauf zu nehmen. Die Rückzahlungsgefahr von Ausschüttungen sei nur ein Teilaspekt dieses Verlustrisikos. Die Kenntnis von der Rechtsqualität der Ausschüttungen sei daher für den Erwerbsentschluss des Klägers nicht kausal.

Bei dieser Argumentation übersieht die Beklagte allerdings, dass es einen erheblichen Unterschied bedeutet, ob man eine (vermeintliche Gewinn-)Ausschüttung als das Vermögen vermehrend behalten kann mit dem (bloßen) Risiko, das eingesetzte Kapital zum Laufzeitende nicht oder nicht mehr zur Gänze zurückzuerhalten, oder ob auch die Gefahr besteht, die erhaltenen Ausschüttungen wieder zurückzahlen zu müssen, man sich also über viele Jahre

hinaus in Ungewissheit über den Stand des Vermögens befindet. Wenn man sich dies vergegenwärtigt, so ist es durchaus nachvollziehbar, dass die Investition unter diesem Aspekt nur wenig attraktiv erscheint, weshalb die Aussage des Klägers, er hätte in Kenntnis dieser Umstände davon Abstand genommen, auf keine Bedenken stößt.

2.3 Zu Recht wendet sich die Beklagte gegen die Feststellung „Es gab ein Agio von 7% und eine 12%ige Abschlussprovision“ (oben **(d)**) und begehrt stattdessen festzustellen „Es gab ein Agio von 5% und eine 7%ige Abschlussprovision; insgesamt also 12%.“ als aktenwidrig. Aus den Aussagen der hierzu vernommenen Zeugen Mag. Leonhard (ON 17, 3) und Dr. Kesselgruber (ON 17, 9ff) ergibt sich unmissverständlich, dass es neben dem Agio von 5% eine den Anlegern nicht offengelegte Innenprovision von weiteren 7%, insgesamt also 12% gab, was im Übrigen mit dem eigenen Standpunkt des Klägers übereinstimmt, der selbst in seiner eigenen Aussage (zum Teil über Befragen des Klagevertreters) von 5% Agio und weiteren 7% „Kick-Back“ sprach (ON 15, 7). Dies räumt auch die Berufung ein (Punkt A.3.c). Dem Erstgericht, das die angegriffene Feststellung mit den Aussagen der Zeugen Mag. Leonhard und Dr. Kesselgruber begründete, ist daher ein offenkundiger Irrtum unterlaufen, der im Sinne der Beklagten zu berichtigen ist.

2.4 Soweit die Beklagte aber auch die in diesem Zusammenhang getroffene oben als **(c)** bezeichnete Feststellung bekämpft, und die Ersatzfeststellung begehrt: „Der Kläger hätte die gegenständliche HCI-Beteiligung auch gezeichnet, wenn er von der Höhe der Provisionen der Beklagten gewusst hätte.“ und begründend die Aussage des Klägers ins Treffen führt, wonach für ihn Bestandsprovi-

sionen bis zu 1,5% p.a. kein Problem gewesen wären, was bei einer Laufzeit von rund 10 Jahren Bestandsprovisionen von insgesamt rund 15% ergäbe, ist ihr zu entgegen, dass sich diese Aussage des Klägers auf Fonds, wie etwa den Espa Bond Europe bezog, somit ein Produkt, das jederzeit ohne Bindung an eine bestimmte Laufzeit veräußerbar ist. Aufgrund dieses Unterschieds scheint die Aussage des Klägers, ihm wäre das sich aus einer Abschlussprovision von insgesamt 12% ergebende Eigeninteresse der Beklagten am Vertrieb des Produkts bedenklich erschienen und hätte ihn von der Investition abgehalten, durchaus nicht unlogisch, sodass die Beweistrüge der Beklagten auch in diesem Punkt versagt.

3. Zu den Beratungsfehlern:

Der Kläger stützt seinen Anspruch im Wesentlichen auf drei Beratungsfehler, von denen jeder für sich den Schaden verursacht habe, indem bei ordnungsgemäßer Aufklärung der Erwerb der Schiffsbeteiligungen unterblieben wäre, und zwar die Fehlinformation über die Rechtsnatur der Ausschüttungen, die Fremdfinanzierung iVm den „Weichkosten“ und das Verschweigen der Kick-back-Zahlungen.

3.1 Ebenfalls im Zusammenhang mit einer Kommanditbeteiligung an einer Schifffahrtsgesellschaft führte der OGH in 10 Ob 28/15p Folgendes aus:

„Der - für Pflichtverletzungen vor dem 1. 11. 2007 noch anzuwendende - § 13 Z 3 und 4 WAG 1996 (8 Ob 107/11k) hat die schon zuvor von Rechtsprechung und Lehre insbesondere aus culpa in contrahendo, positiver Forderungsverletzung und dem Beratungsvertragsverhältnis abgeleiteten Aufklärungs- und Beratungspflichten festgeschrieben (RIS-Justiz RS0119752). Die Informationserteilung hat dem Gebot vollständiger,

richtiger und rechtzeitiger Beratung zu genügen, durch die der Kunde in den Stand versetzt werden muss, die Auswirkungen seiner Anlageentscheidung zu erkennen (3 Ob 241/11d). [...] Die konkrete Ausgestaltung und der Umfang der Beratung sind dabei einzelfallbezogen von einer Reihe von Faktoren abhängig, die sich einerseits auf die Person des Kunden und andererseits auf das Anlageprodukt beziehen (RIS-Justiz RS0119752 [T6]). [...]

[...] Dem Kommanditisten steht nach § 169 Abs 1 Satz 2 dHGB ein Anspruch auf Auszahlung des ihm zukommenden Gewinns zu. Besteht ein Gewinnanspruch, darf eine Auszahlung nur erfolgen, wenn die auf die Pflichteinlage des Kommanditisten erbrachte Einlage ungeschmälert durch Verluste vorhanden ist und auch durch die Entnahme selbst nicht geschmälert wird (Heybrock in Haag/Löffler, HGB² § 169 Rz 4, 5). Treten später Verluste ein, ist der Kommanditist nicht verpflichtet, den bezogenen Gewinn wieder zurückzuzahlen (§ 169 Abs 2 dHGB). Sollte der Kommanditist aber Gewinne unter Verletzung des § 169 Abs 1 Satz 2 dHGB bezogen haben, etwa wenn der Gewinn unrichtig ermittelt wurde, die Bilanz später berichtigt werden musste oder der Gewinnanteil sonst falsch errechnet wurde, gilt die Befreiung von der Rückzahlungsverpflichtung nicht. In diesen Fällen hat die Kommanditgesellschaft einen Bereicherungsanspruch nach den §§ 812 ff BGB gegen den Kommanditisten (Heybrock in Haag/Löffler, HGB², § 169 Rz 8)."

Ob über diese Umstände im konkreten Fall aufzuklären gewesen wäre, blieb im genannten Fall offen, weil sie der dortige Kläger nicht zum Gegenstand des Berufungsverfahrens gemacht hatte.

Das Berufungsgericht teilt die Ansicht der Beklagten, es handle sich dabei um ein bloß

theoretisches, aber praktisch vernachlässigbares Risiko, über welches nicht aufgeklärt werden müsse, nicht (vgl hg 34 R 125/15z): Der Kläger hat in eine Renditeerwartung investiert. Ihm wurde nicht klar gemacht, dass die Ausschüttungen - zumindest teilweise - aus dem investierten Kapital erfolgen und sie daher gerade keine Erträge aus der investierten Summe sind. Bei Kenntnis dieses Umstands hätte er die Beteiligungen überhaupt nicht erworben. Es liegt aber auf der Hand, dass es sich dabei um eine relevante Information handelt, weil ein vernünftiger, wirtschaftlich denkender Anleger sich genau überlegen wird, ob er überhaupt in eine so gestaltete Kapitalanlage investiert. Die Haftung für einen solchen „Ausschüttungsschwindel“ hat daher der Oberste Gerichtshof auch in der Entscheidung 3 Ob 112/15i ausdrücklich bejaht. Auf die von der Beklagten für relevant erachtete Frage, wie wahrscheinlich es sein könnte, dass bereits erfolgte Ausschüttungen auch wieder rückgefordert werden könnten, kommt es damit an sich nicht mehr an. Allerdings ist auch diesbezüglich eine Aufklärung zu verlangen, weil sie vollständig erfolgen muss, damit der Kunde die Auswirkungen seiner Anlageentscheidung erkennen kann (RIS-Justiz RS0123046 [T3] = 4 Ob 62/11p), was nach Auffassung des Berufungsgerichts gerade auch für eine, wenngleich nur theoretische Rückzahlungsverpflichtung durch eine wieder auflebende Kommanditistenhaftung besteht (s dazu allgemein 10 Ob 28/15p; ausdrücklich BGH III ZR 203/09; III ZR 82/14).

3.2 Auch das Verschweigen der 7%-igen Innenprovision (zusätzlich zum offengelegten 5%-igen Agio) stellt einen Beratungsfehler dar. Begründend ist erneut auf hg 34 R 125/15z zu verweisen: Die Verpflichtung, sich um die Vermeidung von Interessenkonflikten zu bemühen,

beinhaltet vor allem auch die Verpflichtung, gegenüber den Kunden Retrozessionsvereinbarungen (auch „Kick-back“-Vereinbarungen) offenzulegen (RIS-Justiz RS0123045 [zur vergleichbaren Vermögensverwaltung]), weil sie im Regelfall aus Mitteln gezahlt werden, welche die Bank vom Kunden für die Durchführung seiner Investitionsentscheidung erhält (6 Ob 110/07f mwN auch der deutschen Lehre und Rsp).

Auch dieser Beratungsfehler war schadenskausal, weil feststeht, dass der Kläger bei entsprechender Information über diese Innenprovision die Anlage nicht erworben hätte.

3.3 Auf weitere Beratungsfehler im Zusammenhang mit den „Weichkosten“, zu denen das Erstgericht keine Feststellungen getroffen hat, kommt es daher nicht mehr an.

4. Die Verjährung des Anspruchs wurde vom Erstgericht zutreffend verneint (vgl auch 3 Ob 112/15i).

5. Den Kläger trifft auch kein Mitverschulden. Wie der OGH in der bereits mehrfach zitierten Entscheidung 3 Ob 112/15i ausführte, hätte der Kläger bei genauem Studium des Kapitalmarktprospekts die rechtliche Konstruktion der erworbenen Beteiligung erkennen können. Mangels konkreter Anhaltspunkte für das Vorliegen des „Ausschüttungsschwindels“ bestand für den Kläger aber keine Obliegenheit, sich den Kapitalmarktprospekt zu beschaffen und zu lesen. Da die Beklagte in ihrer Berufungsbeantwortung auf den Mitverschuldenseinwand auch nicht mehr zurückkommt, erübrigen sich vertiefende Ausführungen zu dieser Frage.

6. Das Begehren des Klägers auf Naturalrestitution besteht daher ebenso zu Recht wie sein auf darüber hinausgehende Schäden abstellendes Feststellungsbegehren.

Ihren - unberechtigten (vgl. RIS-Justiz RS0030140) - Einwand der Unzumutbarkeit der Naturalrestitution hält die Beklagte im Berufungsverfahren offenbar nicht mehr aufrecht.

7. Zu Recht bestritt die Beklagte allerdings das Zinsenbegehren, wenn auch mit der verfehlten Begründung, der Kläger hätte aus einer Alternativveranlagung keinen hypothetischen Zinsgewinn von 4% lukriert, begehrt dieser doch „nur“ die gesetzlichen Zinsen, die seiner Meinung nach ab Schadenseintritt zustünden.

Das trifft nicht zu. Nach stRsp (RIS-Justiz RS0023392) tritt die Fälligkeit einer Schadenersatzforderung erst ein, wenn der Schaden feststellbar und zumindest vom Geschädigten zahlenmäßig bestimmt worden ist. Ein Ersatzanspruch wird erst mit der zahlenmäßig bestimmten Geltendmachung durch Mahnung, Klage oder Klagsweiterung fällig, sodass Verzugszinsen auch erst ab diesem Zeitpunkt mit Erfolg gefordert werden können (RIS-Justiz RS0023392 [T6]; eingehend *M. Radler*, Fälligkeit von Schadenersatzansprüchen, JBl 2015, 557).

Eine außergerichtliche Mahnung hat der Kläger nicht behauptet. Das auf die Zeiträume vor der Klagszustellung entfallende Zinsenmehrbegehren war daher abzuweisen.

8. Die Kostenentscheidung gründet auf § 43 Abs 2 1. Fall ZPO, im Berufungsverfahren iVm § 50 ZPO, weil der Kläger lediglich mit einem Teil seines Zinsenbegehrens unterlegen ist. Die Berufung ist kein verfahrenseinleitender Schriftsatz, weshalb der ERV-Zuschlag lediglich EUR 1,80 beträgt (*Obermaier*, Kostenhandbuch² Rz 646 mwN).

9. Die ordentliche Revision ist gem § 502 Abs 1 ZPO im Hinblick auf die zitierte Judikatur nicht zulässig.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 1, am 24. November 2015

Dr. Regine Jesionek
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG