



REPUBLIK ÖSTERREICH  
Oberlandesgericht Wien

34 R 125/15z

## Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Hinger als Vorsitzenden sowie den Richter Dr. Terlitza und den Kommerzialrat Ing. Gutscher in der Rechtssache der klagenden Parteien

vertreten durch Dr. Wolfgang Leitner und andere Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei **Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG**, Graben 21, 1010 Wien, vertreten durch Brandl & Talos Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen EUR 89.323,78 und Feststellung (Interesse: EUR 15.000,--) über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 28.7.2015, 34 Cg 39/14p-20, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, den klagenden Parteien die mit EUR 3.276,74 (darin enthalten jeweils EUR 546,12 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

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

Der Erstkläger zeichnete über die Empfehlung der Beklagten am **1.8.2006** zu einem Beteiligungsnominale von EUR 53.000,-- zuzüglich EUR 2.650,-- an 5 %-igem Agio eine Beteiligung an der „**HCI Shipping Select XV**“ und am **16.11.2006** zu einem Beteiligungsnominale von EUR 30.000,-- zuzüglich EUR 1.500,-- an 5 %-igem Agio eine Beteiligung an der „**HCI**

**Shipping Select XVII**". Am **6.5.2008** zeichnete der Erstkläger gemeinsam mit der Zweitklägerin zu einem Beteiligungsnominale von EUR 15.000,-- zuzüglich EUR 375,-- an 2,5 %-igem Agio eine weitere Beteiligung und zwar an der „**HCI Shipping Select 26**". Die Kläger hatten ursprünglich ein Wertpapierdepot bei der Bank Austria. Sie lernten den Mitarbeiter der Beklagten Herbert Futterknecht kennen und transferierten nach und nach einen Großteil ihres Vermögens auf Depots bei der Beklagten. Die Kläger veranlagten in unterschiedlichste Produkte. Ihre Wertpapierdepots enthielten unter anderem auch Aktien, Unternehmensanleihen und Investmentfonds. Als Anlageziel gaben die Kläger in den Kundenprofilen, die sie bei der Beklagten ab dem Jahr 2005 regelmäßig unterfertigen mussten, an: Vermögensaufbau/Vorsorge, Anlagedauer langfristig (über 5 Jahre), Kenntnisse in Renten, Rentenfonds, Aktien, Aktienfonds. Bei der Risikobereitschaft war immer dynamisch-risikobewusst, Erhöhung des Anteils risikoreicher Wertpapiere im Finanzvermögen, um höhere Ertragschancen zu nutzen (bis zu 60 % risikoreiche Wertpapiere) angekreuzt.

Auf Grund einer Erbschaft im Jahr 2005/2006 hatte der Erstkläger Geld zur Verfügung. Die Kläger fragten daher Herbert Futterknecht nach einer Veranlagungsmöglichkeit. Die Vorgabe der Kläger war eine sichere oder eine möglichst sichere Veranlagung. Herbert Futterknecht suchte nach einem in das Portfolio der Kläger passenden Produkt und bot schließlich die „HCI Shipping Select XV" an. Er gab den Klägern für sämtliche Beteiligungen Werbebroschüren mit, wobei nicht festgestellt werden konnte, ob es „die langen oder die kurzen" Verkaufsbroschüren waren. Die Kläger lasen sich diese Werbebroschüren nicht im Detail durch. Herbert Futterknecht erklärte den Klägern, dass die zu erwartende Rendite bei 7 bis 8 % liege: Man investiere in einen Fonds, dahinter stünden Schiffe und das sei werthaltig. Den Klägern war bewusst, dass diese Rendite nicht garantiert ist. Was eine Kommanditbeteiligung konkret ist, wurde nicht bespro-

chen. Die Kläger wussten nicht, was ein Kommanditbeteiligung ist. Herbert Futterknecht sagte den Klägern nicht, dass es sich bei den Ausschüttungen nicht um gewinngedeckte Ausschüttungen handelt und daher die Gefahr besteht, dass unter gewissen Umständen die erhaltenen Ausschüttungen teilweise wieder zurückgezahlt werden müssen. Wenn die Kläger das gewusst hätten, hätten sie diese Beteiligungen nicht erworben. Die Beklagte hatte mit der HCI Hanseatische Capitalberatungsgesellschaft mbH & Co KG (in der Folge kurz: HCI) eine Vertriebsvereinbarung, wonach sie einmalig eine Innenprovision von 7 % zuzüglich des Agios erhielt. Über diese Innenprovision wurden die Kläger nicht aufgeklärt. Wenn sie dies aber gewusst hätten, hätten sie keine der Beteiligungen erworben.

Die **Kläger** begehren von der Beklagten insgesamt EUR 89.323,78 sA und die Feststellung der Haftung für weitere Schäden aus dem über Beratung der Beklagten getätigten Investment. Sie hätten die Beteiligungen auf Vorschlag des Beraters der Beklagten und nach dessen Beratung gezeichnet. Der Berater habe dabei zwar auf die prognostizierten Anfangsausschüttungen von zunächst 4 % und dann 7 % pa hingewiesen, sie aber nicht über besondere Risiken der Anlage aufgeklärt. Die Kläger hätten diese prognostizierten Ausschüttungen für einen erwarteten Ertrag gehalten. Dies hätte sie schließlich auch dazu bewogen, gemeinsam in das Anlageprodukt „HCI Shipping Select 26“ zu investieren.

Sie seien nicht darüber aufgeklärt worden, dass es sich bei Kommanditbeteiligungen um ein höchst ungewöhnliches Anlageprodukt, also um etwas grundsätzlich anderes als etwa die von den Klägern bislang gehaltenen Aktien, Anleihen und Versicherungen handle. Mit geschlossenen Fonds und Kommanditbeteiligungen hätten sie keiner Erfahrung gehabt. Erst als ihr Sohn einen Anwalt wegen ähnlicher Anlageprodukte konsultiert habe, hätte sich herausgestellt, dass es sich bei den Ausschüttungen nur um prognostizierte Entnahmen aus der

Kommanditeinlage, also nur um Rückzahlungen aus der Investition und nicht um einen prognostizierten Ertrag oder Renditen handle und dass eine solche Teilrückzahlung der Kommanditeinlage die Haftung des Kommanditisten gegenüber Gesellschaftsgläubigern wieder aufleben lasse und im Konkursfall eine Rückzahlungsverpflichtung des Anlegers an die Gesellschaft auslösen könne. Die Kläger wären nie bereit gewesen, ein solches Risiko einzugehen, sei für sie doch die Altersvorsorge im Vordergrund gestanden.

Sie seien nicht darüber aufgeklärt worden, dass diese Anlageform nur eingeschränkt oder überhaupt keine sinnvolle Veräußerung erlaube und daher praktisch keine Liquidität der Geldanlage gegeben sei, die Beteiligungen jetzt wertlos seien und auch der angepriesene Steuervorteil nicht vorliege, da die deutsche Tonnagesteuer auch bei Verlusten anfalle.

Hinzu komme, dass das eingezahlte Kapital mit rund 25 % Vertriebskosten, insbesondere Innenprovision an die HCI, belastet sei und die Beklagte auch das verschwiegen habe. Die Kläger hätten eine Kick-back-Zahlung von 7 % zusätzlich zum jeweils offengelegten Agio nicht akzeptiert. Auf Grund der massiven Verletzung ihrer Aufklärungspflichten sei die Beklagte schadenersatzpflichtig.

Verjährung liege nicht vor: Die Kläger hätten weder durch das Ausbleiben der Ausschüttungen noch durch die Insolvenz einer Schiffsgesellschaft Kenntnis von der wahren Natur der Ausschüttungen, den Kick-back-Zahlungen und den hohen Vertriebskosten erlangt.

Die **Beklagte** beantragt die Klagsabweisung: Die Kläger hätten im Erwerbszeitpunkt bereits über längere Erfahrungen und Kenntnisse mit risikoreichen Veranlagungen verfügt. Das Anlageinteresse der Kläger habe sich insbesondere auf Finanzprodukte mit hohen Renditeerwartungen erstreckt. Die Beklagte habe alle erforderlichen Informationspflichten erfüllt und habe die Kläger insbesondere über die Beschaffenheit der Veranlagung als Kommanditbeteiligung als geschlossener Fonds

sowie die damit verbundenen Risiken ordnungsgemäß aufgeklärt. Die Kläger hätten zahlreiche Produkt- und Risikohinweise in schriftlicher Form erhalten, so etwa auch, dass es für Beteiligungen keinen Sekundärmarkt gebe und die Möglichkeit des Totalverlusts bestehe. Die HCI Schiffsbeteiligungen hätten Ende 2008 im Verhältnis zum Depotvermögen der Kläger einen Anteil von 5,8 % ausgemacht und die Vermittlung der Schiffsbeteiligungen sei daher als Beimischungsprodukt anlagegerecht gewesen. Die Weichkosten seien in den Gesellschaftsverträgen genau aufgeschlüsselt und der Höhe nach marktüblich. Bisherige Ausschüttungen könnten von den Gesellschaftsgläubigern und allenfalls vom Insolvenzverwalter hinsichtlich des „HCI Shipping Select 26“ nicht zurückgefordert werden, weil die im (deutschen) Handelsregister eingetragene Haftsumme der Kläger nur 10 % ihrer Pflichteinlage betrage.

Die Beklagte habe für das Vermitteln eine angemessene und marktübliche Provision erhalten. Die Kläger hätten selbst vorgebracht, es sei über Provisionen gesprochen worden. Die Ausschüttungen seien aus Liquiditätsüberschüssen der Gesellschaft geleistet worden. Auch über den Fremdfinanzierungsanteil seien die Kläger informiert worden.

Die Kläger treffe auch das alleinige oder zumindest das überwiegende Mitverschulden, sollten sie die von ihnen unterschriebenen Dokumente nicht gelesen haben, was ihnen als Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten anzulasten wäre.

Im Übrigen seien die Ansprüche verjährt, da die Kläger bereits ab dem Jahr 2009 von der Reduzierung bzw Einstellung der Liquiditätsausschüttungen informiert worden seien. Insbesondere habe dem Kläger mit Bekanntwerden der Insolvenz einer beim „HCI Shipping Select XV“ involvierten Schiffahrtsgesellschaft 2009 bekannt sein müssen, dass bei diesem Veranlagungsmodell ein Teil- und Totalverlustrisiko des investierten Kapitals möglich sei. Die Kläger habe daher eine Nachforschungspflicht getroffen. Der begehrte hypothetische Zinsge-

winn in Höhe von 3 % sei dem Grunde und der Höhe nach unberechtigt und die begehrte Naturalrestitution untunlich.

Mit dem angefochtenen **Urteil** gab das Erstgericht dem gesamten Klagebegehren, hinsichtlich der Zahlungsbegehren eingeschränkt um eine von den Klägern selbst nicht begehrte Zug um Zug-Rückabwicklung, statt. Es stellte den zu Beginn dieser Entscheidung bereits auszugsweise wiederholten, aus den Seiten 7 bis 19 der Urteilsausfertigung ersichtlichen Sachverhalt fest, auf den zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird.

In rechtlicher Hinsicht führte es aus, die Kläger hätten darüber aufgeklärt werden müssen, ob es sich bei den erhaltenen Ausschüttungen um echte Erträge handle, die sie im Insolvenzfall behalten dürfen und die das Totalverlustrisiko mit zunehmender Dauer der Veranlagung mindern, oder ob dies nicht der Fall ist. Die Beklagte habe die Kläger weiters nicht darüber aufgeklärt, dass sie neben dem Ausgabeaufschlag eine weitere Provision aus dem Vertriebsvertrag mit der HCI erhielt und daher eine wesentliche, in § 13 Z 2 und 4 WAG 1997 wurzelnde Aufklärungspflicht verletzt. Bei der Verletzung dieser Pflicht könne Schadenersatz verlangt werden.

Dass die Kläger die Risikohinweise in den Beitrittsurkunden oder den Kapitalmarktprospekt nicht gelesen hätten, begründe kein Mitverschulden. Zwar sei der Kläger im Jahr 2009 unter anderem von der Aussetzung der für dieses Jahr prognostizierten Ausschüttungen beim „HCI Shipping Select 26“ ebenso wie von der angespannten Liquiditätslage der MarCantania Schifffahrtsgesellschaft mbH & Co KG beim „HCI Shipping Select XV“ und deren folgender Insolvenz informiert worden, die Kläger hätten aber erstmals in der zweiten Jahreshälfte 2013 davon Kenntnis erlangt, dass die Beklagte neben dem Agio noch eine Innenprovision erhalten habe und dass die Gefahr bestehe, dass sie die erhaltenen Ausschüttungen würden zurückzahlen müssen. Dies sei den Kläger 2009 noch nicht

bekannt oder erkennbar gewesen, sodass die Ansprüche nicht verjährt seien.

Das Klagebegehren sei (gemeint: die beiden Zahlungsbegehren seien) eingeschränkt um die von den Klägern selbst nicht begehrte Zug um Zug-Rückabwicklung zuzusprechen, weil es nicht der Naturalrestitution entspreche, wenn die Kläger ihre Beteiligungsrechte behalten und gleichzeitig den gesamten eingesetzten Kapitalbetrag zurückerhalten könnten. Die Kläger hätten die Abtretung der Rechte aus den Beteiligungen und aus dem Treuhandvertrag ausdrücklich bereits in ihrer Klage angeboten, was nach deutscher Judikatur genüge, die auf die österreichische Rechtslage übertragbar sei.

Gegen dieses Urteil wendet sich die **Berufung** der Beklagten aus den Berufungsgründen der unrichtigen Tatsachenfeststellung auf Grund unrichtiger Beweiswürdigung und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung des angefochtenen Urteils im Sinn einer gänzlichen Klagsabweisung; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Kläger beantragen, der Berufung keine Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

**I.** Zur unrichtigen Tatsachenfeststellung auf Grund unrichtiger Beweiswürdigung:

**1.** Die Beklagte hält zunächst diese beiden Feststellungen für unrichtig (US 11 und 12):

*„Was eine Kommanditbeteiligung konkret ist, wurde nicht besprochen. [...] Der Kläger wusste nicht[,] was eine Kommanditbeteiligung ist [...].“*

Sie hält stattdessen diese Ersatzfeststellung für durch die Beweisergebnisse gedeckt:

*„Es wurde besprochen, was eine Kommanditbeteiligung konkret ist. Der Kläger wusste, was eine Kommanditbeteiligung ist.“*

Diese Konstatierung kommt schon deswegen nicht in Betracht, weil einerseits unbekämpft feststeht, dass Herbert Futterknecht „über die Haftung der Kläger als Kommanditisten [...]“ nicht mit den Klägern sprach (US 12) und andererseits die Zeugen Futterknecht und Koller nur davon ausgingen, dass der Kläger wisse, was eine KG ist (US 11). Wenn aber über die Haftungssituation eines Kommanditisten nicht gesprochen wurde, so wurden im Umkehrschluss das elementare Wesen einer Kommanditbeteiligung und die Haftungsverfassung einer solchen Gesellschaft überhaupt nicht angesprochen. Dass es sich zudem um eine Beteiligung einer dem deutschen HGB unterstehenden KG handelte (siehe zu diesem Aspekt 10 Ob 28/15p), war offenbar ohnedies nie Thema der Beratung. Die angestrebte Ersatzfeststellung stünde daher mit diesen beiden Konstatierungen in unlösbarem Widerspruch. Abgesehen davon lässt sie sich auch aus den beiden in der Berufung zitierten Aussagen des Zeugen Futterknecht nicht in der von der Berufung postulierten Deutlichkeit herleiten, sprach er doch nur eher allgemein gehalten von unternehmerischen Beteiligungen, er wusste aber nicht mehr, ob er die Kläger über das Wesen einer Kommanditbeteiligung informiert hatte (ON 14, PS 26). Der Verweis auf die Zeichnungsscheine geht wiederum ins Leere, weil weder die Klägerin noch der Kläger diese vor dem Unterfertigen gelesen haben (US 14).

2. Die Beklagte bekämpft auch die folgende vom Erstgericht getroffene Feststellung (US 9):

*„Die Vorgabe der Kläger war[,] im Rahmen ihres Depots eine sichere oder eine möglichst sichere Veranlagung.“*

Anstelle dieser bekämpften Feststellung begehrt die Beklagte nachstehende Ersatzfeststellung:

*„Die Vorgabe der Kläger war[,] im Rahmen ihres Depots eine möglichst hohe Rendite zu erzielen. Dafür waren sie bereit[,] ein unternehmerisches Wagnis einzugehen.“*

Das Erstgericht hat die angefochtene Feststellung mit den überzeugenden und übereinstimmenden Aussagen der beiden

Kläger begründet (US 20 f), die es auch durchgehend als glaubwürdig erachtet hat. Die Beklagte setzt sich mit dieser Argumentation (und den Depositionen der beiden Kläger) nicht auseinander, sondern referiert nur diverse Angaben des Zeugen Futterknecht, die aber weder für sich genommen noch in ihrer Gesamtheit ausreichend indizieren würden, dass die vom Erstgericht getroffene Feststellung zumindest überwiegend unrichtig ist. Für die wirksame Bekämpfung einer Beweiswürdigung genügt es aber nicht aufzuzeigen, dass auch andere Feststellungen möglich gewesen wären, sondern es ist vielmehr darzulegen, dass die angefochtenen Feststellungen unzweifelhaft oder zumindest überwiegend wahrscheinlich unrichtig sind (Kodek in Rechberger, ZPO<sup>4</sup> § 482 Rz 3 mwN; RIS-Justiz RS0043175; RES0000012 ua). Dies gelingt der Beklagten nicht.

3. Ferner wendet sich die Beklagte im Kontext der vorgenommenen Ausschüttungen gegen diese erstgerichtliche Feststellung (US 12):

*„Wenn sie dies gewusst hätten, hätten sie diese mitunternehmerschaftlichen Beteiligungen nicht erworben.“*

Anstelle der bekämpften Feststellung strebt sie die folgende Ersatzfeststellung an:

*„Auch wenn sie gewusst hätten, dass es sich bei den Ausschüttungen um nicht gewinndeckende Ausschüttungen handelte, hätten sie diese mitunternehmerschaftliche Beteiligung trotzdem erworben.“*

Auch diese Feststellung hat das Erstgericht ausgehend von dem von ihm gewonnenen ausgezeichneten Eindruck der beiden Kläger, zusätzlich aber auch mit einem Rückgriff auf die von den Klägern herangezogene allgemeine Lebenserfahrung begründet, nach der sie keinen Sinn in dieser Kapitalanlage gesehen hätten, wenn sie gewusst hätten, dass die Ausschüttungen aus dem von ihnen selbst eingezahlten Kapital getätigt werden (US 22). Gegen diese Würdigung zeigt die Berufung keine stichhaltigen Argumente auf, wobei insbesondere der Rückgriff auf die hypothetische Alternativveranlagung nicht

plausibel ist. Auch das Berufungsgericht ist der Auffassung, dass es nicht dem Wunsch und der Erwartung eines typischen Anlegers entspricht, anstelle einer tatsächlichen Rendite auf das eingesetzte Kapital stattdessen Ausschüttungen aus dem investierten Kapital zu erhalten, die unter Umständen sogar wieder an die Gesellschaft, an der er sich beteiligt hat, rückgeführt werden müssen. Davon abgesehen zeigt die Berufung auch nicht auf, auf Grund welcher Beweisergebnisse und Erwägungen die begehrte Ersatzfeststellung zu treffen gewesen wäre (Kodek in Rechberger, ZPO<sup>4</sup> § 471 Rz 8; RIS-Justiz RW0000137; RS0041835 [insb T2]; RS0043039).

4. Die Beklagte hält auch folgende Feststellung für unrichtig (US 11):

*„Der Zeuge Futterknecht sprach mit den Klägern nicht über ein Totalverlustrisiko.“*

Anstelle der bekämpften Feststellung begehren wir die folgende Ersatzfeststellung:

*„Der Zeuge Futterknecht klärte die Kläger im Zuge des Beratungsgesprächs über das Totalverlustrisiko auf.“*

Auch hier setzt sich die Beklagte mit den ausführlichen und für das Berufungsgericht gut nachvollziehbaren Erwägungen des Erstgerichts im Rahmen der Beweismwürdigung (US 21 f) nicht hinreichend auseinander, obwohl darin sehr detailliert erläutert wird, warum die Aussage des Zeugen Futterknecht, wonach er die Kläger über das Risiko eines Totalverlusts aufgeklärt haben will, einerseits im Widerspruch zu den Aussagen der vom Erstgericht durchgängig für glaubwürdig erachteten Kläger steht und andererseits der Zeuge selbst gerade in diesem Aspekt nicht glaubwürdig war. Herbert Futterknecht hat unter anderem auch nur ausweichend auf die Risikohinweise verwiesen, aber nicht deponiert, er hätte über ein Totalverlustrisiko aufgeklärt (ON 14, PS 22). Dieser auch in der Berufung enthaltene Verweis auf die Textierung der Anlegerprofile geht fehl, weil feststeht, dass die Kläger diese vor der Unterzeichnung nicht gelesen haben (US 14).

Davon abgesehen gehört es zum Wesen der freien Beweiswürdigung, dass sich das Erstgericht, das die Beweise unmittelbar aufgenommen hat, für eine von mehreren einander widersprechenden Behauptungen auf Grund seiner Überzeugung, dass diese mehr Glaubwürdigkeit beanspruchen kann, entscheidet. Das Erstgericht hat die Erwägungen für seine Überzeugung offen zu legen und nachvollziehbar zu begründen. Daher genügt es auch nicht, die Beweiswürdigung pauschal als unrichtig zu bezeichnen oder einzelnen Feststellungen nur Gegenbehauptungen entgegensetzen (RIS-Justiz RS0041830).

5. Die Beklagte wendet sich auch gegen die folgende Feststellung (US 13):

*„Den Klägern wurde kein Kapitalmarktprospekt übergeben. Sie wurden auch vom Zeugen Futterknecht mündlich nicht darauf hingewiesen, wo sie einen bekommen könnten.“*

Stattdessen strebt sie diese Ersatzfeststellung an:

*„Es konnte nicht festgestellt werden, ob den Klägern ein Kapitalmarktprospekt übergeben wurde. [Der] Zeuge Futterknecht informierte die Kläger, wo sie einen KMG Prospekt kostenlos bekommen könnten.“*

Hier übersieht die Beklagte, dass die - vom Erstgericht durchgehend als glaubwürdig erachtete - Klägerin sowohl verneint hat, einen „so dicken Prospekt“ erhalten zu haben, als auch, dass ihr und dem Kläger ein solcher Prospekt angeboten worden wäre. Außerdem war sie auch der Auffassung, dass der Kläger keinen Kapitalmarktprospekt (erkennbar: aus dem Internet) heruntergeladen habe (ON 14, PS 16). Dies steht im Einklang mit der Aussage des Klägers, der über Vorhalt von Beilage ./H auch annahm, keinen solchen Prospekt erhalten zu haben oder darauf hingewiesen worden zu sein, dass er diesen herunterladen könne (ON 14, PS 6). Selbst der Zeuge Futterknecht, auf dessen Aussage sich die Berufungswerberin vor allem bezieht, konnte die Frage des Erstgerichts nicht ausdrücklich beantworten, ob er den Klägern den Kapitalmarktprospekt übergeben hatte oder nicht. Immerhin gestand er aber

sogar ein, dass er selbst derartige Prospekte nicht gelesen, sondern nur Schulungen der HCI in Anspruch genommen hatte (beides ON 14, PS 22). Zudem steht fest, dass die Kläger zum Zeitpunkt der Unterzeichnung von einer umfassenden Aufklärung durch Herbert Futterknecht ausgingen (US 14).

6. Die Beklagte erachtet weiters die folgende erstgerichtliche Feststellung als nicht durch das Beweisverfahren gedeckt (US 12):

*„Über die Fremdfinanzierung der gegenständlichen Anlagen, sowie über die Auswirkungen einer hohen Fremdfinanzierung auf das Risiko wurde nicht gesprochen [...].“*

Anstelle dessen strebt sie folgende Ersatzfeststellung an:

*„Über die Fremdfinanzierung der gegenständlichen Anlagen wurde gesprochen.“*

Auch wenn es zutrifft, dass der Zeuge Futterknecht ausgesagt hat, dass über diese Frage gesprochen wurde (ON 14, PS 22), so ist die Kritik an der Beweiswürdigung des Erstgerichts nicht nachvollziehbar begründet, denn dieses hat sich unter anderem genau mit dieser Aussage im Rahmen seiner Beweiswürdigung befasst und sie aus für das Berufungsgericht gut nachvollziehbaren Gründen, insbesondere der vom Zeugen selbst zugestandenen schwachen Erinnerung über die genannten Prozentsätze, für nicht glaubwürdig erachtet (US 23). Darüber hinaus setzt sich die Beklagte aber auch nicht mit den Angaben der beiden Kläger auseinander, dass diese Frage überhaupt nicht Thema der Beratung war (ON 14, PS 9 f und 28 f). Auch hier hat das Erstgericht daher die Beweisergebnisse schlüssig gewürdigt und der Berufungsvortrag zeigt nicht überzeugend auf, warum diese Erwägungen überwiegend unrichtig sein sollen (Kodek in Rechberger, ZPO<sup>4</sup> § 482 Rz 3).

7. Die Berufungswerberin bekämpft auch folgende Feststellung als Ergebnis einer unrichtigen Beweiswürdigung (US 13):

*„Die Zeichnungsunterlagen (Anlegerprofil und Beitrittserklärungen) wurden vom Zeugen Futterknecht für den Kläger/die Klägerin jeweils vorausgefüllt und dann vom Kläger/den Klägern unterfertigt.“*

Stattdessen strebt die Beklagte die folgende Ersatzfeststellung an:

*„Der Zeuge Futterknecht füllte auf Grundlage der mündlichen Angaben der beiden Kläger die Zeichnungsunterlagen (Anlegerprofil und Beitrittserklärungen) aus, welche dann von den Klägern unterfertigt wurden.“*

Eine Auseinandersetzung mit dieser Kritik kann auf sich beruhen, weil der vom Erstgericht festgestellte Sachverhalt und der davon abweichende, von der Beweisrüge angestrebte Sachverhalt zum gleichen rechtlichen Ergebnis führen müsste (RIS-Justiz RS0042386), zumal die Kläger im Vertrauen auf die Richtigkeit der Beratung durch Herbert Futterknecht die Anlageprofile und Zeichnungsscheine ungelesen unterfertigten (US 14 und US 23 f).

8. Die Beklagte bekämpft im Kontext der von der Beklagten lukrierten Innenprovision auch folgende Feststellung (US 12):

*„Wenn sie dies gewusst hätten, hätten sie die gegenständlichen Beteiligungen nicht erworben.“*

Stattdessen hält die Berufungswerberin diese Ersatzfeststellung für richtig:

*„Auch bei Kenntnis der Innenprovision hätten die Kläger die gegenständlichen Beteiligungen erworben.“*

Der Berufungsvortrag setzt sich nicht mit den insoweit relevanten und unmissverständlichen Passagen der Aussagen der beiden Kläger auseinander, wonach sie an der Höhe der Provision sehr wohl interessiert gewesen seien, weil eine Innenprovision auf die Kaufkosten durchschlage und sie daher bei

Kenntnis der von der Beklagten lukrierten Provision dezidiert nicht investiert hätten (ON 14, PS 4 und 17). Vor diesem Hintergrund gelingt es der Beklagten nicht plausibel zu begründen, infolge welcher unrichtigen Beweiswürdigung die bekämpfte Feststellung getroffen wurde und auf Grund welcher Beweisergebnisse und Erwägungen die begehrte Ersatzfeststellung zu treffen gewesen wäre (Kodek in Rechberger, ZPO<sup>4</sup> § 471 Rz 8; RIS-Justiz RW0000137; RS0041835 [insb T2]; RS0043039). Abgesehen davon zeigen die Kläger in der Berufungsbeantwortung gut nachvollziehbar auf, dass ein wirtschaftlich denkender Anleger an der Höhe etwaiger Provisionen schon deshalb interessiert sein muss, weil sie die Höhe seiner Investition und damit im Ergebnis auch die realistisch erzielbare Rendite reduzieren.

9. Zuletzt wendet sich die Beklagte noch gegen diese Konstatierung zur Alternativveranlagung (US 19):

*„Wenn die Kläger die klagsgegenständlichen mitunternehmerchaftlichen Beteiligungen nicht erworben hätten, hätten sie das Geld wahrscheinlich in eine Vorsorgewohnung oder in Wohnbauanleihen investiert, wobei es als wahrscheinlich erscheint, dass sie damit zumindest keine Verluste erlitten hätten.“*

Anstelle dieser Feststellung begehrt die Beklagte folgende Ersatzfeststellung:

*„Wenn die Kläger die klagsgegenständlichen mitunternehme[r]schaftlichen Beteiligungen nicht erworben hätten, hätten sie das Geld in ein Anlageprodukt investiert mit ähnlich hoher Ertragsaussicht und ähnlich hoher Risikostruktur wie bei geschlossenen Fonds.“*

Ausgehend von der zwar bekämpften, aber vom Berufungsgericht übernommenen Feststellung (vgl oben Punkt I.2.), wonach die Kläger eine sichere oder möglichst sichere Veranlagung wollten, ist es ohne Weiteres plausibel, dass sie das eingesetzte Kapital sonst in eine Immobilie oder in Wohnbauanleihen investiert hätten, zumal insbesondere die Klägerin in

derartige Anleihen vertraut und sie eine Vorsorgewohnung auf Grund steuerlicher Begünstigungen für lukrativ erachtet (siehe auch ON 14, PS 7 und 17). Der Beklagten gelingt es auch hier nicht, Zweifel an der ausführlichen und in sich konsistenten Beweiswürdigung des Erstgerichts aufzuzeigen. Allein der für sich zutreffende Umstand, dass die Kläger bereits zuvor in Wertpapierdepots investiert hatten, greift zu kurz, zumal sie auch sehr konservative Veranlagungsformen wie ein Sparbuch, Bausparverträge und Versicherungen in ihrem Portfolio hielten und der Erstkläger bereits Eigentümer von zwei Immobilien war (US 8). Außerdem hat bereits das Erstgericht zur Frage des Beweismaßes zutreffend darauf hingewiesen, dass für die Frage der Alternativveranlagung, der naturgemäß ein hypothetischer Kausalverlauf zugrunde zu legen ist, nicht die überwiegende Wahrscheinlichkeit als das Regelbeweismaß der ZPO gilt, sondern dass Plausibilität genügt (4 Ob 67/12z; 7 Ob 221/13w; RIS-Justiz RS0022900).

**10.** Das Berufungsgericht übernimmt daher den vom Erstgericht festgestellten Sachverhalt und legt ihn gemäß § 498 Abs 1 ZPO seiner Entscheidung zugrunde.

**II.** Zur unrichtigen rechtlichen Beurteilung:

**1.1.** Nach ständiger Rechtsprechung ist ein Schaden aus einer fehlerhaften Anlageberatung bereits durch den Erwerb des in Wahrheit nicht gewollten Finanzprodukts eingetreten: Der Anleger ist so zu stellen, wie er stünde, wenn er richtig aufgeklärt worden wäre und in diesem Fall das nicht gewollte Finanzprodukt nicht erworben hätte. Der reale Schaden besteht somit grundsätzlich im Erwerb der „falschen“ anstelle der richtigen Anlage (vgl 8 Ob 66/14k). Ein wesentlicher Geschäftsirrtum kann auch einen Schadenersatzanspruch begründen (zuletzt 4 Ob 155/14v). Ein Primärschaden in Gestalt eines sogenannten realen Schadens liegt bereits darin, dass sich das Vermögen des Anlegers wegen einer Fehlinformation des Schädigers anders zusammensetzt, als es bei pflichtgemäßem Verhalten des Beraters der Fall wäre. Ein

Schaden aus einer fehlerhaften Anlageberatung ist also schon durch den Erwerb des in Wahrheit nicht gewollten Finanzprodukts eingetreten (6 Ob 145/08d mwN; RIS-Justiz RS0022537).

**1.2.** In einem solchen Fall hat der Anleger einen - vereinfacht als „Naturalrestitution“ bezeichneten - Anspruch auf Ersatz des Kaufpreises abzüglich erhaltener Zinsen und Dividenden Zug um Zug gegen einen Bereicherungsausgleich durch Übertragung des noch vorhandenen Finanzprodukts an den Schädiger (8 Ob 39/12m mwN; RIS-Justiz RS0120784).

**1.3.** 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. Sie hat aber auch in einer für den Kunden verständlichen Form zu erfolgen, wobei auf seine persönlichen Kenntnisse und Erfahrungen Rücksicht zu nehmen und bei der Verwendung von Fachausdrücken Vorsicht geboten ist (RIS-Justiz RS0123046). Hat daher der Berater dem Anleger entgegen dieser Verpflichtung nicht alle für die Anlageentscheidung maßgeblichen Informationen erteilt, so war der Anleger - unabhängig von seiner Risikobereitschaft - auf Grund der ihm vorenthaltenen Informationen nicht in der Lage, das drohende Risiko ausreichend informiert einzuschätzen, also die Auswirkungen seiner Anlageentscheidung zu erkennen (RIS-Justiz RS0108074; jüngst im Kontext sog Schiffsbeteiligungen 6 Ob 28/15h; 10 Ob 28/15p). Auch im konkreten Fall ist der Schaden dadurch entstanden, dass die Kläger drei entgegen ihren Wünschen geartete Veranlagungen tätigten: Die erworbenen Beteiligungen sind nicht nur - wie regelmäßig in den „Anlegerfällen“ - risikoreich statt risikolos; vielmehr sind sie auch solche, die nicht regelmäßige Erträge aus erzielten Gewinnen abwarfen, sondern rückforderbare Rückzahlungen der Kommanditeinlage ausschütteten. Über solche Umstände wäre aufzuklären gewesen.

**2.1.** Vom **Eintritt** dieses Schadens ist für die Frage der Verjährung die **Kenntnis** des Geschädigten vom Schaden zu unterscheiden. Die dreijährige Verjährungsfrist des § 1489 erster Satz ABGB beginnt mit dem Zeitpunkt zu laufen, in welchem dem Geschädigten sowohl der Schaden und die Person des Schädigers als auch die Schadensursache bekannt geworden ist (RIS-Justiz RS0034951; RS0034374), wenn also die Kenntnis des Geschädigten über den Schadenseintritt, die Person des Schädigers und den Ursachenzusammenhang zwischen dem Schaden und dem schaden-stiftenden Verhalten einen solchen Grad erreicht, dass mit Aussicht auf Erfolg geklagt werden kann (RIS-Justiz RS0034366; RS0034524 ua). Dem Geschädigten müssen dabei alle für das Entstehen des Anspruchs maßgebenden Tatumstände objektiv bekannt sein (RIS-Justiz RS0034547). Im Fall der Verschuldenshaftung muss der Geschädigte auch Klarheit über das Verschulden des Schädigers haben.

**2.2.** Der Geschädigte darf sich jedoch nicht einfach passiv verhalten und es darauf ankommen lassen, dass er von der Person des Ersatzpflichtigen eines Tages zufällig Kenntnis erhält (RIS-Justiz RS0065360). In gewissem Umfang wird eine Erkundigungsobliegenheit des Geschädigten angenommen (RIS-Justiz RS0034686 [T12]), wenn er die für die erfolgsversprechende Anspruchsverfolgung notwendigen Voraussetzungen ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung bringen kann (RIS-Justiz RS0034524 [T21]; RS0034366 [T20]), wobei diese Obliegenheit nicht überspannt werden darf (RIS-Justiz RS0034327). Nur insoweit darf sich der Geschädigte nicht einfach passiv verhalten (RIS-Justiz RS0065360). Die bloße Möglichkeit der Kenntnis genügt grundsätzlich ebenso wenig wie die bloße Möglichkeit der Ermittlung einschlägiger Tatsachen. Das Kennen-Müssen reicht daher grundsätzlich nicht aus (RIS-Justiz RS0034366 [T3, T6]).

**2.3.** Maßgebend ist nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs die Kenntnis des Primärschadens (RIS-Justiz RS0097976), der bei mangelhafter Anlageberatung in der

Wahl einer (so) nicht gewollten Veranlagung liegt (RIS-Justiz RS0022537 [T12, T22, T23 und T24]; 4 Ob 102/13y; 8 Ob 66/14k). Damit ist ein nach dem Erkennen der Risikoträchtigkeit eintretender weiterer Schaden an sich als bloßer Folgeschaden zu qualifizieren, dessen Verjährung gleichfalls mit der Kenntnis vom Eintritt des Primärschadens zu laufen beginnt (speziell 6 Ob 103/08b [zust *Madl*, ÖBA 2013, 282]; 7 Ob 18/13t; 10 Ob 18/13i; RIS-Justiz RS0034374 [T34: Medienberichte]; allg RIS-Justiz RS0097976). Der drohenden Verjährung seines Anspruchs auf Ersatz der künftigen, aber schon vorhersehbaren Schäden hat der Geschädigte daher dann, wenn ihm schon ein Primärschaden entstanden ist, mit einer Feststellungsklage innerhalb der Verjährungsfrist zu begegnen (RIS-Justiz RS0034618 [T3, T4, T5]).

**2.4.** Den geschädigten Anleger trifft nach der Entscheidung 8 Ob 135/10a eine „Erkundigungspflicht“, wenn er die für die erfolgsversprechende Anspruchsverfolgung notwendigen Voraussetzungen ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung bringen kann. Ist dies der Fall, gilt die Kenntnisnahme schon als in dem Zeitpunkt erlangt, in dem sie ihm bei angemessener Erkundigung zuteil geworden wäre (RIS-Justiz RS0034327).

**3.1.** In der von den Klägern in ihrer Berufungsbeantwortung zitierten Entscheidung **3 Ob 112/15i** hat der Oberste Gerichtshof – ebenfalls im Zusammenhang mit einer „Schiffsbeteiligung“ – zur Frage der verjährungsrechtlichen Reichweite verschiedener, für sich selbstständiger Beratungs- und/oder Aufklärungsfehler differenzierend zur Frage der Verjährung von Primär- und Sekundärschaden bei fehlerhafter Anlageberatung folgendermaßen Stellung genommen (s zuvor bereits 4 Ob 102/13y):

«[...] 2.2. Die Verjährung bezieht sich auf den jeweils geltend gemachten Anspruch, der – wie der Streitgegenstand (RIS-Justiz RS0039255) – durch die zu seiner Begründung vorgebrachten Tatsachen konkretisiert wird. Stützt der Kläger sein Begehren alternativ auf verschiedene Sachverhaltsvarianten, liegen in Wahrheit zwei Ansprüche vor, die auch verjährungsrechtlich getrennt zu beurteilen sind ([...]). Ausgehend davon hat der Oberste Gerichtshof in der – einen Arzthaftungsanspruch betreffenden – Entscheidung 4 Ob 144/11x (= RIS-Justiz RS0050355 [T7]) bereits dargelegt, dass dann, wenn der Kläger

sein Begehren alternativ auf verschiedene Sachverhaltsvarianten stützt, in Wahrheit zwei Ansprüche vorliegen, die auch verjährungsrechtlich getrennt zu beurteilen sind.

2.3. Nichts anderes kann im hier zu beurteilenden Fall gelten, in dem der Kläger sein auf Naturalrestitution gerichtetes Leistungsbegehren – ebenfalls alternativ – auf mehrere Beratungsfehler des Beklagten (insbesondere „Kapitalverlustrisiko“ und „Ausschüttungsschwindel“) gestützt hat ([...]).

In diesem Sinn hat auch der deutsche Bundesgerichtshof ausgesprochen, dass im Fall eines Schadenersatzanspruchs, der sich auf mehrere Beratungsfehler stützen lässt, die jeweils eigene Schadensfolgen zeitigten, die kenntnisabhängige Verjährungsfrist für jeden Beratungsfehler gesondert zu laufen beginnt (V ZR 25/07 und III ZR 169/08).

2.4. Die Verjährung des auf einen dieser Beratungsfehler („Kapitalverlustrisiko“) gestützten Ersatzanspruchs führt also entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht dazu, dass bei Bejahung eines anderen, für sich genommen noch nicht verjährten Beratungsfehlers („Ausschüttungsschwindel“) die Stattgebung des Leistungsbegehrens ausgeschlossen wäre.

3. Die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, der Kläger wäre angesichts der ihm zugegangenen Schreiben, in denen von „Restrukturierungsbedarf“ und Insolvenzgefahr die Rede ist, gehalten gewesen, sich durch Lektüre des seinerzeit erhaltenen Verkaufsprospekts und des von ihm unterfertigten Zeichnungsscheins Klarheit über das Wesen der Veranlagung zu verschaffen, wodurch er bereits länger als drei Jahre vor Einbringung der Klage erkennen hätte können, dass seine Veranlagung nicht „sicher“, sondern mit der Gefahr eines Kapitalverlusts verbunden ist, ist nicht zu beanstanden.»

**3.2.** Hingegen hat der Oberste Gerichtshof wiederum im Zusammenhang mit einer „Schiffsbeteiligung“ jüngst in der Entscheidung **6 Ob 90/15a** an der bisherigen, eher restriktiven Rechtsprechung festgehalten:

«[...] Für den Beginn der Verjährungsfrist ist entscheidend, zu welchem Zeitpunkt der Anleger erkannte, dass – entgegen der Zusage – die gewählte Anlageform nicht risikolos war. Ein nach Erkennen der Risikoträchtigkeit der gewählten Anlageform eingetretener weiterer Schaden ist als bloßer Folgeschaden zu qualifizieren, dessen Verjährung gleichfalls mit der Kenntnis vom Eintritt des Erstschadens beginnt. Die Verjährungsfrist wird mit der positiven Kenntnis der Rechtsgutverletzung auch dann in Lauf gesetzt, wenn der geschädigte Anleger die Höhe seines Schadens noch nicht beziffern kann, ihm also noch nicht alle Schadensfolgen bekannt sind beziehungsweise diese auch noch nicht zur Gänze eingetreten sind. Der drohenden Verjährung muss der geschädigte Anleger mit Feststellungsklage begegnen (stRsp, statt vieler 10 Ob 18/13i).

Wünschte der Anleger eine risikolose Veranlagung, so tritt der relevante Moment ein, wenn sich herausstellt, dass die erworbenen Papiere tatsächlich risikobehaftet sind, also die gewünschte Eigenschaft nicht erfüllt ist. Dieser Zeitpunkt ist unabhängig davon, ob nach einer Zukunftsprognose aus damaliger Sicht auf eine positivere Kursentwicklung zu hoffen war oder nicht, als maßgebender Termin für den Schadenseintritt anzusehen. Erhält der Anleger Kenntnis von Kursverlusten, so muss ihm zugleich auch klar sein, dass er sein Geld anstatt für ein von ihm gewünschtes risikoloses Wertpapier für ein Kurschwankungen unterworfenen Wertpapier ausgegeben hatte (7 Ob 18/13t).

In dem der Entscheidung 7 Ob 18/13t zugrunde liegenden Fall wurde der Anlegerin später mitgeteilt, dass mit einer Nettorendite von (bloß) 5 bis 5,5 % zu rechnen sei, welche deutlich unter der Rendite

von 6,5 % lag, die sich aus den der Anlegerin vor der Veranlagung übermittelten Beispielrechnungen ergeben hatte. Der Oberste Gerichtshof wies darauf hin, dass der Anlegerin jedenfalls durch diese spätere Mitteilung klar sein habe müssen, dass die zugesagten Eigenschaften des Anlageprodukts nicht zutreffen; er setzte den Beginn der Verjährungsfrist mit dieser Mitteilung fest.

2. Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung haben die Vorinstanzen im vorliegenden Verfahren in durchaus vertretbarer Weise die Verjährung der Ansprüche des Klägers angenommen. Dem Kläger musste spätestens Ende Juni 2009 klar sein, dass die von ihm erworbene Beteiligung die ihm dargelegten und von ihm als fix angesehenen Ausschüttungen nicht erbringen konnte ([...]). [...]»

4. Für die Frage der Verjährung der an sich zu bejahenden Haftung der Beklagten sind von diesen Erwägungen ausgehend im Wesentlichen folgende drei Tatsachenkomplexe relevant und daher auf das Wesentliche zusammengefasst herauszustreichen:

4.1. Zunächst erfuhren die Kläger durch das Schreiben vom 30.6.2009 von der drohenden Insolvenz der „HCI Shipping Select XV“. Mit weiterem Schreiben vom 3.9.2009 erlangten sie Kenntnis von der Aussetzung der Ausschüttungen für das Jahr 2009 in Bezug auf die „HCI Shipping Select 26“. Schließlich wurden sie mit Schreiben vom 19.1.2010 unter anderem darüber informiert, dass auch bei der „HCI Shipping Select XVII“ die angekündigte Ausschüttung nicht geleistet werden könne (US 17 f).

4.2. Wären die Kläger vor den Investitionsentscheidungen informiert worden, dass die Ausschüttungen nicht durch Gewinn gedeckt sind und daher die Gefahr besteht, dass sie unter gewissen Umständen die erhaltenen Ausschüttungen teilweise wieder zurückzahlen müssen, so hätten sie die Beteiligungen nicht erworben (US 11 f).

4.3. Die Kläger hätten aber auch nicht investiert, wenn sie darüber aufgeklärt worden wären, dass die Beklagte mit der HCI eine Vertriebsvereinbarung abgeschlossen hatte, nach der sie einmalig eine Innenprovision in Höhe von 7 % zuzüglich des Agios erhielt.

4.4. Der Kläger erfuhr erstmals in der zweiten Hälfte des Jahres 2013 vom Bezug von Innenprovisionen durch die Beklagte sowie auch davon, dass die erfolgten Ausschüttungen

allenfalls nicht durch Bilanzgewinne gedeckt sind und die Gefahr besteht, dass erhaltene Ausschüttungen teilweise zurückgezahlt werden müssen (US 18 f).

**5.1.** Im Zusammenhang mit dem Verschweigen der Innenprovision argumentiert die Beklagte, sie wäre nicht verpflichtet gewesen, diese offenzulegen, weil ein Interessenkonflikt nicht vorgelegen habe.

**5.2.** Darauf, ob die Beklagte bei der Vermittlung anderer Investmentfonds eine höhere Provision erhalten hätte, kommt es nicht an, weil die konkrete Höhe und ihr Verschweigen den Aufklärungsmangel und damit ein relevantes Informationsdefizit bei der Anlageentscheidung bewirken, sodass insoweit auch kein rechtlicher Feststellungsmangel gegeben ist. Mit der Behauptung, Herbert Futterknecht und Mag. Koller sei die Provisionshöhe nicht bekannt gewesen, verstößt die Beklagte gegen das Neuerungsverbot des § 482 Abs 2 ZPO. Dieser Umstand wäre aber auch nicht weiter relevant, würde er doch nichts an der die Beklagte dennoch treffenden Verpflichtung ändern, die Kläger richtig und vollständig aufzuklären.

**5.3.** Auch wenn es zutreffend ist, dass § 39 WAG 2007 auf die Beratung durch die Beklagte noch nicht anwendbar war, so zeigen die Kläger dennoch richtig auf, dass diese Bestimmung nur das festschrieb, was schon zuvor als Sorgfalts- und Aufklärungspflichten von Banken aus dem allgemeinen Zivilrecht hergeleitet worden war: Diese Pflichten waren auf Haftung aus *culpa in contrahendo*, auf positive Forderungsverletzung und auf aus dem Beratungsvertrag abgeleitete Aufklärungs- und Beratungspflichten gestützt worden (9 Ob 230/02t; 2 Ob 236/04a; 5 Ob 106/05g; 6 Ob 110/07f; RIS-Justiz RS0119752; RS0026135; RS0027769). Die Verpflichtung, sich um die Vermeidung von Interessenkonflikten zu bemühen, umfasst 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). Deswegen kommt es der Beklagten nicht zugute, dass die Kläger selbst bereits in der Klage behauptet haben (ON 1, S 4), es wäre über die Höhe des Agios als Provision gesprochen worden, was daher unstrittig ist (§§ 266 f ZPO; vgl RIS-Justiz RS0039927 [T6]; RS0039965; RS0040092) und daher keinen rechtlichen Feststellungsmangel begründet.

**5.4.** Mit der Behauptung, die Verletzung der Verpflichtung zur Aufklärung über die Innenprovision sei nicht kausal gewesen, entfernt sich die Beklagte von den eindeutig gegen teiligen Feststellungen (vgl US 12).

**5.5.** Ob in den (richtig:) Kapitalmarktprospekten (vgl die in der Berufung zitierte Beilage ./18) die Emissionskosten ziffernmäßig angeführt sind, ist an sich für die abschließende rechtliche Beurteilung irrelevant und begründet keinen sekundären Feststellungsmangel, weil sich daraus ohne dies die Höhe der von der Beklagten lukrierten Innenprovision nicht ausreichend transparent ergibt (Beilage ./18, S 23, „Emissionskosten“). Außerdem haben die Kläger weder einen solchen Kapitalmarktprospekt erhalten noch wurden sie darüber belehrt, wo sie einen solchen erhalten können (US 12 f).

**6.** Die Beklagte vertritt die Ansicht, sie habe darüber, dass die Ausschüttungen nicht gewinngedeckt sind und die Gefahr besteht, dass diese teilweise wieder zurückgezahlt werden müssen, nicht aufklären müssen, weil es ein unwahrscheinliches Szenario sei, dass die Ausschüttungen von den Gesellschaftsgläubigern rückgefordert würden. Mit dieser Argumentation entkräftet die Berufung aber nicht das vom Erstgericht (unter Verweis auf RIS-Justiz RS0123046 [T2] = 7 Ob 106/10d) zutreffend gewählte Argument, dass die Kläger in eine Renditeerwartung investiert haben und ihnen nicht klar gemacht wurde, dass die Ausschüttungen - zumindest teilweise - aus dem investierten Kapital erfolgen und sie daher

gerade keine Erträge aus der investierten Summe sind, und dass die Kläger aus beiden Gründen bei Kenntnis die Beteiligungen überhaupt nicht erworben hätten (US 11 f). 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 gilt (s dazu allgemein 10 Ob 28/15p; ausdrücklich BGH III ZR 203/09; III ZR 82/14). Zu bedenken ist dabei vor allem auch, dass Herbert Futterknecht den Klägern, die nicht wussten, was eine Kommanditbeteiligung ist, das Wesen einer Kommanditgesellschaft nicht konkret erklärte (US 11 f).

7. Im Ergebnis kommt es also auf die Mitursächlichkeit von „Ausschüttungsschwindel“ und Verschweigen der Innenprovision für den Primärschaden an, die hier gegeben ist (vgl 4 Ob 102/13y). Die erworbene, aber unerwünschte Anlage ist nämlich auch dann kein Sekundär- oder Folgeschaden, wenn es mehrere Ursachen gibt, die jede für sich genommen dazu geführt haben, dass der Anleger eine Anlage erworben hat, die er bei richtiger und/oder vollständiger Beratung bei jedem Fehler des Beraters für sich isoliert betrachtet gar nicht angeschafft hätte. Anders als die Kläger meinen ist daher

nicht jede fehlende Eigenschaft ein für sich zu betrachtender eigener Schaden, sondern jeder relevante Mangel wäre auch für sich allein für den Gesamtschaden, nämlich den Erwerb so nicht gewünschter Beteiligungen, ursächlich gewesen. Es liegt daher ein Fall kumulativer, das heißt konkurrierender Kausalität vor (zum Beispiel RIS-Justiz RS0092078; RS0092036; RS0022729; *Koziol*, *Haftpflichtrecht* I<sup>3</sup> Rz 3/51), der dazu führt, dass der Beginn des Laufs der Verjährungsfrist gesondert für jeden Fehler - und damit gerade nicht einheitlich - zu prüfen ist (4 Ob 144/11x [Arzthaftung]). Dies ist Folge der nicht einheitlich, sondern getrennt vorzunehmenden Prüfung der Verjährungsfrage bei Vorliegen mehrerer Aufklärungs- und/oder Beratungsfehler (vgl. jüngst *G. Kodek* in *Leupold*, *Forum Verbraucherrecht* 2015 [2015], 83 f mwN [Einheitstheorie versus Trennungsthese]).

**8.1.** Das Berufungsgericht schließt sich ungeachtet der kritischen Untersuchung *Grafs* (ÖBA 2015, 624), auf die sich auch die Beklagte ausdrücklich stützt, der überzeugend begründeten Entscheidung 3 Ob 112/15i des Obersten Gerichtshofs an, zumal die Behauptung dreier unterschiedlicher Fehler aus Anlass ein- und derselben Anlageberatung nicht anders zu sehen ist als die zweier verschiedener Behandlungsfehler anlässlich einer Operation, die jeweils für sich allein den geltend gemachten Schaden verursacht hätten (4 Ob 144/11x = RIS-Justiz RS0050355 [T7]). Es bestehen daher gleich drei separate Beratungs- und/oder Aufklärungsfehler, von denen jeder für sich für die Investitionsfehlentscheidung der Kläger kausal war, sodass auch die daraus resultierenden Schäden verjährungsrechtlich getrennt zu beurteilen sind (so bereits 4 Ob 102/13y). Neben dem in 3 Ob 112/15i so bezeichneten „Kapitalverlustrisiko“ und dem „Ausschüttungsschwindel“ liegt hier auch noch ein Verschweigen der Innenprovision vor.

**8.2.** Das Berufungsgericht ist davon ausgehend weiters - wie die Beklagte - der Auffassung, dass wegen der zitierten Schreiben, in denen angesichts der dem Kläger (und damit auch

der Klägerin) zugegangenen Schreiben, in denen in Bezug auf die erworbenen Beteiligungen von Insolvenzgefahr, der „Aussetzung von Ausschüttungen“ und angespannter wirtschaftlicher Lage die Rede ist, der auf den Beratungsfehler „Kapitalverlustrisiko“ gestützte Ersatzanspruch verjährt ist.

**8.3.** Hingegen sind die auf die beiden weiteren Fehler „Ausschüttungsschwindel“ und „Innenprovision“ basierenden Schadenersatzansprüche noch nicht verjährt, weil die Kläger davon erst weniger als drei Jahre vor Klagseinbringung Kenntnis erlangten, sodass die Stattgebung des Leistungs- und des Feststellungsbegehrens gerechtfertigt ist, weil für unvorhersehbare neue Wirkungen eines Schadensfalls die Verjährungsfrist selbst bei einem Primärschaden neu zu laufen beginnt, sobald mit künftigen Schäden mit Wahrscheinlichkeit zu rechnen ist (2 Ob 6/06f mwN; RIS-Justiz RS0034527). Unvorhersehbar sind Schäden insbesondere dann, wenn sie sich von den früheren schon durch ihre Beschaffenheit und namentlich dadurch unterscheiden, dass sie auf bis dahin nicht wahrgenommene Zwischenursachen zurückzuführen sind (RIS-Justiz RS0034527 [T2]). Die Kläger konnten aus den ihnen zugegangenen Schreiben nur den Schluss ziehen, dass die erworbenen Beteiligungen einem Kapitalverlustrisiko unterworfen sind, nicht aber auch, dass in zwei weiteren, von ihnen als erheblich angesehenen Punkten die Beratung unrichtig und/oder unvollständig und damit ebenfalls jeweils schadensursächlich war (vgl zu Fremdwährungskrediten 3 Ob 66/15z). Es lag für sie aber auch nicht nahe, dass das von der Beklagten empfohlene Gesamtkonzept untauglich ist (dazu s 7 Ob 18/13t und 7 Ob 56/15h), was daher als Abgrenzung des Primär- vom Folgeschaden nicht nur rechnerische Auswirkungen haben konnte (instruktiv *Brandstätter*, *ecolex* 2015, 450 mwH). Die Schreiben bewirkten daher nicht die Kenntnis vom gesamten (RIS-Justiz RS0034547) nach dem Klagsvorbringen anspruchsbegründenden Sachverhalt (4 Ob 102/13y).

**8.4.** Ausgehend von den bereits oben aufgezeigten Nachforschungspflichten, die den Geschädigten treffen, kann somit nicht die Schlussfolgerung gezogen werden, dass die Kläger - vorhersehend und damit ohne nennenswerte Mühe (RIS-Justiz RS0034366 [T26]; *M. Bydlinski* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1489 Rz 3) - nur auf Grund des Bewusstwerdens des Kapitalverlustrisikos ohne irgendwelche Indizien für weitere Beratungsfehler von sich aus Erkundigungen hätten einholen müssen, ob es noch zusätzliche von der Beklagten schadenersatzrechtlich zu vertretende Ursachen für ihre Wahl einer so nicht gewollten Veranlagung geben könnte (aA *Graf*, ÖBA 2015, 630): Die gleiche Beschaffenheit und die selbe Ursache eines Schadens können nur Anhaltspunkte für seine Vorhersehbarkeit geben, diese Umstände sind aber nicht allein maßgeblich (1 Ob 82/00s = RIS-Justiz RS0034527 [T11]). Dies gilt auch in Fällen, in denen sowohl Primärschaden als auch der zu beurteilende Folgeschaden Folgen einer einheitlichen Rechtsgutverletzung sind (vgl etwa 1 Ob 56/13m). Die bloße Möglichkeit der Kenntnis genügt grundsätzlich ebenso wenig wie die bloße Möglichkeit der Ermittlung einschlägiger Tatsachen. Das Kennen-Müssen reicht daher grundsätzlich nicht aus (RIS-Justiz RS0034366 [T3, T6]; in 3 Ob 112/15i konnte dies noch offenbleiben).

**9.1.** Die Beklagte insistiert auch auf einem zumindest gleichteiligen Mitverschulden der Kläger, weil sie die ihnen übergebenen schriftlichen Unterlagen grob sorglos nicht gelesen hätten. Dabei übersieht sie jedoch, dass nicht feststeht, ob die Kläger im Zuge der Beratung durch Herbert Futterknecht die „langen“ oder die „kurzen“ Verkaufsprospekte erhielten, aber bei allen drei letztlich erworbenen Beteiligungen nur der ausführliche Prospekt Risikohinweise enthielt (US 9 f). Die daraus resultierenden Unklarheiten belasten die Beklagte selbst, die zu behaupten und zu beweisen hatte, dass die Kläger ein Mitverschulden trifft (RIS-Justiz RS0027129 [T2, T6]).

9.2. Der Vorwurf des Mitverschuldens betrifft außerdem stets die Frage der subjektiven Vorwerfbarkeit, die nicht losgelöst vom Wissensstand und den intellektuellen Fähigkeiten des Geschädigten beantwortet werden kann (8 Ob 167/09f mwN). Bei unrichtiger Anlageberatung kann ein Mitverschulden des Kunden in Betracht kommen, das die Schadenersatzpflicht des Anlageberaters mindert, etwa dann, wenn der Kunde selbst auf dem Anlagesektor hervorragende Kenntnisse besitzt und ihm daher die Unrichtigkeit der Anlageberatung hätte auffallen müssen (RIS-Justiz RS0102779). Davon kann hier keine Rede sein, hielten die Kläger zwar Wertpapierdepots, sie wollten aber „eine sichere oder eine möglichst sichere Veranlagung“ (US 9) und sie vertrauten auf die Richtigkeit der Aufklärung (US 14). Dass das Nichtbeachten von schriftlichen Risikohinweisen angesichts einer insgesamt grob fahrlässigen Fehlberatung nicht zwingend ein relevantes Mitverschulden des Kunden begründen muss, wurde bereits als im Einzelfall durch höchstgerichtliche Rechtsprechung gedeckte Rechtsansicht beurteilt (2 Ob 2107/96h; 3 Ob 40/07i; 4 Ob 65/10b; 4 Ob 62/11p; 7 Ob 5/12d; 10 Ob 34/13t; 7 Ob 221/14x). Außerdem hat der Oberste Gerichtshof erst jüngst in der bereits mehrfach zitierten Entscheidung 3 Ob 112/15i ein Mitverschulden mit der Begründung verneint, der Kläger hätte zwar bei genauem Studium des Kapitalmarktprospekts die rechtliche Konstruktion der erworbenen Beteiligung erkennen können. Mangels konkreter Anhaltspunkte für das Vorliegen des „Ausschüttungsschwindels“ habe aber keine Obliegenheit bestanden, sich den Kapitalmarktprospekt zu beschaffen und zu lesen. Dies gilt *mutatis mutandis* auch hier, weil nach den Feststellungen die Kläger selbst anhand der ihnen übergebenen und von ihnen teilweise unterfertigten Unterlagen ohnedies keine Kenntnis von der Innenprovision und vom „Ausschüttungsschwindel“ hätten erlangen können, sodass für die Annahme eines auch nur geringen Mitverschuldens der Kläger kein Raum bleibt.

**10.1.** Dass bei fehlerhafter Anlageberatung der (reale) Schaden des Anlegers bereits durch den Erwerb der nicht gewünschten Vermögenswerte eintritt und in diesem Fall dem Anleger grundsätzlich ein Anspruch auf Naturalersatz in der Form gebührt, dass ihm Zug um Zug gegen die Übertragung der Wertpapiere der gezahlte Kaufpreis abzüglich erhaltener Zinsen und Dividenden zurückzuzahlen ist, entspricht der ständigen Rechtsprechung (vgl dazu bereits oben Punkt II.1.2.). Diese schadenersatzrechtliche Naturalrestitution bildet eine Vertragsaufhebung nach. Im Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises Zug um Zug gegen die Rückgabe der erworbenen Wertpapiere liegt auch das Begehren, in die Vertragsaufhebung einzuwilligen (RIS-Justiz RS0120784 [T39] = 6 Ob 7/15w).

**10.2.** Die Beklagte trägt vor, die Naturalrestitution sei untunlich, weil sie durch deutlich höhere Kosten belastet werde und weil Rechtsbeziehungen zu Dritten bestünden, was jedoch nicht überzeugt. Es trifft (nunmehr) auch nicht zu, dass der Oberste Gerichtshof sich zu dieser Frage im Zusammenhang mit Schiffsfonds (in Form einer Kommanditbeteiligung) nicht geäußert hätte, weil er die schadenersatzrechtliche Naturalrestitution in einem solchen Fall auch gegenüber dem Anlageberater ausdrücklich für geboten erachtet (3 Ob 112/15i). Der Umstand, dass die Beklagte in diesem Zusammenhang hohe Kosten zu tragen hat (US 19), reicht für die abschließende rechtliche Beurteilung aus und steht ihrer Verpflichtung zur Übernahme der von den Klägern über ihren Rat erworbenen Beteiligungen nicht entgegen, weil Naturalersatz nur dann nicht verlangt werden kann, wenn das dagegen stehende Interesse des Schädigers unverhältnismäßig größer wäre als das darauf gerichtete Interesse des Geschädigten (RIS-Justiz RS0030140; RS0088999; RS0030117).

**11.** Die Berufung wendet sich nicht gegen Höhe der Zahlungsverpflichtungen und auch nicht gegen die Stattgebung des Feststellungsbegehrens; diese Fragen sind daher aus dem

Nachprüfungsverfahren herausgefallen (*Kodek in Rechberger, ZPO*<sup>4</sup> § 471 Rz 9; RIS-Justiz RS0043338; RS0043352 [T10, T26, T27, T30, T34]; RS0043903). Das Erstgericht hat den Leistungsbegehren in der modifizierten Form berechtigt stattgegeben.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf §§ 41 Abs 1 iVm 50 Abs 1 ZPO. Den Klägern steht allerdings nur ein Streitgenossenzuschlag von 10 % zu (§ 15 lit a RATG).

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig (§ 500 Abs 2 Z 3 ZPO), weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukommt, weil das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit der zitierten Rechtsprechung entschieden hat und Rechtsfragen von erheblicher Bedeutung im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO nicht zu beurteilen waren. Sowohl die Beurteilung von Beratungs- und Aufklärungspflichten von Banken (RIS-Justiz RS0123046 [T6]; RS0106373; RS0108074) als auch des Ausmaßes der Erkundigungsobliegenheit des Geschädigten über den die Verjährungsfrist auslösenden Sachverhalt (RIS-Justiz RS0113916; RS0034327) sind Fragen des Einzelfalls.

Oberlandesgericht Wien  
1011 Wien, Schmerlingplatz 11  
Abt. 34, am 18. November 2015

**Dr. Reinhard Hinger**  
Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG

