



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

2 R 52/17g

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichts Dr. Dallinger als Vorsitzenden sowie den Richter des Oberlandesgerichts Dr. Teply und den KR Hye in der Rechtssache der klagenden Parteien [REDACTED]

[REDACTED] vertreten durch Dr. Wolfgang Leitner, Priv. Doz. Dr. Max Leitner, Dr. Marie Sophie Häusler, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei **Volksbank Wien AG**, Schottengasse 10, 1010 Wien, vertreten durch Dr. Max Pichler, Rechtsanwalt in Wien, wegen EUR 25.157,38 sA und Feststellung (Streitwert EUR 6.000,--), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 30.1.2017, 661 Cg 19/16k-12, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht** Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, den klagenden Parteien binnen 14 Tagen zu gleichen Teilen die mit EUR 2.995,62 (darin EUR 499,27 USt) bestimmten Kosten der Berufungsbeantwortung zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt hinsichtlich der erst- und zweitklagenden Partei jeweils EUR 5.000,--, nicht aber EUR 30.000,--.

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 :

Die Kläger erwarben nach Beratung durch die Rechtsvorgängerin der Beklagten (Vereinigte Volksbanken

Baden-Mödling-Liesing reg.Gen.m.b.H.) am 1.2.2006 jeweils eine Beteiligung an der Sechsendsechzigste Sachwert Rendite-Fonds Holland GmbH & Co KG (im Folgenden „Holland-Fonds“) zu einem Nominale von EUR 18.000,-- zuzüglich eines Agios von 5%. Die Kläger bezahlten dafür einen Betrag von insgesamt jeweils EUR 18.900,--. Bei diesen Veranlagungen handelt es sich um Beteiligungen an geschlossenen Immobilienfonds, die in der Rechtsform einer GmbH & Co KG emittiert wurden. Die Kommanditbeteiligungen wurden für die Kläger treuhändig von der TVP Treuhand-und Verwaltungsgesellschaft für Publikumsfonds mbH (kurz „TVP“) gehalten. Aus diesen Veranlagungen erhielten die Kläger „Ausschüttungen“ von insgesamt jeweils EUR 6.321,31.

Mit ihrer am 12.5.2016 bei Gericht eingebrachten Klage begehrten die Kläger jeweils Zahlung von EUR 12.578,69 sA sowie die Feststellung der Haftung der Beklagten für alle Schäden, die ihnen aus der erwähnten Beteiligung entstehen, und brachten zusammengefasst vor, die Beklagte habe sie fehlerhaft beraten und nicht darüber aufgeklärt, dass es sich bei den Kommanditbeteiligungen um ein höchst ungewöhnliches, nicht mit Aktien oder Anleihen vergleichbares Anlageprodukt handle. Insbesondere sei eine Aufklärung darüber unterblieben, dass ein besonders hohes Totalverlustrisiko bestehe und dass es sich bei den prognostizierten Anfangsausschüttungen nicht um Erträge, sondern um Teilrückzahlungen der Kommanditeinlagen handle, die die Haftung der Kommanditisten gegenüber Gesellschaftsgläubigern wieder aufleben ließen und unter Umständen eine Rückzahlungsverpflichtung der Anleger auslösen könnten. Darüber hinaus habe die Beklagte auch nicht über die Erhöhung des Risikos durch die Belastung der Veranlagung mit hohen „Weichkosten“ von mehr als 21%,

den hohen Fremdfinanzierungsanteil, die geplanten Anfangsverluste und die tatsächliche Steuerbelastung aufgeklärt. Zudem habe sie die über das Agio von 5% hinaus erhaltenen Kick-Back-Zahlungen verschwiegen. Auch über die Kündigungsmodalitäten seien die Kläger nicht richtig informiert worden. Den Klägern sei im Übrigen auch der Emissionsprospekt zur Beteiligung nicht gezeigt oder übergeben worden. Bei richtiger und vollständiger Beratung hätten sie die Beteiligungen nicht erworben, sondern das Geld kapitalerhaltend, etwa in Sparbüchern angelegt. Geltend gemacht würden die gesetzlichen Zinsen von 4%. Auch bei einer hypothetischen Alternativveranlagung wäre eine Verzinsung in dieser Höhe erzielt worden.

Die Ansprüche der Kläger seien nicht verjährt. Da die Ausschüttungen nicht garantiert gewesen seien, hätten die Kläger alleine aufgrund der Reduktion oder Einstellung der Ausschüttungen nicht erkennen können, dass sie von der Beklagten falsch beraten worden seien. Dies hätten die Kläger erst Anfang 2016 erfahren, als die erwartete Kapitalrückzahlung nach zehn Jahren Laufzeit ausgeblieben sei und sie aufgrund dessen anwaltlichen Rat in Anspruch genommen hätten.

Ein Mitverschulden der Kläger liege nicht vor.

Begehrt werde Naturalrestitution, wobei sich der Schaden aus der Einlage samt Agio von EUR 18.900,-- abzüglich der bis zur Klagseinbringung erhaltenen Ausschüttungen von EUR 6.321,31 zusammensetze. Im Gegenzug seien die Kläger bereit, alle Erklärungen abzugeben, die notwendig seien, um die Rechte aus den Treuhandschaften an die Beklagte zu übertragen. Da die Ausschüttungen möglicherweise zurückzuzahlen seien und Steuerberatkosten drohten, bedürfe es zusätzlich des mit jeweils EUR 3.000,-- bewerteten

Feststellungsbegehrens, dass die Beklagte für alle aus der mangelhaften Beratung entstehenden Schäden hafte.

Die Beklagte beantragte Klagsabweisung und wendete ein, die Kläger seien seit Jahrzehnten selbst unternehmerisch tätig, weshalb ihnen die mit Investitionsentscheidungen verbundenen Chancen und Risiken geläufig seien. Die Kläger seien über die Charakteristik der gegenständlichen Veranlagungen ausführlich und richtig informiert worden. Insbesondere gingen aus den den Klägern übergebenen Risikohinweisen deutlich die Rechtsnatur der Ausschüttungen, die Möglichkeit eines Totalverlustes und die Kündigungsmodalitäten hervor. Die Beklagte habe keine über das Agio hinausgehende Provision erhalten. Durch die von den Klägern ins Treffen geführten „Weichkosten“ werde kein mangelhaftes Investment aufgezeigt. Ein Beratungsfehler der Beklagten liege nicht vor. Aufgrund der Nichtbeachtung der schriftlichen Unterlagen werde ein Mitverschulden der Kläger und zudem Verjährung eingewendet. Diesen habe spätestens mit Erhalt der zweiten Ausschüttungstranche am 27.7.2012 klar sein müssen, dass das Produkt nicht ihren Wunschvorstellungen entspreche, zumal die tatsächlich empfangenen Ausschüttungen mit 2% deutlich unter den prognostizierten 7% zurückgeblieben seien. Ab diesem Zeitpunkt beginne die Verjährungsfrist einheitlich für alle behaupteten Beratungsmängel zu laufen.

Die begehrte Naturalrestitution sei unmöglich und untunlich. Selbst im Fall einer vorzunehmenden Naturalrestitution stehe die begehrte Forderung jedoch nur Zug um Zug gegen die Übertragung der Rechte aus den gegenständlichen Veranlagungen zu. In Anbetracht der von den Klägern angestrebten Renditesteigerung und ihrer Risikobereitschaft hätten diese an Stelle der

vorliegenden Beteiligungen keinesfalls die behaupteten sicheren Alternativveranlagungen getätigt. Die begehrte Verzinsung von 4% sei überhöht. Gesetzliche Zinsen stünden frühestens ab Geltendmachung des Schadenersatzes zu, die außergerichtlich erstmals am 17.3.2016 erfolgt sei.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht der Klage unter Abweisung eines Zinsenmehrbegehrens statt. Dazu traf es die auf den Seiten 4 bis 11 der Urteilsausfertigung wiedergegebenen Feststellungen, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird, und gelangte in rechtlicher Hinsicht zum Ergebnis, dass die Beklagte die sie bei Abschluss eines Effektengeschäfts treffenden Aufklärungs- und Beratungspflichten verletzt habe, da sie die Kläger auf wesentliche Punkte der Veranlagung nicht hingewiesen habe. Diese hätten hauptsächlich Erfahrungen mit der Veranlagung in Sparbücher, Kassenobligationen und Bankanleihen, somit sehr konservativen und wenig riskanten Anlageformen gehabt, was der Beklagten als langjähriger Hausbank der Kläger auch bekannt gewesen sei. Die Berater hätten die Kläger daher in verständlicher Weise sowohl über die rechtliche Konstruktion des „Fonds“ als (treuhändige) Beteiligung als Kommanditist und das mit der Anlageform verbundene Totalverlustrisiko aufklären müssen. Ferner hätte auch darauf hingewiesen werden müssen, dass die Veranlagung nicht regelmäßige echte Erträge bringe, sondern dass Ausschüttungen geleistet würden, die der Anleger unter Umständen zurückzahlen müsse, zumal der Veranlagungsentscheidung der Kläger - abgesehen von der Sicherheit der Anlageform - auch eine entsprechende Renditeerwartung zugrunde gelegen sei. Für die Kläger wäre es daher erkennbar notwendig gewesen, zu wissen, ob es bereits während der Laufzeit des Produkts zu echten

Erträgen komme oder nicht. Diese fehlenden bzw. unrichtigen Informationen seien für die Anlageentscheidung der Kläger auch ursächlich gewesen. Ein Schadenersatzanspruch der Kläger ergebe sich somit bereits aus der unterlassenen Aufklärung über das mit der Investition verbundene Totalverlustrisiko und den Charakter der Ausschüttungen.

Die darauf gestützten Ansprüche der Kläger seien nicht verjährt. Diese hätten erstmals Anfang 2016 Kenntnis davon erlangt, dass die Gefahr der Rückforderbarkeit der erhaltenen Ausschüttungen bestehe. Erste Anhaltspunkte für die unerwünschte Risikoträchtigkeit der Veranlagung hätten sich im Februar 2014 ergeben. Den regelmäßigen Schreiben der TVP (Beilage ./C) hätten die Kläger lediglich entnehmen können, dass sich die Veranlagung nicht erwartungsgemäß entwickle. Die Rechtsnatur der Ausschüttungen und die sich daraus ergebende Gefahr der Rückzahlungsverpflichtung seien daraus ebenso wenig ersichtlich gewesen, wie das mit der Investition verbundene Totalverlustrisiko. Insbesondere hätten die Kläger mit ihrem Kenntnis- und Erfahrungsstand auch aus dem mehrfachen Hinweis, „dass es sich bei diesen Liquiditätsausschüttungen nicht um Kapitalverzinsungen handelt“, nicht den Schluss ziehen müssen, dass sich durch diese Ausschüttungen die Einlage der Anleger reduziere und diese daher unter Umständen aufgrund der Haftungsbestimmungen die Ausschüttungen wieder zurückzahlen müssten. Davon abgesehen habe die Erstklägerin auch gar keine „Kapitalverzinsung“ erwartet, sondern Erträge aus Mieteinnahmen, sodass der zitierte Hinweis wenig aussagekräftig sei.

Da sich die Kläger darauf verlassen dürfen hätten, dass ihnen der Berater alle für die Anlageentscheidung wesentlichen Punkte richtig und vollständig mitgeteilt

habe und die ihnen übergebenen Unterlagen nichts diametral Abweichendes enthielten, könne ihnen nicht vorgeworfen werden, dass sie sich die Risikohinweise auf der Rückseite der Beitrittserklärung und des Anlegerprofils nicht durchgelesen, sondern die Unterlagen im Vertrauen auf die Ausführungen der Beraterin unterfertigt hätten. Die Kläger treffe daher kein Mitverschulden.

Nach stRpr hätten die Kläger Anspruch auf „Naturalersatz“ in der Form, dass ihnen Zug um Zug gegen Übertragung der Wertpapiere der zu deren Erwerb gezahlte Kaufpreis abzüglich erhaltener Zinsen bzw Dividenden zurückzuzahlen sei. Den Klägern sei auch der Beweis gelungen, dass sie ihr Geld bei ordnungsgemäßer Aufklärung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit werterhaltend angelegt hätten.

Wenngleich die Kläger dies in ihre jeweiligen - auf Rückzahlung der geleisteten Einlage samt Agio, abzüglich der empfangenen Ausschüttungen gerichteten - Leistungsbegehren nicht explizit aufgenommen hätten, hätten sie bereits in der Klage deutlich ihre Bereitschaft zum Ausdruck gebracht, im Gegenzug alle Erklärungen abzugeben, die notwendig seien, um die Rechte aus den Treuhandschaften, über die die gegenständlichen Beteiligungen gehalten würden, an die Beklagte zu übertragen.

Die Naturalrestitution sei im vorliegenden Fall nicht unmöglich.

Auch das Feststellungsbegehren der Kläger sei berechtigt, weil die Kläger dem Risiko ausgesetzt seien, dass die erhaltenen Ausschüttungen die Kommanditistenhaftung wieder aufleben ließen und insofern die Gefahr drohe, die erhaltenen Ausschüttungen zurückzahlen zu müssen.

Gesetzliche Verzugszinsen gebührten erst ab Fälligkeit des Zahlungsbegehrens, die bei einer Schadenersatzforderung erst dann eintrete, wenn der Schaden feststellbar und zumindest vom Geschädigten zahlenmäßig bestimmt worden sei. Davon ausgehend stünden den Klägern Verzugszinsen von 4% erst ab der Geltendmachung der vorliegenden Ansprüche durch Mahnung am 17.3.2016 zu. Der entgangene Zinsgewinn aus der festgestellten hypothetischen Alternativveranlagung auf einem Sparbuch betrage 2% per anno.

Gegen den klagsstattgebenden Teil dieses Urteils richtet sich die Berufung der Beklagten wegen unrichtiger Tatsachenfeststellung infolge unrichtiger Beweismwürdigung und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem auf Klagsabweisung gerichteten Abänderungsantrag; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Kläger beantragen, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

1. Zur Beweisrüge

1.1. Die Beklagte bekämpft die Feststellung, wonach die Erstklägerin hinsichtlich der gegenständlichen Holland-Beteiligungen von der Zeugin Mag. Birgit Brandstätter beraten wurde und diese ihr erklärte, dass es sich um eine sichere Investition in Immobilien handle, wobei ein Zinsertrag von 5-7% pro Jahr in Aussicht stehe.

Stattdessen soll festgestellt werden, dass die Klägerin vom Zeugen Kurt Kropf beraten wurde, der die wesentlichen Eigenschaften der gegenständlichen Beteiligungen erklärte und insbesondere sagte, dass die gegenständliche Veranlagung ein erhebliches Verlustrisiko bis zu einem möglichen Totalverlust aufweist.

Das Erstgericht hat die bekämpfte Feststellung ausführlich und schlüssig begründet und sich dabei auch

eingehend mit dem einzigen Argument der Berufung befasst, die Aussage der Erstklägerin sei nicht verlässlich, weil sie die Beraterin Mag. Brandstätter als „fremdes Fräulein“ bezeichnet habe, obwohl ihr diese bereits seit Langem als Bankmitarbeiterin bekannt gewesen sei. Mit diesen beweiswürdigenden Überlegungen des Erstgerichts setzt sich die Berufung nicht einmal ansatzweise auseinander, sodass im Dunklen bleibt, warum sich aus der zitierten Aussage der Erstklägerin die Ersatzfeststellung ableiten lassen sollte, dass in Wahrheit der Zeuge Kurt Kropf die Beratungstätigkeit durchgeführt hat. Selbst wenn dieser die Erstklägerin beraten hätte, wäre daraus nicht die begehrte Ersatzfeststellung bezüglich der Aufklärung über wesentliche Eigenschaften der Anlage zu gewinnen, hat der Zeuge doch offenbar selbst das Wesen der gegenständlichen Beteiligung und die Rechtsnatur und Rückforderbarkeit der Ausschüttungen nicht erkannt. Die bekämpfte Feststellung begegnet daher keinen Bedenken.

1.2. Einen weiteren Angriffspunkt der Beweisrüge bilden die Feststellungen, wonach die Erstklägerin und ihr folgend der Zweitkläger aufgrund der Beratung durch die Beklagte davon ausgegangen sind, dass es sich bei der Beteiligung am Holland-Fonds um eine sichere Anlageform handle, dass sie am Ende der Laufzeit jedenfalls das eingesetzte Kapital zurückerhalten würden, dass sie die Veranlagung bei Geldbedarf problemlos vorzeitig veräußern könnten und dass sie nicht angenommen haben, dass das Risiko eines Totalverlustes bestehe.

Begehrt werden die Ersatzfeststellungen, dass die Kläger beim Abschluss der gegenständlichen Veranlagung wussten, dass es sich um eine ertrags- und risikoorientierte Beimischung eines geringen Bruchteils ihres Geldvermögens handelte, und dass sie auch darüber informiert waren, dass es sich um eine

Kommanditbeteiligung handelte, dass ein Totalverlust des veranlagten Kapitals eintreten könnte, dass erhaltene Ausschüttungen eventuell rückforderbar sein könnten und dass ein vorzeitiger Ausstieg aus den Beteiligungen mangels eines Sekundärmarktes nur schwer möglich wäre.

Die Feststellungen zum Kenntnisstand der Kläger beim Abschluss der Beteiligungen stützte das Erstgericht auf deren Aussagen, die es aus für das Berufungsgericht nachvollziehbaren Gründen für glaubhaft erachtete. Soweit die Berufungswerberin den Klägern Kenntnisse über die Veranlagung aufgrund übergebener Unterlagen unterstellt, übersieht sie, dass die Kläger die produktspezifischen und die ihr Depot betreffenden Unterlagen stets ungelesen unterfertigt haben, weil sie uneingeschränktes Vertrauen in die Beratung der Beklagten hatten. Damit kann der Beweisrüge auch in diesem Punkt kein Erfolg beschieden sein. Der begehrten ergänzenden Feststellung zur Thematik „Beimischung“ kommt keine Bedeutung für den Verfahrensausgang zu, sodass darauf nicht weiter einzugehen ist.

Das Berufungsgericht legt daher die erstgerichtlichen Feststellungen als durch die geltend gemachten Berufungsgründe nicht berührte Ergebnisse der Verhandlung und Beweisführung seiner Entscheidung zugrunde (§ 498 Abs 1 ZPO).

2. Zur Rechtsrüge

2.1. Die Berufungswerberin stellt das Vorliegen der vom Erstgericht bejahten Beratungsfehler in Abrede, da sowohl die von den Klägern unterfertigten Beitrittserklärungen (Beilagen ./5 und ./6) als auch die Anlegerprofile Risikohinweise enthalten würden, aus denen sich die vom Erstgericht vermissten Aufklärungen über die rechtliche Konstruktion der Beteiligung, das Totalverlustrisiko und das Risiko der Rückzahlbarkeit der Ausschüttungen ergebe.

Dazu ist auszuführen, dass nach ständiger Rechtsprechung an die Sorgfalt, die eine Bank bei Effektengeschäften gegenüber dem Kunden anzuwenden hat, grundsätzlich ein strenger Maßstab anzulegen ist (RIS-Justiz RS0026135). Die Informationserteilung muss dem Gebot vollständiger, richtiger und rechtzeitiger Beratung genügen, durch die der Kunde in den Stand versetzt werden muss, die Auswirkungen seiner Anlageentscheidung zu erkennen (RIS-Justiz RS0123046). 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).

Nach den Feststellungen handelt es sich bei den Klägern um „unbedarfte, laienhafte Anleger“, die ihr Vermögen hauptsächlich in Sparbüchern, Kassenobligationen und Bankanleihen, also sehr konservativen und risikoarmen Anlageformen veranlagten. Die Kläger, die über keine spezifischen Kenntnisse und Erfahrungen im Wertpapierbereich und mit geschlossenen Fonds verfügten und keine wirtschaftliche und juristische Ausbildung hatten, tätigten Veranlagungen nur über Vorschlag und Empfehlung der Beklagten. Die Feststellungen lassen keinen Raum für die Annahme, die Beraterin sei davon ausgegangen, dass sich die Kläger, die eine mündliche Beratung wünschten, selbst Informationen beschaffen bzw. die Beratung durch die Lektüre von Unterlagen überprüfen würden. Die Kläger, die auf die Äußerungen der Beraterin vertraut haben, waren daher nicht veranlasst, die Unterlagen auf Übereinstimmung mit den Aussagen der Beraterin zu überprüfen. Die Übergabe der zitierten Unterlagen änderte nichts an der Informationspflicht der Beklagten über die darin enthaltenen, wesentlichen Umstände und vermag den Vorwurf, die Beklagte habe in mehrfacher Weise gegen ihre Beratungs-

pflichten verstoßen, nicht zu entkräften.

2.2. Die Beklagte hält auch im Rechtsmittelverfahren an ihrem Verjährungseinwand fest und führt aus, die Kläger hätten entgegen ihren Erwartungen ab dem Jahr 2011 nur mehr eine Rendite von unter 5% der Kapitaleinlage erzielt. Sie hätten daher spätestens im Jahr 2012 erkennen müssen, dass ihre Anlage nicht in der erwarteten Weise sicher und ertragreich sei und die ihnen mündlich zugesicherte Produktcharakteristik offensichtlich unrichtig sei. Ab diesem Zeitpunkt, dh spätestens ab Juli 2012 wären sie dazu verhalten gewesen, die Risikohinweise in den Beitrittserklärungen einzusehen, wodurch sie erkannt hätten, dass ein Risiko bis zum Totalverlust bestehe, Ausschüttungen allenfalls zurückbezahlt werden müssten und ein kurzfristiger Ausstieg aus der Veranlagung nicht möglich sei. Die (einheitliche) Verjährungsfrist für sämtliche Ersatzansprüche der Kläger habe daher mit Juli 2012 begonnen, weshalb diese bei Klagseinbringung bereits verjährt gewesen seien.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden:

Der Behandlung des Verjährungseinwandes ist als wesentlich voranzustellen, dass das Erstgericht eine Verletzung von Beratungs- bzw. Aufklärungspflichten durch die Beklagte darin erblickte, dass diese die Kläger nicht umfassend über die konkrete rechtliche Konstruktion des „Fonds“ als treuhändige Beteiligung als Kommanditisten und das mit der Anlageform verbundene Totalverlustrisiko sowie über den Charakter der Ausschüttungen aufklärte.

Nach ständiger Rechtsprechung tritt der Schaden aus einer fehlerhaften Anlageberatung bereits durch den Erwerb des in Wahrheit nicht gewollten Finanzprodukts ein. Der Anleger ist so zu stellen, wie er stünde, wenn er richtig aufgeklärt worden wäre und das nicht gewollte Finanzprodukt nicht erworben hätte. Der „reale Schaden“

besteht somit im Erwerb der „falschen“ anstelle der „richtigen“ Anlage (vgl 8 Ob 66/14k). Der Primärschaden liegt beim „realen Schaden“ bereits darin, dass sich wegen einer Fehlinformation durch den Schädiger das Vermögen des Anlegers anders zusammensetzt, als es bei einem pflichtgemäßen Verhalten des Beraters der Fall gewesen wäre. Das heißt, der Schaden aus einer fehlerhaften Anlageberatung tritt schon durch den Erwerb des in Wahrheit nicht gewollten Finanzprodukts als solchem ein (6 Ob 145/08d; 3 Ob 112/15i; RIS-Justiz RS0022537). Eine entgegen den Wünschen des Anlegers geartete Veranlagung liegt nicht bloß dann vor, wenn sie in Ansehung einer Erhaltung des Kapitals risikoreich statt risikolos ist, sondern darüber hinaus auch dann, wenn sie entgegen den Wünschen des Anlegers keine regelmäßigen Erträge bringt, sondern lediglich wieder rückforderbare Rückzahlungen der Kommanditeinlage ausschüttet (OLG Wien 1 R 43/15y, 34 R 125/15z = RIS-Justiz RW0000846, 4 R 27/14s; 3 Ob 112/15i [„Ausschüttungsschwindel“]; über solche Umstände ist vom Berater aufzuklären (3 Ob 112/15i; RIS-Justiz RS0123046).

Vom Eintritt des Schadens (durch Erwerb einer Anlage mit unerwünschter Eigenschaft, über die aufzuklären gewesen wäre) ist aber für die Frage der Verjährung der Eintritt der Kenntnis des Geschädigten von diesem Schaden (=unerwünschte Eigenschaft) 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 schadenstiftenden 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.

Maßgebend ist nach stRpr 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). Relevanter Moment für den Beginn des Laufs der Verjährungsfrist ist daher jener Moment, in dem sich herausstellt, dass die erworbene Anlage die gewünschte Eigenschaft nicht erfüllt. Dieser Zeitpunkt ist unabhängig davon, ob aus damaliger Sicht auf eine positive Entwicklung zu hoffen war (6 Ob 90/15a). Ein nach dem Erkennen der Risikoträchtigkeit eintretender Schaden ist als bloßer Folgeschaden zu qualifizieren, dessen Verjährung mit der Kenntnis vom Eintritt des Primärschadens zu laufen beginnt (6 Ob 102/08b; RIS-Justiz RS0034374).

Die bloße Möglichkeit der Kenntnis genügt grundsätzlich ebenso wenig wie die bloße Möglichkeit der Ermittlung einschlägiger Tatsachen. Die für den Beginn der Verjährungsfrist des § 1489 ABGB erforderliche Kenntnis des Sachverhalts, der den Grund des Entschädigungsanspruchs darstellt, wird daher durch die verschuldete Unkenntnis des Geschädigten nicht ersetzt. Die Kenntnis von der Person des Ersatzpflichtigen muss so weit reichen, dass der Geschädigte aufgrund des ihm bekannt gewordenen Materials eine Klage gegen die Person des Schädigers mit Erfolg zu begründen in der Lage ist. Die bloße Möglichkeit der Kenntnis genügt nicht (RIS-

Justiz RS0034686; 3 Ob 112/15i).

Allerdings darf sich der Geschädigte nicht einfach passiv verhalten und es darauf ankommen lassen, dass er von der Person des Ersatzpflichtigen (oder von anderen maßgeblichen Umständen) eines Tages zufällig Kenntnis erhält (RIS-Justiz RS0065360). In gewissem Umfang wird eine Erkundigungsobliegenheit des Geschädigten angenommen (RIS-Justiz RS0034686 [T12]), falls es Anhaltspunkte dafür gibt, dass die erworbene Veranlagung von der angeblich gewünschten abweicht. Wenn der Geschädigte die für die erfolgsversprechende Anspruchsverfolgung notwendigen Voraussetzungen ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung bringen kann, gilt die Kenntnisnahme schon als in dem Zeitpunkt als erlangt, in dem sie ihm bei angemessener Erkundigung zuteil geworden wäre (RIS-Justiz RS0034327). Den geschädigten Anleger trifft daher eine „Erkundigungsobliegenheit“ nur dann und insofern, als er die unerwünschte Eigenschaft der Veranlagung - als einen für die erfolgsversprechende Anspruchsverfolgung notwendigen Umstand - „ohne nennenswerte Mühe“ in Erfahrung bringen könnte: Nur wenn dies der Fall ist, gilt die Kenntnisnahme (hypothetisch) schon als in jenem Zeitpunkt erlangt, zu dem sie ihm bei angemessenem aktivem Verhalten zuteil geworden wäre (RIS-Justiz RS0034327). Dabei ist wesentlich, dass für die Bejahung einer solchen „Erkundigungsobliegenheit“ für den Geschädigten ausreichend deutliche Anhaltspunkte dafür vorliegen müssen, dass eine konkrete (Aufklärungs-)Pflichtverletzung vorliegt (3 Ob 112/15i; RIS-Justiz RS0034327 [T38]).

Nach stRsp bezieht sich die Verjährung auf den jeweils geltend gemachten Anspruch, der - ebenso wie der Streitgegenstand - durch die zu seiner Begründung vorgebrachten Tatsachen konkretisiert wird (3 Ob 112/15i;

5 Ob 133/15t). Der Oberste Gerichtshof hat bereits mehrfach ausgesprochen, dass dann, wenn ein Kläger sein Begehren alternativ auf verschiedene Sachverhaltsvarianten stützt, in Wahrheit zwei Ansprüche vorliegen, die auch verjährungsrechtlich getrennt zu beurteilen sind (RIS-Justiz RS0050355 [T2] zu Amtshaftung aus schuldhaftem Verhalten verschiedener Organe; 4 Ob 144/11x zu Arzthaftung aus mehreren Kunstfehlern; zur Haftung aus Anlageberatung 3 Ob 112/15i; 6 Ob 153/15s; 5 Ob 133/15t).

Zu 3 Ob 112/15i sprach der Oberste Gerichtshof im Zusammenhang mit einer dem vorliegenden Fall vergleichbaren Kommanditbeteiligung aus, dass die Verjährung von Ansprüchen aus Fehlberatung über das Kapitalverlustrisiko einer Stattgebung des Klagebegehrens aufgrund des für sich genommen noch nicht verjährten Beratungsfehlers über den „Ausschüttungsschwindel“ nicht entgegenstehe. In der Entscheidung 6 Ob 153/15s wurde im Zusammenhang mit einem Fremdwährungskredit hervorgehoben, dass sich ein Kläger aussuchen kann, auf welche von mehreren Pflichtverletzungen er sich stützt. Im österreichischen Recht sei es nicht ausgeschlossen, im Fall der Abweisung einer auf einen Beratungsfehler gestützten Klage eine neuerliche Klage mit abweichenden Klagebehauptungen zu erheben; maßgeblich für die objektiven Grenzen der Rechtskraft sei vielmehr, ob die anspruchserzeugenden Tatsachen ident seien. Zuletzt hat sich der Oberste Gerichtshof zu 5 Ob 133/15t im Zusammenhang mit einer dem vorliegenden Fall vergleichbaren Kommanditbeteiligung ausführlich mit der bisherigen Rechtsprechung und den in der Lehre vertretenen Positionen auseinandergesetzt und die Voraussetzungen einer gesonderten verjährungsrechtlichen Anknüpfung eines von mehreren Beratungsfehlern neuerlich

präzisiert. Entscheidend ist demnach, ob der behauptete Beratungsfehler tatsächlich als eine eigenständige, den geltend gemachten Anspruch begründende Pflichtverletzung zu qualifizieren ist. Die Beurteilung, ob die mangelhafte Aufklärung über einen Umstand eine eigenständige, von anderen abgrenzbare Pflichtverletzung oder bloß ein Aspekt und unselbständiger Bestandteil einer einzigen Pflichtverletzung ist, hat in erster Linie nach inhaltlichen Gesichtspunkten zu erfolgen. Weist die unterbliebene Aufklärung über einen Umstand einen engen inhaltlichen Bezug zu einer ebenfalls unterbliebenen oder fehlerhaften Aufklärung über einen anderen Umstand auf, rechtfertigt es diesen Zusammenhang, beide Aufklärungsfehler zu einem einheitlichen Beratungsfehler zusammenzufassen. Es liegen dann nicht mehrere getrennte, sondern nur ein einheitlicher Beratungsfehler mit einzelnen verschiedenen Aspekten vor (5 Ob 133/15t = RIS-Justiz RS0050355 [T10]). Die mangelnde Aufklärung über die Rückforderbarkeit der Ausschüttungen wurde dabei nur dann als bloßer Teilaspekt des Sicherheitsrisikos und damit als eine Ausprägung des einheitlichen Totalverlustrisikos beurteilt, die grundsätzlich nicht als eigener Aufklärungsfehler zu qualifizieren ist, wenn dem Anleger nicht die Vorstellung vermittelt wurde, bei den Ausschüttungen handle es sich um eine Verzinsung des Kapitals (5 Ob 133/15t unter Hinweis auf 3 Ob 112/15i).

Nach den Feststellungen erlangten die Kläger Anfang 2016 erstmals (positive) Kenntnis davon, dass die Gefahr der Rückforderbarkeit der erhaltenen Ausschüttungen besteht. Erste Anhaltspunkte für die unerwünschte Risikoträchtigkeit der Anlage ergaben sich im Februar 2014. Ausgehend von diesen Zeitpunkten ist keine Verjährung der Ansprüche der Kläger eingetreten. Zu prüfen bleibt daher die Argumentation der

Berufungswerberin, die Kläger hätten in Entsprechung ihrer Erkundigungsobliegenheit bereits zu einem früheren Zeitpunkt (nämlich im Juli 2012) Kenntnis von den maßgeblichen Umständen erlangen können. Doch setzt eine solche Erkundigungsobliegenheit der Kläger das Bestehen von Verdachtsmomenten voraus, aus denen sie auf die Nichteinhaltung von Verhaltenspflichten schließen hätten können (10 Ob 39/11z). Solche Verdachtsmomente lagen jedoch nicht vor. Die Kläger konnten nach den Feststellungen den regelmäßigen Schreiben der TVP lediglich entnehmen, dass sich die Veranlagung in dem Sinne nicht erwartungsgemäß entwickelt, als die Ausschüttungen (erheblich) hinter dem prognostizierten Ausmaß zurückblieben. Die Reduzierung bzw. das Ausbleiben der „Ausschüttungen“ als solche boten jedoch keinen konkreten Anhaltspunkt dafür, dass allenfalls auch noch eine Rückzahlungs-(bzw. Nachschuss-) Pflicht und eine Durchgriffshaftung von Gesellschaftern im Umfang der bereits erhaltenen „Ausschüttungen“ und ein Totalverlustrisiko bestehen könnte. Dass die über keinerlei Gesellschaftsrechtskenntnisse verfügenden Kläger aus dem Hinweis, „dass es sich bei diesen Liquiditätsausschüttungen nicht um Kapitalverzinsungen handelt“, nicht den Schluss ziehen mussten, dass sich durch diese Ausschüttungen die Einlage der Anleger reduziert und diese daher unter Umständen aufgrund der Haftungsbestimmungen die Ausschüttungen wieder zurückzahlen müssen, bezweifelt offenbar auch die Berufungswerberin nicht.

Das Erstgericht hat daher zu Recht die Verjährung der Klagsansprüche verneint.

2.3. Nach Auffassung der Berufungswerberin hätte das Erstgericht ein Mitverschulden der Kläger wegen Nichtlesens der in den Beitrittserklärungen und den Anlegerpro-

filen enthaltenen Risikohinweise bejahen müssen.

Beim Vorwurf des Mitverschuldens handelt es sich stets um eine Frage der subjektiven Vorwerfbarkeit, die nicht losgelöst vom Wissensstand und den (intellektuellen) Fähigkeiten des einzelnen Geschädigten beantwortet werden kann (RIS-Justiz RS0022681 [T8]). Maßgeblich sind damit immer die konkreten Umstände des Einzelfalls, wobei sich die Prüfung des Mitverschuldens auf jene tatsächlichen Umstände zu beschränken hat, die vom Schädiger eingewendet wurden (RIS-Justiz RS0022560[T19]). In der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs ist anerkannt, dass auch bei unrichtiger Anlageberatung ein Mitverschulden des Kunden in Betracht kommen kann, 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. Die Kläger sind „unbedarfte und laienhafte Anleger.“ Sie hielten die zwar Wertpapierdepots, doch standen bei ihren Veranlagungen die Sicherheit und der Kapitalerhalt im Vordergrund. Sie folgten bei sämtlichen Veranlagungen den Empfehlungen und Vorschlägen der Beklagten, auf deren Richtigkeit sie vertrauten. 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). Die Verneinung eines Mitverschuldens der Kläger durch das Erstgericht begegnet auch im vorliegenden Fall keinen Bedenken.

2.4. Schließlich rügt die Beklagte, dass das Erstge-

richt die begehrte Naturalrestitution zu Unrecht bejaht habe. Dazu hat der Oberste Gerichtshof jüngst ausgeführt (2 Ob 99/16x; 10 Ob 70/15i):

„Entschließt sich der Geschädigte, die unerwünschte Anlage vorläufig zu behalten, besteht ein vereinfacht als „Naturalrestitution“ bezeichneter Anspruch, der auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen einen Bereicherungsausgleich durch Übertragung des noch vorhandenen Finanzprodukts an den Schädiger gerichtet ist (RIS-Justiz RS0108267 [T15], RS0120784 [T22]; zuletzt etwa 6 Ob 7/15w, ÖBA 2015, 531). Da die Alternativanlage der Klägerin nach den Feststellungen das Kapital erhalten hätte, bestehen keine Bedenken, tatsächlich – im Umfang der Haftung – den Kaufpreis und nicht etwa die Verschaffung der Alternativanlage zuzusprechen (4 Ob 67/12z).

Die Klägerin hat der Beklagten nach den Entscheidungen der Vorinstanzen Zug um Zug die Abtretung aller Rechte aus den Beteiligungen anzubieten. Nimmt die Beklagte dieses Angebot an, stehen ihr sämtliche Erlöse der Beteiligungen (auch Liquidations- oder Abschichtungserlöse) zu. Insofern ist nicht erkennbar, dass der Abtretung Gründe des Gesellschaftsrechts entgegenstünden. Hingegen könnte zutreffen, dass eine Übernahme der Gesellschafterstellung der Zustimmung der übrigen Gesellschafter bedarf. Unmöglichkeit der Naturalrestitution (im Sinn eines dauerhaften Hindernisses, vgl RIS-Justiz RS0109496) läge aber nur dann vor, wenn die anderen Gesellschafter ihre Zustimmung bereits verweigert hätten oder schon feststünde, dass sie diese nicht erteilen würden (10 Ob 70/15i).

Abgesehen davon wäre die Klägerin nach Annahme des Abtretungsangebots durch die Beklagte jedenfalls aufgrund ergänzender Vertragsauslegung verpflichtet,

erforderlichenfalls auf Verlangen (und Rechnung) der Beklagten gegenüber den Gesellschaften oder dem Treuhänder alle zur Verwertung der Anteile oder Erträge erforderlichen Erklärungen abzugeben und einen ihr allenfalls zufließenden Erlös an die Beklagte herauszugeben. Schon das steht der Unmöglichkeit der Naturalrestitution entgegen. Die in der Revision behauptete Untunlichkeit aufgrund langfristiger Bindung liegt nicht vor, weil in erster Instanz unstrittig war, dass die Beteiligungen nach zehn Jahren - mit der Folge einer Abschichtung - gekündigt werden können (vgl wiederum 10 Ob 70/15i)."

Dieser Auffassung ist auch im vorliegenden Fall zu folgen, sodass der Einwand der Unmöglichkeit oder Untunlichkeit der Naturalrestitution nicht greift.

Der Berufung war daher ein Erfolg zu versagen.

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens beruht auf §§ 41, 50 ZPO.

Die Bewertung des Entscheidungsgegenstandes orientiert sich an der Bewertung des Feststellungsbegehrens durch die Kläger.

Die ordentliche Revision war nicht zuzulassen, da das Berufungsgericht der zitierten Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes gefolgt ist und Rechtsfragen der in § 502 Abs 1 ZPO genannten Qualität nicht zu lösen waren.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 2, am 29. Juni 2017

Dr. Klaus Dallinger
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG

