



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

14 R 173/15m

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Curd Steinhauer als Vorsitzenden sowie den Richter Mag. Robert Atria und die Richterin Mag. Elisabeth Bartholner in der Rechtssache

[REDACTED]
[REDACTED] vertreten durch Dr. Wolfgang Leitner, Priv.-Doz. Dr. Max Leitner, Dr. Mara-Sophie Häusler, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei

[REDACTED], vertreten durch die Lederer Rechtsanwalt GmbH in Wien, und **die Nebenintervenientinnen** auf Seiten der beklagten Partei **1. CPM Anlagen Vertriebs GmbH in Liquidation**, Annagasse 5/2/16, 1010 Wien und **2. MPC Münchmeyer Petersen Capital Vermittlung GmbH**, Palmaille 75, 22767 Hamburg, Deutschland, beide vertreten durch die Wess Kispert Rechtsanwalts GmbH in Wien, wegen EUR 103.578,18 samt Anhang und Feststellung (Streitwert EUR 7.500,--; Gesamtstreitwert EUR 111.078,18), über die Berufung der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichts Eisenstadt vom 31.08.2015, 3 Cg 166/13y-34, in nichtöffentlicher Sitzung den

B e s c h l u s s

gefasst:

Der Berufung wird **Folge** gegeben.

Das angefochtene Urteil wird **aufgehoben** und die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung

an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof ist zulässig.

B e g r ü n d u n g

Der **Kläger** erwarb über Vermittlung des Beklagten insgesamt sechs, jeweils von der TVP Treuhand- und Verwaltungsgesellschaft für Publikumsfonds mbH (in weiterer Folge: TVP) als Treuhänderin gehaltene (deutsche, *Anmerkung des Berufungsgerichts*) Kommanditbeteiligungen, nämlich

a) am 10.09.2002 um EUR 10.000,-- an der „Vierzigste Sachwertrendite-Fonds Holland GmbH & Co KG“ (in weiterer Folge: „Holland 40“);

b) am 22.04.2004 um EUR 15.000,-- an der „Fünzigste“ Sachwertrendite-Fonds Holland GmbH & Co KG“ (in weiterer Folge: „Holland 50“);

c) am 23.08.2006 um EUR 30.000,-- an der „Reefer-Flottenfonds mbH & Co KG“ (in weiterer Folge: „Reefer I“);

d) am 04.12.2006 um EUR 20.000,-- an der „Erste Schifffahrtsgesellschaft Merkur Sky mbH & Co KG“ (in weiterer Folge: „Merkur Sky“);

e) am 28.02.2007 um EUR 15.000,-- an der „Achtundsechzigste Sachwertrendite Fonds Holland GmbH & Co KG“ (in weiterer Folge: „Holland 68“); und

f) am 20.04.2007 um EUR 15.000,-- an der „Zweite Beteiligungsgesellschaft Reefer-Flottenfonds mbH & Co KG“ (in weiterer Folge: „Reefer II“).

Der Kläger bezahlte ab dem Jahr 2004 zusätzlich zum jeweiligen Nominalbetrag jeweils ein Agio von EUR 750,--.

Der Beklagte erklärte ihm, dass vom Geld der Anleger

Immobilien bzw. Schiffe erworben würden. Diese Schiffe und Immobilien würden vermietet und aus den Mieteinnahmen würden die Erträge erzielt werden. Nach der jeweiligen Laufzeit werde der jeweils investierte Betrag zurückgezahlt werden, und bis dahin werde es zu jährlichen Ausschüttungen aus den aus der Vermietung der Schiffe und Immobilien erzielten Erträgen kommen.

Der Kläger fasste die jährlichen Ausschüttungen als jährliche Renditen auf.

Dass es sich bei den „Ausschüttungen“ in Wahrheit um Teilrückzahlungen auf die von ihm geleisteten Kommanditeinlagen handelte, die im Fall der Insolvenz der Beteiligungsgesellschaft unter Umständen (an die Gesellschaftsgläubiger, *Anmerkung des Berufungsgerichts*) zurückgezahlt werden müssen, sagte ihm der Beklagte nicht und wurde ihm erst im Jahr 2012 durch ein Gespräch mit einem Rechtsanwalt bekannt.

In den Jahren 2008 und 2009 kam es zu einer Reduzierung und zu einem Ausbleiben von „Ausschüttungen“. Über die „Merkur Sky“ wurde im Jahr 2012 der Konkurs eröffnet.

Der Kläger erhielt im Lauf der Jahre zahlreiche Schreiben der Treuhänderin TVP zu den verschiedenen Kommanditbeteiligungen, die er entweder gar nicht oder nicht aufmerksam las.

Mit der **am 20.12.2013 eingelangten**, im Schriftsatz ON 27 modifizierten **Klage** begehrt der Kläger insgesamt EUR 103.578,18 samt Anhang, bestehend aus (detailliert aufgeschlüsselt auf Seite 2 der Klage) den jeweils von ihm geleisteten Nominalbeträgen für die Beteiligungen an „Holland 50“, „Reefer I“, „Merkur Sky“, „Holland 68“ und „Reefer II“ zuzüglich des Agios von jeweils EUR 750,-- und 2,5 Prozent Zinsen aus einer (entgangenen) alternati-

ven Veranlagung sowie abzüglich der jeweils von ihm erhaltenen „Ausschüttungen“, und die Feststellung der Haftung des Beklagten für alle künftigen Schäden aus den genannten fünf Beteiligungen.

Er brachte dazu stark zusammengefasst im Wesentlichen vor, er habe eine wertstabile sichere langfristige Geldanlage mit guter Rendite gewünscht und dies dem Beklagten als Vorgabe mitgeteilt. Der Beklagte habe ihm dazu die Veranlagung in die klagsgegenständlichen Fonds empfohlen. Er habe ihn allerdings nicht darüber aufgeklärt, dass die „Ausschüttungen“ gar keine Gewinne seien, sondern Rückzahlungen des eigenen investierten Kapitals, und von den Gesellschaftsgläubigern auch wieder zurückverlangt werden könnten; dass das Insolvenzrisiko - und damit das (Total-)Verlustrisiko - wegen der hohen Fremdkapitalquote (Fremdfinanzierung durch Banken) besonders hoch sei; dass der Beklagte für die Vermittlung über das jeweilige Agio von anteilig 2,5 bis 5 Prozent hinaus auch noch Provisionszahlungen (= Innenprovision/Retrozession/Kick-Back-Zahlungen) von 5 - 6 Prozent und sohin 7,5 - 11 Prozent des investierten Kapitals von der Vertriebsorganisation erhalten habe; und dass das eingezahlte Kapital exzessiv - nämlich mit rund 20 - 29 Prozent - mit „Weichkosten“ (= Vertriebspesen) belastet sei.

Verjährung sei nicht eingetreten: Durch die Reduzierung und das Ausbleiben von Ausschüttungen habe er noch keine Kenntnis von der wahren Natur der „Ausschüttungen“, von den hohen Vertriebskosten und von der Provision erlangen können.

Alternativ zu den Beteiligungen hätte er in Geldmarkt- und Rentenfonds angelegt und dabei (ab dem Kauf

der Anlagen) eine Rendite von mindestens 2,5 Prozent erzielt.

Die **Beklagte** und die **Nebenintervenientinnen** wandten stark zusammengefasst im Wesentlichen ein, der Beklagte sei nicht passiv legitimiert, weil Vermittlerin die Erstnebenintervenientin gewesen sei. Die Beratung durch den Beklagten sei für den Anlageentschluss des Klägers nicht kausal gewesen. Der Beklagte habe den Kläger über die Veranlagungen ordnungsgemäß aufgeklärt. Der Kläger sei ein bereits erfahrener Anleger gewesen.

Die Schadenersatzansprüche seien verjährt, weil sich aus den dem Kläger übermittelten Schreiben der Treuhänderin TVP bereits lange vor Dezember 2010 ergeben habe, dass die getätigten Veranlagungen wirtschaftlich risikoreiche Unternehmensbeteiligungen seien, und bereits 2008 und 2009 Reduktionen und Ausfälle von „Ausschüttungen“ stattgefunden hätten. Auch die Fremdfinanzierung durch Banken sei aus den Schreiben der TVP hervorgegangen. Der Kläger habe alle Schreiben erhalten.

Außerdem sei schon in den Beitrittsunterlagen auf alle wesentlichen Risiken der Anlagen hingewiesen worden. Aus den dem Kläger übermittelten (Beitritts-)Unterlagen und Schreiben sei für ihn erkennbar gewesen, dass auch die Möglichkeit einer Rückforderung der an ihn bereits ausgezahlten „Ausschüttungen“ bestehe.

Die Provisionen des Beklagten - als Teil der „Weichkosten“ - seien in den Gesellschaftsverträgen und in den KMG-Prospekten ausgewiesen und marktüblich gewesen.

Auch die sonstigen „Weichkosten“ außer den Provisionen, nämlich die Nebenkosten - insbesondere Kosten für den Vertrieb, die Erstellung der Marketingbroschüre, die Erstellung des Kapitalmarktprospekts samt Prospektprüfung

sowie Kosten für Werbung und Schulungen von Vertriebsmitarbeitern - seien in den Gesellschaftsverträgen und in den KMG-Prospekten ausgewiesen gewesen. Diese Nebenkosten hätten im Verhältnis zur Gesamtinvestitionssumme beim Fonds „Holland 50“ 7,98 Prozent betragen, bei „Holland 68“ 9,39 Prozent, bei „Reefer I“ 8,1 Prozent, bei „Reefer II“ 11,01 Prozent und bei „Merkur Sky“ 6,9 Prozent. Der Kläger leite seinen Vorwurf einer exzessiven Höhe aus einer falschen Berechnungsmethode ab, die diese Nebenkosten bloß dem Eigenkapital gegenüberstelle; richtigerweise sei hingegen die prozentuelle Zuordnung der Weichkosten zum Gesamtkapital (= Eigenkapital zuzüglich Fremdkapital) geboten. Bezogen auf die prognostizierte lange Laufzeit der Beteiligungen von zehn bzw. fünfzehn Jahren sei der prozentuelle Anteil der „Weichkosten“ noch viel geringer.

Die „Weichkosten“ seien für die Anlageentscheidungen des Klägers nicht kausal gewesen.

Es werde bestritten, dass der Kläger für eine Alternativveranlagung 2,5 Prozent Zinsen lukriert hätte.

Die bisherigen Ausschüttungen der „Merkur Sky“ und der „Reefer II“ könnten von den Gesellschaftsgläubigern und dem Insolvenzverwalter tatsächlich nicht zurückgefordert werden, weil die im deutschen Handelsregister eingetragene Haftsumme des Klägers bei diesen Anlagen nur zehn Prozent seiner Pflichteinlage betrage. Ein Wiederaufleben der Haftung sei daher nur theoretisch möglich. In der Insolvenz von „Merkur Sky“ habe der Insolvenzverwalter die ausgezahlten „Ausschüttungen“ nicht zurückgefordert.

Den Kläger treffe eine Mitverschulden, weil die ihm im Zeitpunkt der Vertragsabschlüsse übergebenen Unterlagen ausreichende und verständliche Hinweise auf die Eigenschaften der Anlagen enthalten hätten. Er hätte aus

den ihm übermittelten Schreiben und Unterlagen die Möglichkeit einer Rückforderung von ausgezahlten „Ausschüttungen“ und auch die Höhe der Weichkosten erkennen können.

Mit dem **angefochtenen Urteil** wies das Erstgericht die Klage wegen Verjährung ab, wobei es über den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt hinaus von den auf den Seiten 17 - 86 der Urteilsausfertigung enthaltenen Feststellungen ausging, auf die verwiesen wird.

Rechtlich folgerte es aus dem festgestellten Sachverhalt in Verbindung mit weiterem, als richtig unterstelltem, aber nicht festgestelltem Vorbringen des Klägers, dass aus dessen Sicht aufgrund der Reduktion der Ausschüttungen in den Jahren 2008 und 2009 und aufgrund des Ausbleibens der Ausschüttungen für „Merkur Sky“ Verdachtsmomente für Beratungsfehler vorgelegen seien, die ihn zu einem Lesen der vielen mit den fünf Beteiligungen übermittelten Unterlagen veranlassen hätten müssen. Durch das Lesen der jeweiligen Beitrittserklärungen samt ihren Risikohinweisen und der Prospekte (gemeint offenbar: Verkaufsfolder) hätte sich der Kläger Klarheit über das Wesen der Veranlagungen verschaffen können und müssen; dies treffe auch auf die sonstigen von der TVP übermittelten Schreiben zu. Aus diesen ihm laufend zugekommenen schriftlichen Informationen wäre ihm bei gehörigem Studium erkennbar gewesen, dass er keine sicheren risikolosen Veranlagungen getätigt habe, sondern Währungsschwankungen oder Bankeneinfluss ausgesetzt sei.

Zu „Merkur Sky“ sei aus dem Schreiben vom 24.04.2007 ersichtlich gewesen, dass „Ausschüttungen“ eine Rückzahlung der Kapitaleinlage seien könnten.

Aufgrund der Unterlagen wäre der Kläger verpflichtet

gewesen, Erkundigungen für eine Anspruchsverfolgung bereits viel früher als erst 2012 einzuholen. Daran ändere auch der Inhalt des Schreibens vom 21.11.2008 nichts. Bei einem früheren Aufsuchen eines Anwalts oder fachkundigen Beraters hätte der Kläger ohne nennenswerten Aufwand Aufklärungen über die Natur und die Risiken der Veranlagungen erhalten können. Das Erstgericht könne sich nicht der Rechtsansicht anschließen, dass bei mehreren Aufklärungspflichtverletzungen jeweils eine Verjährungsfrist mit der jeweiligen Kenntnis des Klägers von jeder Aufklärungspflichtverletzung gesondert zu laufen beginne. Das Verschulden des Schädigers müsse dem Geschädigten nicht in jeder Facette bekannt sein.

Der Kläger releviere eine fehlerhafte Aufklärung zu verschiedenen Punkten, die sich aber alle in seiner Erwartungshaltung zusammenfassen ließen, dass er eine sichere, risikoarme und wertstabile Veranlagung mit der Gewissheit einer Kapitalerhaltung gewollt habe. Entscheidend sei, zu welchem Zeitpunkt er erkennen habe müssen, dass das Gesamtkonzept der Zusagen nicht dieser Vorstellung entsprochen habe. Aus den ihm übermittelten Unterlagen habe er ausreichende Anhaltspunkte dafür gehabt, dass die ihm angeblich gemachten Zusagen unrichtig seien bzw. das gesamte Konzept so nicht von ihm gewollt gewesen sei. Aus den ihm übermittelten Unterlagen habe er daher Grund zur Annahme gehabt, dass auch noch andere Produkteigenschaften (als die Kapitalsicherheit, *Anm des Berufungsgerichts*) nicht zutreffen. Bei normalem Studium der vielen ihm übermittelten Schriftstücke hätte er die wesentlichen Produkteigenschaften selbst erkennen können und auf dieser Basis weitere Erkundigungen einholen müssen. Der Klagsanspruch sei daher verjährt.

Gegen dieses Urteil richtet sich die **Berufung des Klägers** wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Abänderungsantrag, der Klage stattzugeben. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Beklagte und die Nebenintervenientinnen beantragen in ihren Berufungsbeantwortungen jeweils, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist im Sinne des Aufhebungsantrags berechtigt.

1.1. 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).

1.2. In einem solchen Fall hat der Anleger einen als „Naturalrestitution“ bezeichneten Anspruch auf Ersatz des Kaufpreises abzüglich der von ihm erhaltenen Zinsen und Dividenden, Zug um Zug gegen einen Bereicherungsausgleich durch Übertragung des bei ihm noch vorhandenen Finanzprodukts an den Schädiger (8 Ob 39/12m; 3 Ob 112/15i [zu „Schiffsbeteiligungen“]; RIS-Justiz RS0120784).

1.3. Die Informationserteilung durch den Anlagevermittler an den Kunden hat dem Gebot einer vollständigen, richtigen und rechtzeitigen Beratung zu genügen. Durch die Beratung muss der Kunde in den Stand versetzt werden, die Auswirkungen seiner Anlageentscheidung zu erkennen. Die Beratung hat in einer für den Kunden verständlichen Form zu erfolgen, wobei auf die persönlichen Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden Rücksicht zu nehmen und bei der Verwendung von Fachausdrücken Vorsicht geboten ist (RIS-Justiz RS0123046).

Hat der Berater dem Anleger entgegen diesen Verpflichtungen nicht alle für dessen Anlageentscheidung maßgeblichen Informationen erteilt, war der Anleger - und zwar ganz unabhängig von seiner Risikobereitschaft - wegen der ihm vorenthaltenen Informationen nicht in der Lage, die Auswirkungen seiner Anlageentscheidung zu erkennen (RIS-Justiz RS0108074; 6 Ob 28/15h [Schiffsbeteiligungen]; 10 Ob 28/15p). Für eine umfassende Aufklärung des Anlegers ist es nach der Rechtsprechung somit auch notwendig, zu erfahren, welche Risiken außer einem Totalverlustrisiko sonst noch bestehen (OLG Wien 4 R 27/14s).

Eine entgegen den Wünschen des Anlegers geartete Veranlagung liegt daher - entgegen der Ansicht des Erstgerichts - 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; jüngst auch OGH in 3 Ob 112/15i

[„Ausschüttungsschwindel“]; über solche Umstände ist vom Berater aufzuklären (3 Ob 112/15i; RIS-Justiz RS0123046).

Da der Kläger im vorliegenden Fall - wie sich aus dem in die Feststellungen aufgenommenen „Anlegerprofil“ ergibt - sein „Ertragsziel“ mit „regelmäßige Rückflüsse“ angegeben hat, war es für ihn - vom Beklagten eindeutig und leicht erkennbar - wesentlich, dass er in eine Renditeerwartung investierte, und daher für seine Anlageentscheidungen notwendig, zu wissen, ob es bereits während der Laufzeiten zu echten Erträgen (Renditen) kommt, die er jedenfalls - also auch im Insolvenzfall der Emittentin - behalten darf (vgl OLG Wien 4 R 27/14s). Der Kläger bedurfte daher - und zwar völlig unabhängig von seiner Kenntnis eines (Total-)Verlustrisikos des Kapitals - einer verständlichen (!) Aufklärung auch über die allfällige Verpflichtung zur Rückzahlung der Ausschüttungen im Insolvenzfall, weil es sich auch dabei um eine wesentliche Eigenschaft der Veranlagungen handelte, nach der abschätzbar ist, ob ein Ertrag erwirtschaftet werden kann.

Dass die „Ausschüttungen“ - zumindest teilweise - auch aus dem investierten Kapital selbst erfolgen könnten, sie daher gerade keine echten „Erträge“ aus der investierten Kapitalsumme sind, und überdies eine Rückzahlungspflicht für diese bereits ausgezahlten „Ausschüttungen“ - also eine Nachschusspflicht und eine mögliche Durchgriffshaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern und/oder dem Insolvenzverwalter - entstehen kann (vgl hiezu 3 Ob 112/15i), ist nach der jüngsten Rechtsprechung allerdings eine für den Anleger relevante wesentliche Information, weil ein vernünftiger wirtschaftlich denkender Anleger sich unter diesen Umständen genau überlegen

wird, ob er überhaupt in eine so gestaltete Kapitalanlage investiert (OLG Wien 34 R 125/15z = RIS-Justiz RW0000846). Die Haftung für einen solchen „Ausschüttungsschwindel“ hat der Oberste Gerichtshof in der jüngst ergangenen Entscheidung 3 Ob 112/15i auch ausdrücklich bejaht.

Darauf, wie *wahrscheinlich* es ist, dass bereits ausgezahlte „Ausschüttungen“ dann wieder vom Anleger zurückgefordert werden können, kommt es daher - entgegen der Argumentation der Beklagtenseite - ebensowenig an (OLG Wien 34 R 125/15z) wie darauf, ob sie jetzt tatsächlich nicht mehr durch den Insolvenzverwalter zurückgefordert werden bzw. werden können.

Allerdings ist sehr wohl - auch - über den Umstand einer allenfalls möglichen Rückzahlungsverpflichtung bereits erhaltener Ausschüttungen - und zwar selbst dann, wenn diese Rückzahlungsverpflichtung bloß theoretisch ist - eine Aufklärung zu verlangen, damit der Kunde die Auswirkungen seiner Anlageentscheidung (deutlich) erkennen kann (RIS-Justiz RS0123046 [T3] = 4 Ob 62/11p, 10 Ob 28/15p; ausdrücklich BGH III ZR 203/09, III ZR 82/14; OLG Wien 34 R 125/15z = RIS-Justiz RW0000846).

1.4. Soweit der Beklagte im vorliegenden Prozess ins Treffen führt (AS 237 im Schriftsatz ON 24), dass eine Rückzahlungspflicht für „Ausschüttungen“ nach der Entscheidung II ZR 73/11 des deutschen BGH gegenüber der Gesellschaft nur bei vertraglicher Vereinbarung (etwa im Gesellschaftsvertrag) bestehe, eine solche Rückzahlungsverpflichtung aber in den Verträgen Beilagen ./NI 10 - Beilage ./NI 14 nicht enthalten sei, ist ihm entgegenzuhalten, dass dies nur das Innenverhältnis zwischen dem Anleger und der Gesellschaft betrifft: In den Entschei-

dungen II ZR 73/11 und II ZR 74/11 hat der BGH nämlich ausgesprochen, dass die gesetzliche Vorschrift des § 172 Abs 4 dHGB - wonach die Kommanditisten zurückgezahlte Kommanditeinlagen gegebenenfalls wieder herausgeben müssen - zwar nicht gegenüber der Kommanditgesellschaft gilt, aber sehr wohl gegenüber den Gläubigern der Kommanditgesellschaft - also nach außen (im „Außenverhältnis“) und damit auch gegenüber dem Insolvenzverwalter (der Kommanditgesellschaft).

Daraus folgt aber - entgegen dem Beklagten - für den vorliegenden Fall, dass eine mögliche Rückzahlungspflicht des Anlegers in Ansehung bereits erfolgter „Ausschüttungen“ gegenüber Gesellschaftsgläubigern (also etwa gegenüber den der Kommanditgesellschaft kreditgebenden Banken) als für die Anlageentscheidung wesentlicher Eigenschaft der klagsgegenständlichen Kommanditbeteiligungen jedenfalls anzunehmen und der rechtlichen Beurteilung zugrunde zu legen ist (siehe oben zu Aufklärungspflicht und „realem“ Schaden).

2.1. 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 erst ab jenem Zeitpunkt zu laufen, ab dem dem Geschädigten sowohl der Schaden als auch die Person des Schädigers und 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 schädigenden Verhalten einen

solchen Grad erreicht, dass mit Aussicht auf Erfolg geklagt werden könnte (RIS-Justiz RS0034366, RS0034524 ua). Dem Geschädigten müssen dabei alle für das Entstehen des Anspruchs maßgebenden Tatumstände objektiv bekannt sein (RIS-Justiz RS0034547).

Die - grundsätzlich notwendige - tatsächliche Kenntnis vom Schaden wird allerdings entgegen der Ansicht des Erstgerichts durch eine verschuldete Unkenntnis vom Schaden nicht ersetzt (stRSpr; zuletzt 3 Ob 112/15i mwN): Eine bloße Möglichkeit für den Geschädigten, Kenntnis vom Schaden (hier: unerwünschte Eigenschaft der Anlage, über die aufgeklärt hätte werden müssen) zu erlangen, genügt daher ebensowenig wie eine bloße objektiv vorhandene Möglichkeit der Ermittlung einschlägiger Tatsachen; ein bloßes „Kennen-Müssen“ reicht grundsätzlich nicht aus (RIS-Justiz RS0034366 [T3, T6]; 3 Ob 112/15i mwN). Nur in gewissen Grenzen wird trotzdem eine „Erkundigungsobliegenheit“ des Geschädigten angenommen - nämlich insoweit, als er die für eine erfolgversprechende Anspruchsverfolgung notwendigen Voraussetzungen ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung bringen könnte (RIS-Justiz RS0034524 [T21], RS0034366 [T20]). Diese Obliegenheit darf aber nicht überspannt werden (RIS-Justiz RS0034327). Nur innerhalb dieser Grenzen darf sich der Geschädigte nicht bloß passiv verhalten (RIS-Justiz RS0065360).

Den geschädigten Anleger trifft daher eine „Erkundigungsobliegenheit“ nur dann und insofern, als er die unerwünschte Eigenschaft der Veranlagung - als einen für die erfolgversprechende 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]).

Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass die Reduzierung und das Ausbleiben der „Ausschüttungen“ als solche keinen konkreten Anhaltspunkt dafür boten, dass allenfalls auch noch eine Rückzahlungs-(bzw. Nachschuss-) Pflicht und eine Durchgriffshaftung von Gesellschaftern im Umfang der bereits erhaltenen „Ausschüttungen“ bestehen könnte.

2.2. In der jüngst ergangenen und bereits mehrfach zitierten Entscheidung **3 Ob 112/15i** nahm der Oberste Gerichtshof – ebenfalls im Zusammenhang mit „Schiffsbeteiligungen“ – zur Frage der Verjährung bei Vorliegen mehrerer verschiedener Beratungs- und/oder Aufklärungsfehler wie folgt Stellung (siehe auch bereits früher 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 kenntnisnahmeabhängige 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 [...] 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 oder 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. [...]“

2.3. In der kurz davor ergangenen Entscheidung **6 Ob 90/15a** war der OGH - ebenfalls für eine „Schiffsbeteiligung“ - allerdings noch der eher restriktiven früheren Rechtsprechung („gemäßigte Einheitstheorie“) gefolgt, wonach ein erst nach dem Erkennen irgendeiner nicht gewollten Eigenschaft der Anlage eingetretener weiterer Schaden als bloßer Folgeschaden zu qualifizieren sei, dessen Verjährung bereits mit der Kenntnis des Erstschaadens beginne .

2.4. Das OLG Wien ist in der Entscheidung 34 R 125/15z bereits der Entscheidung 3 Ob 112/15i gefolgt und hat auch in 1 R 43/15y vertreten, dass unterschiedliche Aufklärungsfehler getrennt verjähren. Auch der erkennende Senat schließt sich der überzeugend begründeten Entscheidung 3 Ob 112/15i an. Die Behauptung unterschiedlicher (Beratungs-)Fehler aus Anlass ein- und derselben Anlageberatung ist nicht anders zu sehen als die verschiedener Behandlungsfehler anlässlich einer Operation, die jeweils für sich allein den geltend gemachten Schaden verursacht hätten (4 Ob 144/11x).

Bestehen also mehrere verschiedene Beratungs- und Aufklärungsfehler nebeneinander, von denen jeder auch für sich allein für die Investitionsentscheidung des Anlegers kausal war, so ist der daraus resultierende Schaden der „ungewollten Anlage“ verjährungsrechtlich getrennt zu beurteilen (4 Ob 102/13y, 3 Ob 112/15i): Liegt auch nur für einen dieser Beratungsfehler keine Verjährung vor, so besteht der Schadenersatzanspruch zu Recht. Diese Rechtslage wird das Erstgericht im fortgesetzten Verfahren

anzuwenden und seiner rechtlichen Beurteilung zugrunde zu legen haben, zumal es im bisher geführten Prozess noch von der „gemäßigten Einheitstheorie“ (siehe oben Punkt 2.3.) ausgegangen ist.

Im Ergebnis kommt es also auf die Mitursächlichkeit verschiedener Aufklärungsfehler für den Primärschaden der „Ungewolltheit“ der Anlage an. Die erworbene, aber unerwünschte Anlage ist nämlich kein Sekundär- oder Folgeschaden, wenn es mehrere Ursachen gibt, von denen jede für sich allein dazu geführt hat, dass der Anleger eine Anlage erworben hat, die er bei jeweils richtiger und/oder vollständiger Beratung gar nicht angeschafft hätte.

Anders als der Kläger meint, ist daher nicht jede fehlende Eigenschaft ein eigener „Schaden“, sondern jeder relevante Mangel wäre auch schon für sich allein für den Gesamtschaden - nämlich für den Erwerb so nicht gewünschter Beteiligungen - ursächlich gewesen: Es handelt sich daher um Fälle einer „kumulativen Kausalität“, die dazu führen, dass der Beginn der Verjährungsfrist für jeden Beratungsfehler gesondert - und damit gerade nicht einheitlich - zu prüfen ist (4 Ob 144/11x [Arzthaftung]).

3.1. Im vorliegenden Fall stützt der Kläger seine Klagsansprüche auf die mangelnde Aufklärung darüber, dass die Ausschüttungen die Rückzahlung des eigenen Kapitals seien und von Gesellschaftsgläubigern wieder herausverlangt werden können („Ausschüttungsschwindel“: 3 Ob 112/15i), weiters auf die fehlende Information über die Höhe der „Weichkosten“ von 20-29 Prozent und auf die fehlende Information über eine hohe Fremdfinanzierung.

3.1.1. Nach den Feststellungen des Erstgerichts (Seite 34 der Urteilsausfertigung) hat der Beklagte dem

Kläger die Ausschüttung von „Erträgen“ (Renditen) zugesagt.

Dazu, dass in der Nichtaufklärung über die stattdessen in Wahrheit mögliche Rückzahlung des investierten Kapitals und - insbesondere - über die mögliche Pflicht zur Rückzahlung bereits erhaltener „Ausschüttungen“ ein eigenständig zu beurteilender Beratungsfehler liegt, wurde bereits oben zu Punkt 1.3. Stellung genommen.

Allerdings fehlen noch Tatsachenfeststellungen dazu, ob über diese mögliche Rückzahlungspflicht in den Beratungsgesprächen gesprochen wurde und ob der Kläger nicht investiert hätte, wenn er über die Rückzahlung des Kapitals als „Ausschüttungen“ und - insbesondere - über die mögliche Rückzahlungspflicht in Ansehung bereits erhaltener „Ausschüttungen“ informiert worden wäre (= Kausalität des Beratungsfehlers). Diese Feststellungen werden im fortgesetzten Verfahren noch zu treffen sein.

3.1.2. Was die sogenannten „Weichkosten“ (dazu instruktiv 6 Ob 193/15y) betrifft, ist davon auszugehen, dass ihr Verschweigen dann einen eigenständigen Aufklärungsmangel und ein relevantes Informationsdefizit bei der Anlageentscheidung bewirkt, wenn diese Vertriebs- und Marketingkosten, die der Kapitalanlage nicht zugutekommen, eine erhebliche Höhe des investierten Kapitals erreichen. Der deutsche BGH sprach aus, dass der Verbraucher als Anleger nicht ohne weiteres mit (internen) Vertriebskosten von über 15 Prozent rechnen müsse, die der Kapitalanlage nicht zugutekommen, und über einen „Abfluss“ dieser Art jedenfalls generell unterrichtet werden müsse, falls er 15 Prozent (der Kapitalanlage) überschreite (BGH III ZR 359/02). Diese Höhe erachtet auch das Berufungsgericht als angemessen.

Da die tatsächliche Höhe der „Weichkosten“ zu den einzelnen klagsgegenständlichen Kommanditbeteiligungen aber zwischen den Parteien strittig ist, wären im fortgesetzten Verfahren unter anderem auch Feststellungen über die jeweilige konkrete Höhe dieser Kosten für jede der fünf Beteiligungen zu treffen. Dies jedoch nur, falls für die jeweilige Beteiligung ein Schadenersatzanspruch nicht bereits in Ansehung eines (nicht verjährten) „Ausschüttungsswindels“ besteht.

4. Für die Frage, ob und gegebenenfalls wann die Verjährungsfrist zu laufen beginnt, kommt es nach der oben bereits dargestellten Rechtslage entscheidend darauf an, ob und gegebenenfalls wann dem Kläger - jeweils getrennt für den einzelnen kausalen Beratungsfehler - erstmals ein für ihn deutlich verständlicher Anhaltspunkt für die Existenz dieses Beratungsfehlers - also etwa für den „Ausschüttungsswindel“ - jeweils für jeden einzelnen der fünf klagsgegenständlichen Fonds erkennbar werden musste („Erkundigungsobliegenheit“).

Zutreffend macht die Berufung (Seite 11) in diesem Zusammenhang zum Thema der „Erkundigungsobliegenheit“ geltend, dass konkrete Feststellungen darüber fehlen, welche jeweils in diesem Sinne deutlich verständlichen konkreten Anhaltspunkte (Informationen) für den Kläger zu jeweils welchem einzelnen kausalen Beratungsfehler für jeweils welchen der Fonds jeweils welchen konkreten Unterlagen bzw. Schreiben der Treuhänderin zu entnehmen waren. Es fehlen in der Tat konkrete und bestimmte Tatsachenfeststellungen dazu, aus jeweils welchem Schreiben der Kläger zu jeweils welchem Fonds jeweils welchen Text als deutlich verständlichen Anhaltspunkt für einen Aufklärungsfehler erhielt. Im fortgesetzten Verfahren werden

solche Feststellungen zu treffen sein, wobei es aufgrund des Umfangs der einzelnen Urkunden aber erforderlich sein wird, die jeweils maßgeblichen Textstellen explizit festzustellen; von der bloßen Integration der Urkunden in ihrer Gesamtlänge in das Urteil wird zweckmäßigerweise Abstand zu nehmen sein, zumal sonst unbestimmt bleibt, welche die maßgebliche Textpassage der Urkunde ist.

Weiters wird zu beachten sein, dass jedes Schreiben der Treuhänderin jeweils nur für die Umstände jener Beteiligung von Bedeutung sein kann, auf die es sich bezieht. Die Frage der Verjährung ist daher nicht bloß getrennt nach den verschiedenen, für sich kausalen Aufklärungsfehlern zu beurteilen, sondern auch getrennt für jede einzelne der fünf Kommanditbeteiligungen: Mitteilungen, die eine konkrete Beteiligung betreffen („Mercur Sky“ etc), bieten grundsätzlich keinen Anhaltspunkt für die Sachlage bei einer der anderen vier klagsgegenständlichen Beteiligungen.

5. Aus dem Gesagten folgt, dass eine Aufhebung des angefochtenen Urteils zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung unumgänglich ist. Im fortgesetzten Verfahren werden präzise Feststellungen zu treffen sein, auf deren Grundlage beurteilt werden kann, inwiefern Beratungsfehler aufgetreten sind und ob in deren Ansehung Verjährung eingetreten ist.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 Abs 2 ZPO.

Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof war zuzulassen, weil außer der Entscheidung 3 Ob 112/15i noch keine gefestigte Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur getrennten Beurteilung der Verjährung bei mehreren verschiedenen Aufklärungsfehlern besteht, zumal in den zeitnah ergangenen Entscheidungen 6 Ob 90/15a [zu „Schiffsbe-

teiligungen"] und 6 Ob 153/15s [zu Fremdwährungskredit mit Tilgungsträger] die „gemäßigte Einheitstheorie“ vertreten wurde. Weiters besteht - soweit überblickbar - keine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage, ob und gegebenenfalls inwiefern ein laienhafter Anleger vom Anlageberater über „Weichkosten“ - insbesondere über die Höhe von Vertriebs- und Vermarktungskostenanteilen sowie über einen Innenprovisionsanteil - und über eine Fremdfinanzierung durch Banken aufzuklären ist. Aufgrund der Vielzahl gleich gelagerter gerichtsanhängiger Fälle gehen diese Fragen in ihrer Bedeutung über den Einzelfall hinaus.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 14, am 13. April 2016

Dr. Curd Steinhauer
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG