



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

1 R 95/15w

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichts Dr. Jesionek als Vorsitzende, den Richter des Oberlandesgerichts Mag. Pertmayr und den KR Ing. Brachmann in der Rechtssache der klagenden Partei [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], vertreten durch Dr. Sebastian Schumacher, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei **Raiffeisenlandesbank Niederösterreich-Wien AG**, FN 2031602, 1020 Wien, Friedrich-Wilhelm-Raiffeisen-Platz 1, vertreten durch Fellner, Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, sowie der Nebenintervenientin auf Seiten der beklagten Partei **CPM Anlagenvertriebs GmbH in Liqu.**, 1010 Wien, Annagasse 5/2/16, vertreten durch Dr. Georg Eckert, Rechtsanwalt in Wien, wegen EUR 49.547,20 s.A. und Feststellung (Streitwert EUR 10.000,--), über die Berufungen der beklagten Partei und der Nebenintervenientin gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 3.4.2015, GZ 59 Cg 1/14h-21, in nichtöffentlicher Sitzung den

B e s c h l u s s

gefasst:

Den Berufungen wird **Folge gegeben**, das angefochtene Urteil aufgehoben und dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

B e g r ü n d u n g :

Der Kläger erwarb über Empfehlung der Beklagten Kommanditbeteiligungen an zwei Immobiliengesellschaften, und zwar am 9.7.2004 an der 50. Sachwerterendite-Fonds Holland GmbH & Co KG um EUR 35.000,-- zuzüglich einem Agio von EUR 1.750,-- und am 16.12.2004 an der 54. Sachwerte Rendite-Fonds Holland GmbH & Co KG um EUR 27.000,-- zuzüglich Agio von EUR 1.350,--. Bei diesen Veranlagungen handelte es sich um Beteiligungen an geschlossenen Immobilienfonds, die in der Rechtsform einer GmbH & Co KG emittiert wurden. Die Kommanditbeteiligungen wurden in Österreich durch die Nebenintervenientin vertrieben und für den Kläger treuhändig von der TVP Treuhand und Verwaltungsgesellschaft für Publikumsfonds GmbH (TVP) gehalten. Aus diesen Veranlagungen erhielt der Kläger „Aus-schüttungen“ von insgesamt EUR 28.464,--.

Mit seiner am 10.1.2014 eingebrachten Klage begehrte der Kläger die Zahlung von insgesamt EUR 49.547,20 s.A. Zug um Zug gegen die Abgabe des Angebots, der Beklagten seine Ansprüche betreffend die obgenannten Kommanditanteile abzutreten sowie die Feststellung der Haftung der Beklagten für alle Ansprüche, die im Zusammenhang mit diesen Beteiligungen gegenüber dem Kläger geltend gemacht werden; in eventu die Feststellung, dass ihm die Beklagte für alle Schäden, welche dem Kläger aus der Vermittlung, der fehlerhaften Beratung und dem Erwerb dieser Veranlagungen entstehen, ersatzpflichtig sei.

Dazu brachte er (zusammengefasst) vor, er sei von Mitarbeitern der Beklagten falsch beraten worden. Insbesondere sei der Kläger nicht über die Risiken und Charakteristika der über eine Treuhandenschaft gehaltenen Komman-

ditbeteiligung an „geschlossenen“ Immobilienfonds aufgeklärt worden. Er sei nicht auf die bestehende Rückzahlungspflicht der Ausschüttungen im Rahmen der Kommanditistenhaftung nach § 172 Abs 4 dHGB, auf das Totalverlustrisiko sowie auf die mangelnde Liquidität der Veranlagung, die kaum veräußerbar sei, hingewiesen worden. Außerdem habe die Beklagte über das Agio hinausgehende umsatzabhängige Rückvergütungen verschwiegen, die sie für die Vermittlung der gegenständlichen Beteiligungen erhalten habe. Sie habe nicht darüber aufgeklärt, dass die Beteiligungen erstmals zum 31.12.2014 unter Einhaltung einer Frist von zwölf Monaten gekündigt werden können und Anlegern dann nach Bilanzerstellung bei entsprechender Liquidität in zwei bzw drei Raten über einen Zeitraum von drei Jahren ein Auseinandersetzungsguthaben ausbezahlt werde. Der Kläger sei auch nicht über die Erhöhung des Risikos durch die Belastung des eingesetzten Kommanditkapitals mit je 22 % „Weichkosten“ aufgeklärt worden. Bei korrekter Aufklärung hätte der Kläger von einer Investition in die gegenständlichen Fonds Abstand genommen und die Ersparnisse stattdessen langfristig und sicher entweder auf einem Kapitalsparbuch oder in eine Lebensversicherung veranlagt. Jeder einzelne dieser Beratungsfehler berechtige den Kläger zur Naturalrestitution. Von der Fehlberatung habe der Kläger erst im Sommer 2013 durch Medienberichte und durch die rechtsfreundliche Aufklärung des Klagevertreters Kenntnis erlangt. Bei einem Ankaufspreis von EUR 62.000,--, einem Agio von EUR 3.100,--, abzüglich aller erhaltenen Ausschüttungen in Höhe von EUR 28.464,-- und einem positiven Schaden von brutto 3 % pro Jahr für den entgangenen Zinsgewinn einer alternativen Veranlagung bis 2.10.2013 von EUR 12.911,20, ergebe

sich der Rückforderungsbetrag von EUR 49.547,20. Zusätzlich werde ein Feststellungsbegehren erhoben, weil die Gefahr bestehe, dass der Kläger, insbesondere bei Insolvenz der Gesellschaft, die bereits erhaltenen Ausschüttungen zurückzahlen müsse.

Die Beklagte bestritt, beantragte Klagsabweisung und wendete ein, beim Kläger habe es sich um einen versierten Anleger gehandelt, der seine wirtschaftlichen Interessen selbst ausreichend wahren könne, sodass eine Aufklärungspflicht nicht bestanden habe. Die Informationspflichten seien überdies vertraglich ausgeschlossen gewesen. Im Übrigen sei der Kläger richtig informiert worden, unter anderem über die bestehenden Risiken, die Beendigungsmöglichkeiten der Veranlagung und darüber, dass die erfolgten Ausschüttungen keine Zinszahlungen seien, dass Rückzahlungsverpflichtungen entstehen könnten und die Möglichkeit eines Totalverlustes bestehe. Die Beklagte habe für die Vermittlung nur zulässige Entgelte erhalten, die dem Kläger auch bekannt gewesen seien. Sie hätten überdies an der Veranlagungsentscheidung des Klägers nichts geändert. Vom Anlageziel des Klägers als Altersvorsorge sei nie die Rede gewesen. Der Kläger habe zahlreiche Produkt- und Risikohinweise in schriftlicher Form erhalten, er müsse sich seine Kenntnisse als Geschäftsführer einer GmbH und Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft zurechnen lassen. Der Kläger habe jährlich Geschäfts- und Treuhandberichte samt Beilagen der TVP erhalten, aus denen er alle Tatsachen und Risiken entnehmen habe können, insbesondere aus den Unterlagen im Jahre 2007 zu einer von der Geschäftsführung der MPC Holland Kommanditgesellschaften vorgeschlagenen Umstrukturierung unter gleichzeitiger Umfinanzierung von acht Kommanditgesell-

schaften. Auch ab der Reduktion bzw Einstellung der laufenden Liquiditätsausschüttungen habe den Kläger eine Erkundigungspflicht getroffen. Die Ansprüche des Klägers seien daher bereits verjährt. Der Kläger hätte mit einer seinen Anlagezielen und seiner Risikobereitschaft entsprechenden Alternativveranlagung zumindest denselben Verlust erlitten, zumal nicht davon ausgegangen werden könne, dass er bei richtiger Aufklärung eine völlig risikolose Veranlagung vorgenommen hätte. Den Kläger treffe auch das alleinige oder zumindest das überwiegende Mitverschulden, sollte er die von ihm unterschriebenen Dokumente nicht gelesen haben.

Die Nebenintervenientin schloss sich dem Vorbringen der Beklagten an und ergänzte es dahin, dass das Fondskonzept realistisch gewesen sei. Ausschlaggebend für die negative Entwicklung sei eine unvorhergesehene Verschlechterung der Wirtschaftslage, insbesondere bei Gewerbeimmobilien in den Niederlanden, gewesen, durch die es zu einem Wertverfall der Immobilien um durchschnittlich 40 % gekommen sei. Bei den verfahrensgegenständlichen Beteiligungen gebe es keine Bestandsprovisionen, sondern fielen die Kosten nur einmal zu Beginn an.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht dem Klagebegehren statt.

Es stellte den auf den Seiten 7 bis 13 der Urteilsausfertigung angeführten Sachverhalt fest, auf den verwiesen wird. Daraus ist hervorzuheben, dass der Kläger nach diesbezüglicher Terminvereinbarung am 9.7.2004 von T [REDACTED] S [REDACTED], einem Mitarbeiter der Beklagten, in einer deren Filialen beraten wurde, weil er beabsichtigte, über die Beklagte Ersparnisse in Höhe von EUR 35.000,-- zu veranlagern. Er erwartete sich ein umfassendes Beratungs-

gespräch über unterschiedliche Möglichkeiten der Veranlagung, wobei er T■■■■ S■■■■ zu verstehen gab, dass es sich auf Grund seiner familiären Situation um eine sichere zu handeln habe und das Kapitalverlustrisiko jedenfalls Null sein müsse. T■■■■ S■■■■ pries dem Kläger nur den 50. Sachwerterentide-Fonds Holland an. Die Argumente für den Fonds setzten sich aus Sicherheitsaspekten, ausgezeichneter Rendite, Optimierungsmöglichkeiten für eine ertragreiche Investition und Erfolgskriterien des Anbieters MPC Capital zusammen. T■■■■ S■■■■ versicherte dem Kläger, dass das Risiko gering sei und wies darauf hin, dass es sich um einen Fonds handle, bei welchem mehrere Immobilien konzentriert werden. Letztere seien zu 90 % langfristig ausgelastet. Die Ausschüttungen resultierten aus der vollen Vermietung der Objekte. Laut Berater sollte die Laufzeit des Fonds maximal zehn Jahre betragen. Danach bekäme der Kläger sein eingesetztes Kapital jedenfalls zurück und noch vieles mehr. Während dieser zehn Jahre würden regelmäßige Ausschüttungen in Höhe von 7,5 % erfolgen. T■■■■ S■■■■ erklärte dem Kläger nicht, dass er nicht nur Anteile erwerbe, sondern eine gesellschaftsrechtliche Position erlange, und zwar mit allen Konsequenzen. Er erklärte dem Kläger nicht, was unter einem geschlossenen Fonds zu verstehen sei. Auch wies er nicht darauf hin, dass erstmals nach zehn Jahren eine Kündigung möglich sei und sodann ein Auseinandersetzungsguthaben errechnet werde, das in den Folgejahren in Raten ausbezahlt werde. Ebenso wenig erhielt der Kläger Informationen darüber, dass die Beklagte zusätzlich zum Agio Provisionen für den Verkauf des Produktes erhielt. Über die Finanzierung der im Fonds enthaltenen Immobilien erklärte T■■■■ S■■■■ nichts, Weichkosten waren im Zuge

des Beratungsgesprächs kein Thema. Der Kläger ging daher davon aus, dass es sich bei dem Produkt um einen ganz normalen Fonds handle, er lediglich Anteile daran erwerbe, der Fonds nach einer Laufzeit von zehn Jahren zu Ende sei und er garantiert das investierte Kapital mit allen weiteren Erträgen lukrieren werde. Die gut vermieteten Immobilien stellten für ihn einen sicheren Wert dar. Auch erschien es ihm plausibel, dass Immobilien einen Wertzuwachs im Laufe der Zeit erfahren und nach zehn Jahren zwischen 15 % und 30 % mehr wert sind, weswegen ihn die hohe Rendite nicht wunderte und er sie auch nicht automatisch mit einem höheren Risiko verband. Der Berater überzeugte den Kunden so sehr von den Vorzügen des Produkts, dass der Kläger sofort dessen Erwerb beschloss. Der Berater schlug dem Kläger kein weiteres Produkt mehr vor, sondern füllte das Anlegerprofil aus, wobei er dem Kunden Fragen stellte und auf dem Formular Kreuze setzte. Ob der Berater genau die Fragen erörterte, konnte das Erstgericht nicht feststellen. Der Kläger unterschrieb das Anlegerprofil, ohne es sich noch einmal durchgelesen zu haben. Er vertraute darauf, bestmöglich beraten worden zu sein. Tatsächlich verstand er vieles nicht bzw falsch. So war ihm nicht bewusst, was unter dem Begriff unternehmerisches Risiko zu verstehen sei bzw in welchem Konnex es zu seiner Veranlagung stehe. Abschließend unterfertigte der Kläger die entsprechende Beitrittserklärung. Auch dieses Formular las der Kläger nicht durch. Da er die Beklagte für eine seriöse Bank hielt und davon ausging, die bestmögliche Beratung erhalten zu haben, vertraute er T■■■■■■ S■■■■■■ völlig. Wäre der Kläger darüber aufgeklärt worden, dass er eine unternehmerische Beteiligung erwerbe und eine Kündigung über-

haupt erst nach zehn Jahren möglich sei, ein Totalverlustrisiko bestehe, die Beklagte Bestandsprovisionen für das Produkt erhalte und die laufenden Ausschüttungen nicht auf Grund von regelmäßigen Gewinnen aus den Immobilien resultierten, hätte er die Veranlagung nicht getätigt. Der Kunde hätte bei der Bank zum damaligen Zeitpunkt bei Veranlagung auf einem Sparbuch mit einer Bindungsfrist von zehn Jahren Zinsen in der Höhe zwischen 5 % und 6 % aushandeln können.

Im Dezember 2004 verfügte der Kläger wieder über Geld, das er veranlagen wollte. Er rief abermals in der Filiale der Beklagten an und vereinbarte für den 16.12.2004 einen Beratungstermin. Bei diesem war der Mitarbeiter der Beklagten P. G. zugegen. Der Kläger erkundigte sich explizit nach Alternativveranlagungen zu dem von ihm im Juli desselben Jahres erworbenen Produkt. P. G. empfahl ihm lediglich den 54. Holland-Fonds, da es aus seiner Sicht nichts Besseres gab. Der Berater ging mit dem Kunden wieder ein Anlegerprofil durch und setzte die entsprechenden Kreuze. Das Beratungsgespräch dauerte gerade einmal zehn Minuten und der Kläger unterfertigte wiederum alle Papiere, die man ihm vorlegte. Abermals erfolgte keinerlei Aufklärung über die Beteiligungsform, die Möglichkeit des Totalverlustes, die Weichkosten, die Provisionen, die Laufzeit und die Kündigungsmöglichkeiten. Der Kläger vertraute wieder ganz seinem Berater.

In der Folge erhielt der Kläger unzählige Schreiben von der TVP. Dabei handelte es sich um Kurzberichte, in welchen zB über Abstimmungen informiert wurde oder über die Höhe der prozentuellen Ausschüttungen. Der Kläger las die Papiere nur zum Teil und verstand auch vieles nicht.

Nachdem er von der TVP dazu aufgefordert worden war, nahm er ab dem Jahr 2007 an Abstimmungen teil, wobei er allem zustimmte und sich dabei nichts überlegte. Auch nicht, wenn es um die Entlastung von persönlich haftenden Gesellschaftern ging. Nur einmal stimmte er dagegen, nämlich als es um die Zusammenlegung von Fonds ging, zumal er mit den damaligen Ausschüttungen zufrieden war und an einer Änderung kein Interesse hatte. Wann konkret welches Schreiben und mit welchen auszuschüttenden Beträgen dem Kläger zuging, konnte nicht festgestellt werden. Im Laufe der Jahre wurden die Ausschüttungen geringer. Der Kläger wunderte sich darüber nicht, ging doch die Wirtschaft schlecht. Er erhielt bis zum Jahr 2012 Ausschüttungen und sah keinen Grund, einen Berater der Beklagten zu konsultieren. Erst 2013 erfuhr der Kläger aus den Medien, dass es Probleme für die Anleger der MPC Gruppe gebe. Er informierte sich beim VKI und wandte sich an seinen nunmehrigen Rechtsvertreter. Bis zu diesem Zeitpunkt wusste der Kläger nicht, welche Art von Beteiligung er erworben hatte.

In rechtlicher Hinsicht beurteilte das Erstgericht den Sachverhalt dahingehend, dass der Kläger weder im ersten noch im zweiten Beratungsgespräch ordnungsgemäß aufgeklärt worden sei. Die Beklagte hafte daher auf Grund des Beratungsvertrages, sodass der Kläger Anspruch auf Naturalrestitution habe. Da der begehrte Zinssatz von 3 % unter jenem liege, den das Gericht bezüglich des klägerischen Alternativanlageverhaltens festgestellt habe, sei er als angemessen zuzuerkennen gewesen. Ein Mitverschulden des Klägers liege nicht vor, weil er keine Veranlassung gehabt habe, an den überzeugenden Ausführungen des Beraters zu zweifeln und diesen zu kontrollieren. Auch

aus den Schreiben der TVP habe der Kläger nicht auf Fehlinformationen des Beraters der Beklagten schließen müssen, sodass seine Ansprüche auch nicht verjährt seien. Auf Grund der Konstruktion der Kommanditbeteiligung sei nicht auszuschließen, dass der Kläger künftig Rückforderungen der erhaltenen Ausschüttungen ausgesetzt sei, weshalb auch das Feststellungsbegehren zu Recht bestehe.

Gegen dieses Urteil richten sich die rechtzeitigen Berufungen der Beklagten und der Nebenintervenientin wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens, unrichtiger Beweiswürdigung und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem jeweiligen Antrag, das angefochtene Urteil dahin abzuändern, dass das Klagebegehren abgewiesen werde; hilfsweise wird jeweils ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt in seiner Berufungsbeantwortung, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufungen sind im Sinne des eventualiter gestellten Aufhebungsantrags berechtigt.

Zutreffend zeigen die Berufungswerberinnen auf, dass wesentliche Tatsachenfeststellungen nicht getroffen wurden. Derartige Feststellungsmängel im Sinne des § 496 Abs 1 Z 3 ZPO sind bei Vorliegen einer - wie hier - zulässigen und gesetzmäßig ausgeführten Rechtsrüge überdies von Amts wegen aufzugreifen (*Kodek in Rechberger ZPO*⁴ § 496 Rz 4 mwN). Weil sich sowohl die Mängelrüge als auch die Beweisrüge auf Sachverhaltskomplexe bezieht, die von den Feststellungsmängeln betroffen sind (siehe dazu unten), und das Erstgericht diesbezüglich weitergehende Feststellungen zu treffen haben wird, kann auf diese Berufungsgründe noch nicht eingegangen werden. Es sind zunächst lediglich die Rechtsfragen aufzugreifen.

Der Kläger stützt seinen Anspruch im Wesentlichen

darauf, er sei über die Rechtsnatur der Beteiligungen, das Kapitalverlustrisiko, die Rechtsnatur und die Rückforderbarkeit der Ausschüttungen, die Fremdfinanzierung in Verbindung mit den „Weichkosten“, die Auseinandersetzungsmodalitäten bei Ende der „Laufzeit“ und die fehlende Ausstiegsmöglichkeit unrichtig informiert worden. Darüber hinaus habe die Beklagte „Kick-Back“-Zahlungen verschwiegen.

Der - für Pflichtverletzungen vor dem 1.11.2007 noch anzuwendende - § 13 Z 3 und 4 WAG 1996 (8 Ob 107/11k) hat die schon zuvor von Rechtsprechung und Lehre insbesondere aus culpa in contrahendo, positiver Forderungsverletzung und dem Beratungsvertragsverhältnis abgeleiteten Aufklärungs- und Beratungspflichten festgeschrieben (RIS-Justiz RS0119752). Die Informationserteilung hat dem Gebot vollständiger, richtiger und rechtzeitiger Beratung zu genügen, durch die der Kunde in den Stand versetzt werden muss, die Auswirkungen seiner Anlageentscheidung zu erkennen. 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 Zusammenhang mit ebenfalls als Kommanditbeteiligungen ausgestalteten sog. „Schiffsbeteiligungen“: 6 Ob 28/15h;

10 Ob 28/15p).

Entsprechend diesen Grundsätzen muss der Berater sowohl über die rechtliche Konstruktion des „Fonds“ als (treuhändige) Beteiligung als Kommanditist, die Risikogeeignetheit der Anlageform als auch die Möglichkeiten und Modalitäten der Beendigung aufklären. Aber auch darüber, dass die Veranlagung nicht regelmäßige echte Erträge bringt, die der Anleger behalten darf, sondern Ausschüttungen geleistet werden, die der Anleger unter Umständen zurückzahlen muss (siehe dazu 10 Ob 28/15p), hat der Berater aufzuklären (OLG Wien 1 R 113/15t, 34 R 125/15z, 1 R 43/15y, 4 R 27/14s). Dabei handelt es sich nicht um ein bloß theoretisches, aber praktisch vernachlässigbares Risiko. Der Anleger investiert in eine Renditeerwartung. Es liegt daher 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 (vgl RIS-Justiz RS0123046 [T2]). Auch diesbezüglich ist daher eine Aufklärung zu verlangen, weil sie vollständig erfolgen muss, damit der Kunde die Auswirkungen seiner Anlageentscheidung erkennen kann, was gerade auch für eine, wenngleich nur theoretische Rückzahlungsverpflichtung durch eine wieder auflebende Kommanditistenhaftung gilt. Auf die Frage, wie wahrscheinlich es sein könnte, dass bereits erfolgte Ausschüttungen auch wieder rückgefordert werden könnten, kommt es damit nicht mehr an (OLG Wien 1 R 113/15t, 34 R 125/15z; implizit auch 3 Ob 112/15i [„Schiffsbeteiligungen“]). Auch das Verschweigen einer Innenprovision, zusätzlich zum offen gelegten Agio, würde einen Beratungsfehler darstellen (OLG Wien 1 R 113/15t, 34 R 125/15z). Die Verpflichtung,

sich um die Vermeidung von Interessenskonflikten zu bemühen, beinhaltet vor allem auch die Verpflichtung, gegenüber den Kunden Retrozessionsvereinbarungen (auch „Kick-Back“-Vereinbarungen) offen zu legen (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 Rechtsprechung). Es ist daher irrelevant, ob diese „Kick-Back“-Zahlungen Teil eines von den Kommanditgesellschaften zu tragenden Fixbetrags an Kapitalanschaffungskosten waren und auf das vom Kläger mit seinen Beteiligungen erzielte wirtschaftliche Ergebnis Auswirkungen hatten.

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. 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 (RIS-Justiz RS0022537; 6 Ob 145/08d mwN).

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 (RIS-Justiz RS0120784;

3 Ob 112/15i [„Schiffsbeteiligungen“]; 8 Ob 66/14k ua). Auch im Rahmen der Naturalrestitution ist nur dann der gesamte investierte Betrag zurückzuerstatten, wenn der Anleger bei korrekter Information gar kein Anlageprodukt erworben hätte, das einen Teil- oder Totalverlust erleiden kann, oder jedenfalls so investiert hätte, dass er keine Kursverluste erlitten hätte. Es ist im Zuge der Kausalitätsprüfung zu klären, wie der ordnungsgemäß informierte Anleger disponiert hätte. Die Beweislast dafür, dass bei pflichtgemäßem Verhalten des Beraters der Schaden nicht eingetreten wäre, trifft den geschädigten Anleger (RIS-Justiz RS0022900 [T5 und T11]), ebenso - zumindest bei vorgefasstem Anlageentschluss - die Behauptungs- und Beweislast für die Wahl und Entwicklung einer hypothetischen Alternativanlage (RIS-Justiz RS0022862 [T5]). Da es sich hier um die Feststellung eines hypothetischen Kausalverlaufs handelt, der sich naturgemäß nie mit letzter Sicherheit feststellen lässt, hat der Anleger den Schaden lediglich „plausibel“ zu machen. Dem Beklagten steht der Nachweis offen, dass ein anderer Verlauf wahrscheinlicher sei. Auszugehen ist von der typischen Entwicklung solcher Anlagen. Gegebenenfalls ist auf § 273 ZPO zurückzugreifen (7 Ob 221/13w; 4 Ob 67/12z; 7 Ob 77/10i ua).

Die Naturalrestitution wäre auch nicht untunlich, wenn die Beklagte dadurch mit erheblichen Kosten belastet würde und weil Rechtsbeziehungen zu Dritten bestünden. Naturalersatz kann nur dann nicht verlangt werden, wenn das dagegen stehende Interesse des Schädigers unverhältnismäßig größer wäre als das darauf gerichtete Interesse des Geschädigten (RIS-Justiz RS0030140, RS0088999, RS0030117). Die von der Beklagten behaupteten Kosten

durch eine auch langfristige Unterlegung mit Eigenmitteln stünden dem daher nicht entgegen.

Mit ihren Ausführungen zur Unmöglichkeit der Übertragung übersieht die Beklagte, dass es gegenständlich lediglich um die Abtretung der Rechte des Klägers aus dem Treuhandvertrag geht und nicht um die Übertragung der Gesellschafter- oder Treuhänderstellung an sich. Auch die Abgabe eines Angebots zur diesbezüglichen Übertragung ist ausreichend (vgl 3 Ob 112/15i [„Schiffsbeteiligungen“]), weil es dann (nur) an der Beklagten liegt, diese durch Annahme des Anbots zu bewirken (§ 861 ABGB).

Zusätzlich zu einem Leistungsbegehren in Form der „Naturalrestitution“ kommt ein Feststellungsbegehren insoweit in Betracht, als der Kläger behauptet und nachweist, dass ihm zusätzlich künftige derzeit noch nicht bekannte Schäden entstehen können (8 Ob 66/14k; 3 Ob 112/15i [„Schiffsbeteiligungen“]), hier die Rückzahlung erhaltener Ausschüttungen. Ein Feststellungsinteresse wäre - auch ohne ausdrückliche Tatsachenfeststellungen des Erstgerichts - gegeben, weil die hier gegenständlichen „Holland-Immobilienfonds“ unstrittig seit geraumer Zeit wegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten keine Ausschüttungen mehr leisten, sodass schon deshalb eine Rückforderung nicht ausgeschlossen werden kann.

Zum Verjährungseinwand ist festzuhalten, dass die Verjährungsfrist des § 1489 ABGB mit dem Zeitpunkt zu laufen beginnt, in dem dem Geschädigten der Schaden, die Person des Schädigers und die Schadensursache bekannt geworden sind (RIS-Justiz RS0034951). Die Verjährung bezieht sich auf den jeweils geltend gemachten Anspruch, der - wie der Streitgegenstand - durch die zu seiner Begründung vorgebrachten Tatsachen konkretisiert wird.

Stützt der Kläger sein Begehren alternativ auf verschiedene Sachverhaltsvarianten, liegen in Wahrheit mehrere Ansprüche vor, die auch verjährungsrechtlich getrennt zu beurteilen sind. Dies gilt auch im hier zu beurteilenden Fall, in dem der Kläger sein auf Naturalrestitution gerichtetes Leistungsbegehren - ebenfalls alternativ - auf mehrere Beratungsfehler der Beklagten gestützt hat. Die erworbene, aber unerwünschte Anlage ist 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. Bei Vorliegen mehrerer Aufklärungs- und/oder Beratungsfehler ist daher die Prüfung der Verjährungsfrage getrennt vorzunehmen und die Verjährung jedes einzelnen behaupteten schadensauslösenden Beratungsfehlers gesondert zu beurteilen (3 Ob 112/15i; OLG Wien 1 R 113/15t, 34 R 125/15z, 1 R 43/15y; *Kodek in Leupold Forum Verbraucherrecht* 2015 [2015], 83 f mwN).

Die Verjährungsfrist beginnt schon dann, wenn dem Berechtigten der Kausalzusammenhang zwischen dem schädigenden Ereignis und dem eingetretenen Schaden erkennbar war oder erkennbar sein musste, wenn also die objektive Möglichkeit der Klagseinbringung gegeben war. Die Kenntnis der Höhe des Schadens ist hiezu nicht erforderlich. Es genügt die Möglichkeit der Ermittlung desselben (RIS-Justiz RS0034366). Im Fall der Verschuldenshaftung muss der Geschädigte auch Klarheit über das Verschulden des Schädigers haben. Er darf sich allerdings nicht einfach passiv verhalten und es darauf ankommen lassen, dass er von der Person des Ersatzpflichtigen eines Tages

zufällig Kenntnis erhält (RIS-Justiz RS0065360). Ihn trifft 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). Die Erkundigungspflicht darf jedoch nicht überspannt werden, sie setzt regelmäßig deutliche Anhaltspunkte für einen Schadenseintritt voraus. Nur insoweit darf sich der Geschädigte nicht einfach passiv verhalten (RIS-Justiz RS0065360; 2 Ob 41/13p). Die bloße Möglichkeit der Kenntnis genügt grundsätzlich ebenso wenig wie die bloße Möglichkeit der Ermittlung einschlägiger Tatsachen. Das Kennenmüssen reicht daher grundsätzlich nicht aus (RIS-Justiz RS0034366 [T3, T6]).

Zwar ging das Erstgericht offenbar davon aus, dass der Kläger Schreiben wie jene der Beil./26 bis ./109 (im Wesentlichen Schreiben der TVP zu Ausschüttungen sowie Geschäfts- und Treuhandberichte) erhalten hat. Es konnte lediglich nicht feststellen, wann welches Schreiben und mit welchen an den Kläger auszuschüttenden Beträgen dem Kläger zuging (Seite 12 der Urteilsausfertigung). Dass die Ansprüche des Klägers auf Grund dieser Schreiben jedenfalls verjährt seien, ergibt sich daraus jedoch nicht. Im Hinblick auf die obigen Ausführungen ist der Beginn der Verjährungsfrist für jeden relevanten Beratungsfehler gesondert zu prüfen. Den ihm zugesandten Unterlagen mögen Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Kommanditbeteiligung zu entnehmen sein. Auch aus den Schreiben vom Herbst 2007 zur geplanten Umstrukturierung (insbesondere Beil. ./34 bis ./36 und Beil. ./83

und ./84) lassen sich aber ausreichende Hinweise auf sämtliche behaupteten Beratungsfehler der Beklagten und damit ein Beginn aller Verjährungsfristen nicht entnehmen. Diese äußerst umfangreichen Unterlagen betreffen in erster Linie die „Werbung“ für eine Umfinanzierung und Umstrukturierung mehrerer MPC Holland-Fonds und stellen nicht etwa Rechenschaftsberichte über den Erfolg der Beteiligungen des Klägers dar. Für das neue Projekt wurde unter anderem auch damit geworben, dass es bei dessen Umsetzung zu einer vorzeitigen Kapitalausschüttung (auch) an den Kläger kommen werde. Erst in weiterer Folge unter dem Kapitel „Wichtige Fragen und Antworten“, das allerdings lediglich das Projekt „Umfinanzierung und Umstrukturierung“ betrifft, ist davon die Rede, dass beim neuen Projektvorhaben auf Grund des hohen Fremdfinanzierungsgrades eine Insolvenz der Gesellschaft möglich wäre und in diesem Fall maximal das reduzierte noch in der neuen Gesellschaft verbliebene Kapital gefährdet wäre. Weiters findet sich erst dort ein Hinweis, dass die ausgekehrten Beträge zurückgefordert werden können, so weit die Einlage des Gesellschafters zurückbezahlt oder nach Entnahmen der Kapitalanteile unter den Betrag der Haftsumme herabgemindert wird. Schon eine Obliegenheit des Klägers, sich mit den „Wichtigen Fragen und Antworten“ des neuen Projekts eingehen zu befassen, bestand nicht, zumal nach dem vorangestellten Informationsschreiben keinerlei Verpflichtung bestand, an dem neuen Projekt teilzunehmen oder diesem zuzustimmen. Überdies betreffen diese Fragen und Antworten das neue Projekt, an dem der Kläger noch gar nicht beteiligt war und sich auch nicht beteiligt hat. Es mag zwar daher mehr als drei Jahre vor Klagseinbringung eine Erkundigungsobliegenheit des Klägers hin-

sichtlich der Rechtsform der Veranlagung als (treuhändige) Unternehmensbeteiligung bestanden haben. Schon das Vorliegen ausreichender Hinweise auf ein (Total-)Kapitalverlustrisiko liegt - auch bei Berücksichtigung der Verringerung der Ausschüttungen - nicht ohne weiteres auf der Hand. Ausreichende Verdachtsmomente für eine Fehlberatung dahingehend, dass die bereits erhaltenen Ausschüttungen rückforderbar waren, ergeben sich aber daraus nicht. Auch ein Hinweis auf „Kick-Back“-Zahlungen ist in den Unterlagen nicht enthalten.

Zutreffend hat bereits das Erstgericht dargelegt, dass die Frage, ob sich ein Anleger ein Mitverschulden am Scheitern seiner Veranlagung anrechnen lassen muss, etwa weil er Risikohinweise nicht beachtet hat, auf Grund der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen ist (RIS-Justiz RS0102779). Bei unrichtiger Anlageberatung kann ein Mitverschulden des Kunden in Betracht kommen, wenn der Kunde selbst auf dem Anlagesektor hervorragende Kenntnisse besitzt und ihm daher die Unrichtigkeit der Anlageberatung hätte auffallen müssen (RIS-Justiz RS0102779). 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 (10 Ob 34/10t; 7 Ob 58/12d; 4 Ob 62/11p ua). Ob den Kläger ein Mitverschulden trifft, hängt auch vom (nicht ausreichend festgestellten) Verlauf der Beratungsgespräche ab, insbesondere davon, ob für den Kläger Grund zur Annahme bestand, dass sich in den Unterlagen Aufklärungen über Produkteigenschaften finden werden, die seinen durch die Beratung erweckten Erwartungen widerspre-

chen würden.

Ausgehend von diesen Grundsätzen reichen angesichts des Parteinvorbringens die Feststellungen des Erstgerichts für eine abschließende Beurteilung der Sache nicht aus. Zutreffend weisen die Rechtsmittelschriften (auch die Berufungsbeantwortung) darauf hin, dass Beweisergebnisse für das Vorliegen von sogenannten Bestandsprovisionen, also Provisionen, die während der Laufzeit des Produkts zu bezahlen sind, nicht vorliegen. Sollte das Erstgericht mit seiner diesbezüglichen Feststellung (Seite 11 der Urteilsausfertigung) die von der Beklagten einmalig erhaltenen „Innenprovisionen“ (auch „Kick-Back“ genannt) gemeint haben, werden die Feststellungen dahin zu präzisieren sein. Sollte das Erstgericht zur Ansicht gelangen, dass die Beklagte keine Bestandsprovisionen (die vom diesbezüglich allgemein gehaltenen Vorbringen des Klägers noch gedeckt wären) erhalten hat, wäre die dazu beantragte Einvernahme des Zeugen Dr. Cowling nicht erforderlich, sodass auch ein diesbezüglicher Verfahrensmangel nicht vorläge.

Aber auch die Feststellungen zu den Beratungsgesprächen, insbesondere zum zweiten Beratungsgespräch vom 16.12.2004, sind nicht ausreichend. So wurde hinsichtlich des ersten Beratungsgesprächs nicht festgestellt, ob T ■■■■■ S ■■■■■ den Kläger über die Rückforderbarkeit der Ausschüttungen aufklärte. Ebenso wurde nicht festgestellt, ob der Kläger die erste Veranlagung getätigt hätte, wenn er über diesen Umstand aufgeklärt worden wäre. Zum zweiten Beratungsgespräch hat das Erstgericht weder festgestellt, welche Risikobereitschaft und Anlageerwartungen der Kläger hinsichtlich dieser Veranlagungen hatte. Auch wurde nicht festgestellt, was P ■■■■■ G ■■■■■

dem Kläger zum „54. Holland-Fonds“ erklärte, insbesondere ob er den Kläger über die Art der Ausschüttungen und deren Rückforderbarkeit aufklärte. Ebenso wurde nicht festgestellt, welche Papiere der Kläger unterfertigte und ob er diese gelesen hatte, allenfalls weshalb er dies nicht tat. Darüber hinaus fehlen hinsichtlich der zweiten Veranlagung jegliche Feststellungen, ob der Kläger bei Aufklärung über die von ihm als Beratungsfehler vorgebrachten Umstände die Veranlagung getätigt hätte oder nicht.

Weiters fehlen konkrete Feststellungen zur vom Kläger behaupteten aber bestrittenen jeweiligen Alternativveranlagung. Das Erstgericht wird daher im fortgesetzten Verfahren Feststellungen dazu zu treffen haben, für welche Anlageart sich der Kläger bei ordnungsgemäßer Beratung entschieden hätte und wie sich eine solche Anlage in weiterer Folge typischerweise entwickelt hätte. Weil gegenständlich zwei Veranlagungen auf Grund zweier Beratungsgespräche erfolgten, sind derartige Feststellungen für jede der beiden Veranlagungen zu treffen. Diesbezüglich wird das Erstgericht auch seine beweiswürdigenden Erwägungen - allenfalls nach ergänzender Einvernahme des Klägers - darzulegen haben.

Die Aufhebung der Entscheidung zur Ergänzung der Sachverhaltsgrundlage erwies sich daher als unvermeidlich.

Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 ZPO.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 1, am 18. Dezember 2015

Dr. Regine Jesionek
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG