



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

4 R 27/14s

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Curd Steinhauer als Vorsitzenden, die Richterin Mag. Martina Elhenicky und den Kommerzialrat Klaus Hans Josef Thiel in der Rechtssache der klagenden Partei [REDACTED]

[REDACTED] vertreten durch Dr. Wolfgang Leitner, Dr. Max Leitner, Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei [REDACTED]

[REDACTED] vertreten durch Dr. Thomas Lederer, Rechtsanwalt in Wien, wegen EUR 24.493,75 s.A. und Feststellung (Streitwert EUR 3.000,--; Gesamtstreitwert EUR 27.493,75), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichts Korneuburg als Handelsgericht vom 25.11.2013, 2 Cg 25/13x-15, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 2.139,06 (darin enthalten EUR 356,51 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt 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 :

I. Sachverhalt

Die Klägerin erwarb über Beratung und Empfehlung von der als selbstständige Vermögensberaterin tätigen Beklagten am 14.5.2007 eine von der TVP Treuhand- und Verwal-

tungsgesellschaft für Publikumsfonds mbH (im Folgenden: TVP Treuhand) treuhändig gehaltene Kommanditbeteiligung an der Zweite Beteiligungsgesellschaft Reefer-Flottenfonds mbH & Co KG (im Folgenden: Reefer-Flottenfonds) mit Sitz in Hamburg im Nennwert von EUR 25.000,-- um EUR 26.250,-- (inkl. 5 % Agio). Die Beklagte erklärte ihr, dass der investierte Betrag im Jahr 2018 zurückgezahlt und es bis dahin zu jährlichen Ausschüttungen in Höhe von voraussichtlich 7 bis 8 % kommen werde. Die Klägerin fasste diese Ausschüttungen als jährliche Zinserträge auf. Dass es sich dabei in Wahrheit um Teilrückzahlungen auf die geleistete Kommanditeinlage handelte, die im Fall der Insolvenz der Beteiligungsgesellschaft zurückzuzahlen sind, war ihr nicht bekannt. Bisher erhielt sie Ausschüttungen von EUR 1.756,25.

II. Partein vorbringen

Die Klägerin begehrt die Zahlung von EUR 24.493,75 sowie die Feststellung der Haftung der Beklagten für alle ihr aus der Beteiligung am Reefer-Flottenfonds noch entstehenden Schäden. Zur Begründung führte sie aus, dass die Beklagte im Frühjahr 2007 an sie herangetreten sei und ihr die Veranlagung in den Reefer-Flottenfonds als besonders empfehlenswert beschrieben habe. Dabei habe sie nicht offen gelegt, dass sie als Erfüllungsgehilfin für einen Dritten handle, weshalb der Auskunftsvertrag unmittelbar mit ihr zustande gekommen sei. Sie habe die Risikostreuung durch die Beteiligung an einzelnen Schifffahrtsgesellschaften hervorgehoben, auf die Versicherung der Schiffe sowie deren Auslastung durch garantierte Charter- und Frachtverträge hingewiesen und für die nächsten Jahre Ausschüttungen von zunächst 7 % und dann 8 % p.a. als erwartbar dargestellt. Darüber, dass sich die angebotene Kommanditbeteiligung grundsätzlich von den sonst am Kapitalmarkt angebotenen Unternehmensbeteiligun-

gen unterscheide, eine Steuerpflicht aus Gewerbebetrieb auslöse und eine fortlaufende steuerliche Betreuung erforderlich mache, habe sie die Klägerin allerdings nicht aufgeklärt; ebenso nicht darüber, dass die Kommanditbeteiligung anders als Aktien oder Investmentfonds nur eingeschränkt und nicht sinnvoll veräußerbar sei; dass der Beteiligung nicht nur im Extremfall, sondern geradezu typischerweise das Risiko des Totalverlustes anhafte und sie daher als hochriskant anzusehen sei; dass sie für die Klägerin völlig ungeeignet und das Insolvenzrisiko aufgrund der hohen Fremdkapitalquote außergewöhnlich hoch sei; aber auch dass die Beklagte für die Vermittlung über das 5%ige Agio hinausgehende Provisionszahlungen von der Vertriebsorganisation erhalte. Die beiden rund 20minütigen Beratungsgespräche seien völlig unzureichend gewesen, um eine Anlegerin über die Risiken und Charakteristiken der Veranlagung aufzuklären. Die Klägerin habe das Wesen der Investition daher auch nicht durchschaut, als sie im Anschluss daran die von der Beklagten bereits im Voraus ausgefüllten Beitrittserklärungen im Vertrauen darauf, bestmöglich beraten worden zu sein, ungelesen unterschrieben habe.

Erst als sie am 28.10.2012 ein Schreiben der TVP Treuhand mit dem Vorschlag einer Kapitalerhöhung erhalten habe, um Zahlungsschwierigkeiten der Schiffahrtsgesellschaft zu vermeiden, sei ihr das Risiko eines Totalverlustes bekannt geworden. Nach anwaltlicher Beratung habe sie feststellen müssen, dass die angeführten Risiken bestünden, insbesondere dass es sich bei den Ausschüttungen nicht um einen Ertrag, sondern um Rückzahlungen auf die geleistete Kommanditeinlage handle; dass ihr im Fall der Insolvenz der Beteiligungsgesellschaft die Rückforderung der vermeintlichen Erträge drohe; dass Schiffsfonds aufgrund des Abschwungs im Seetransportwesen in eine

schwere Krise geraten und mittlerweile durchwegs insolvenzgefährdet seien; dass die Schiffe durchwegs mit Hypotheken über ihren Wert hinaus belastet seien und der erhoffte Veräußerungsgewinn am Ende der Beteiligungslaufzeit praktisch ausgeschlossen sei; sowie dass ihre Beteiligung mittlerweile wertlos sei. Das Anlageprodukt sei durch eine Wertaushöhlung infolge exorbitant hoher Betriebsspesen geprägt, was es ex ante geradezu ausgeschlossen erscheinen lasse, den prognostizierten Ertrag zu erzielen.

Wäre die Klägerin über die wahren Eigenschaften und Risiken der Veranlagung in eine Kommanditbeteiligung aufgeklärt worden, hätte sie diese Veranlagung nicht erworben. Die Beklagte schulde ihr daher aufgrund mangelhafter Anlageberatung den Ersatz des investierten Betrags von EUR 26.250,-- abzüglich der erhaltenen Ausschüttungen von EUR 1.756,25. Da die Ausschüttungen möglicherweise zurückzuzahlen seien und Steuerberatungskosten drohten, bedürfe es zusätzlich des Feststellungsbegehrens, dass die Beklagte für alle zukünftig aus der mangelhaften Beratung entstehenden Schäden hafte. Die begehrte Naturalrestitution sei weder unmöglich noch untunlich, da das wirtschaftliche Eigentum jederzeit und ohne Mitwirkung der Anlagegesellschaft an die Beklagte übertragen werden könne und die Treugeberposition gegenüber der Treuhänderin frei disponierbar sei.

Die Beklagte bestritt, beantragte Klagsabweisung und wendete ein, dass sie nicht passiv legitimiert sei, weil sie der Klägerin offen gelegt habe, die gegenständliche Veranlagung nicht im eigenen Namen, sondern als Vertriebspartnerin und Erfüllungsgehilfin der Münchmeyer Petersen Kapital Austria AG (im Folgenden: MPA) zu vermitteln. Sie habe die Klägerin aber auch nicht fehlerhaft beraten. Diese sei eine gewinnorientierte und spekulierende Kun-

din, die aufgrund der Erfahrung mit ihrem Wertpapierdepot und einem Bauherrnmodell über die Risiken und Eigenschaften diverser Anlageformen Bescheid gewusst habe. Sie habe vor allem das mit der Veranlagung in eine Kommanditbeteiligung verbundene Totalverlustrisiko gekannt, sei von der Beklagten aber auch über alle Risiken der Veranlagung in eine Schiffsbeteiligung aufgeklärt worden, die weder ein ungewöhnliches Anlagemodell noch damals riskanter als Meinl-Aktien oder Zertifikate gewesen sei. Die Krise auf dem Schiffsbeteiligungsmarkt sei im Jahr 2007 nicht absehbar gewesen. Die Beklagte habe für die Vermittlung nicht mehr als 5 % Provision erhalten. Die gegenständliche Veranlagung sei bis heute nicht wertlos geworden. Die Klägerin treffe das Allein-, jedenfalls aber ein Mitverschulden von „zumindest 99 %“, weil sie aufgrund ihrer bisherigen Erfahrung und der schriftlichen Risikohinweise das mitunternehmerische Risiko hätte wahrnehmen müssen. Sollte sie die Unterlagen ungelesen unterfertigt haben, habe sie in eigenen Angelegenheiten sorglos gehandelt. Eine Naturalrestitution Zug um Zug gegen Übertragung der treuhändig gehaltenen Kommanditbeteiligung sei unmöglich oder untunlich.

III. Angefochtene Entscheidung und Rechtsmittel

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht dem Klagebegehren statt, dem Zahlungsbegehren jedoch nur Zug um Zug gegen Übertragung der Rechte der Klägerin aus der Treuhandvereinbarung mit der TVP Treuhand. Es stellte den zu Beginn dieser Entscheidung bereits auszugsweise wiederholten, aus den Seiten 8 bis 11 der Urteilsausfertigung ersichtlichen Sachverhalt fest, auf den zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird.

In rechtlicher Hinsicht führte es aus, dass die Beklagte gegenüber der Klägerin als selbstständige Vermögensberaterin aufgetreten sei und bei ihrer Vermittlungs-

tätigkeit in keiner Weise offen gelegt habe, dass sie als Vertreterin der MPA tätig werde. Der Beratungsvertrag sei mangels Offenlegung daher mit ihr selbst zustande gekommen. Sie habe daher auch für die Verletzung der sie treffenden Beratungs- und Aufklärungspflichten einzustehen.

Im konkreten Fall habe sie die Klägerin nicht über das für ihre Anlageentscheidung maßgebliche Risiko aufgeklärt, dass die jährlichen Ausschüttungen im Insolvenzfall zurückzuzahlen seien. Der Schaden der Klägerin aufgrund der fehlerhaften Beratung liege im Erwerb eines Finanzprodukts mit nicht gewünschten Eigenschaften. Die Klägerin sei daher so zu stellen, wie sie stünde, wenn sie richtig aufgeklärt worden wäre. In diesem Fall wäre sie die nicht gewollte Beteiligung nicht eingegangen. Sie habe somit einen Anspruch auf Naturalrestitution, der auf die Rückübertragung des Finanzprodukts Zug um Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises gerichtet sei und auch gegenüber der Anlageberaterin bestehe. Die Naturalrestitution sei möglich, weil die Rechte der Klägerin aus der Treugeberstellung an die Beklagte abgetreten werden könnten.

Das Feststellungsbegehren bestehe zu Recht, weil Nachschusspflichten der Klägerin nicht auszuschließen seien. Da die Beklagte der Klägerin nur die Fragen auf der Vorderseite des Anlegerprofils vorgelesen, ihr die passenden Antworten vorgegeben und sie nicht auf die Risikohinweise auf der Rückseite hingewiesen habe, begründe es kein Mitverschulden der Klägerin, dass sie die Risikohinweise nicht gelesen habe. Selbst wenn sich im kleingedruckten ersten Absatz auf der Vorderseite die Formulierung finde „Ich nehme die Risikohinweise auf der Rückseite zustimmend zur Kenntnis“, habe die Klägerin aufgrund des vorangegangenen Prozederes davon ausgehen dürfen, dass ihr die Beklagte alle maßgeblichen Informationen erteilt habe.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten aus den Berufungsgründen der unrichtigen Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil in klagsabweisendem Sinn abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Klägerin beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

IV. Berufungsentscheidung

Die Berufung ist nicht berechtigt.

1. Beweisrüge

1.1. Die Beklagte bekämpft die Feststellung, dass die Klägerin, die gegenständliche Veranlagung nicht gewählt hätte, wenn sie gewusst hätte, dass es sich bei den Ausschüttungen tatsächlich um keine Zinserträge, sondern um Beträge handelt, die sie allenfalls rückerstatten muss. Ersatzweise hätte festgestellt werden sollen, dass gerade nicht davon ausgegangen werden könne, dass die Klägerin in diesem Fall von der Veranlagung Abstand genommen hätte, weil die Rückzahlungsverpflichtung gegenüber dem ihr bekannten Totalverlustrisiko keine Risikoerhöhung dargestellt habe. Das Erstgericht hätte die Aussage der Klägerin als prozessmotivierte Schutzbehauptung erkennen müssen und hätte ihr keinen Glauben schenken dürfen, da die Klägerin keine Erklärung dafür geboten habe, warum sie bei Kenntnis der Rückzahlungsverpflichtung in die Beteiligung nicht investiert hätte. Sie sei jedenfalls keine konservative Sparbuchanlegerin gewesen, sondern habe bewusst eine Veranlagung mit Totalverlustrisiko gewählt und dabei das Risiko in Kauf genommen, das veranlagte Geld bereits vor dem ersten Ausschüttungstermin zur Gänze zu verlieren, auch wenn ein solcher Totalverlust zum Veranlagungszeitpunkt aufgrund der positiven Entwicklung

auf dem Schiffsmarkt unwahrscheinlich gewesen sei. Dieses Risiko habe sich durch die Rückzahlungsverpflichtung jedenfalls nicht erhöht.

Das Erstgericht hat die angefochtene Feststellung auf die für nachvollziehbar und aufgrund seines persönlichen Eindrucks für glaubwürdig befundene Aussage der Klägerin gestützt (Protokoll ON 9, Seite 7: *„Ich hätte sicherlich nicht investiert, wenn ich von Anfang an gewusst hätte, dass die Auszahlungen 11 Jahre lang nur die Rückzahlung meines eigenen Kapitals waren. Ich hätte mich nicht dafür entschieden, wenn ich gewusst hätte, dass die Ausschüttungen möglicherweise zurückzuzahlen sind“*). Wenn der Erstrichter diese Aussage als ehrlich und nicht als eine prozessmotivierte Schutzbehauptung beurteilt hat, ist das schon deshalb nicht zu beanstanden, weil er das von ihr behauptete hypothetische Alternativverhalten einem Vergleich mit dem Verhalten eines durchschnittlichen Anlegers in ihrer Situation unterzogen hat. Dabei ist er durchaus lebensnah davon ausgegangen, dass eine Anlegerin typischerweise vor ihrer Anlageentscheidung die damit verbundenen Risiken abwägen und ihre Entscheidung, ob sie ein ihr bekanntes Verlustrisiko in Kauf nimmt, nicht nur von ihrer Risikobereitschaft, sondern unter anderem von ihrer Einschätzung abhängig machen wird, für wie wahrscheinlich sie den Eintritt dieses Risikos hält. Sie wird also umso eher bereit sein, das Risiko eines Totalverlustes einzugehen, desto weniger wahrscheinlich sie mit dessen Eintritt rechnet.

Insofern ist die Überlegung des Erstgerichts beachtlich, dass das der Klägerin bekannte - wenn auch bei Vertragsabschluss als eher unwahrscheinlich beurteilte - Risiko des Totalverlusts des eingesetzten Kapitals mit fortschreitender Dauer der Veranlagung durch

die Ausschüttung echter Zinsen hätte gemildert werden können, da bei Erfüllung der prognostizierten Ertragserwartungen die abgereiften Zinsen beispielsweise schon nach sieben Jahren die Hälfte des eingesetzten Kapitals gesichert hätten. Die Schlussfolgerung, dass dieser risikomindernde Effekt wegfällt, wenn am Ende der Laufzeit nicht nur das eingesetzte Kapital, sondern möglicherweise auch scheinbar erzielte Erträge verloren gehen können, und die Klägerin die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Totalverlustes bei Kenntnis der wahren Eigenschaften der Ausschüttungen anders eingeschätzt hätte, ist damit aber entgegen der Auffassung der Beklagten weder widersprüchlich noch verfehlt.

Dass das Erstgericht der Klägerin somit auch deshalb Glauben schenkte, weil ihre Vorgangsweise jener eines durchschnittlichen Anlegers entsprach, begegnet keinen Bedenken, da ihr andernfalls grundlos ein atypisches Verhalten hätte unterstellt werden müssen. Hinzu kommt, dass die Klägerin entgegen der Argumentation der Beklagten sehr wohl dargelegt hat, dass es ihr - auch im Anlegerprofil Beilage ./2 deklariertes - Anlageziel war, regelmäßige Zinserträge zu bekommen. Hätte sie erfahren, dass sie während der Laufzeit der Veranlagung keine echten Zinserträge, sondern nur Rückzahlungen auf die treuhändig gehaltene Kommanditbeteiligung erhält, und ein allfälliger Ertrag erst am Ende der Laufzeit im Jahr 2018 (also erst nach 11 Jahren) zur Auszahlung gelangt, hätte sie wohl auch erkannt, dass die Veranlagung ihrem Anlageziel und ihrer Risikobereitschaft nicht entsprach, weil sich das Risiko des Verlustes des gesamten investierten Kapitals nicht nur bis zur ersten Ausschüttung, sondern selbst noch nach 11 Jahren trotz zwischenzeitigen Erhalts der prognostizierten Ausschüttungen realisieren konnte. Da diese Kenntnis

somit Einfluss auf die Einschätzung der Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Totalverlustes hat, wäre es nur konsequent, das Veranlagungsprodukt nochmals zu überdenken und sich dagegen zu entscheiden. Die Überzeugung des Erstgerichts, die Klägerin hätte genau diese Konsequenz gezogen, ist demnach plausibel und nicht zu beanstanden. Der Beklagten ist es jedenfalls nicht gelungen, stichhaltige Zweifel an der Richtigkeit der bekämpften Feststellung zu wecken.

Das Berufungsgericht übernimmt daher die angefochtene Feststellung und legt sie seiner Entscheidung zu Grunde.

2. Davon ausgehend kommt auch der Rechtsrüge keine Berechtigung zu.

2.1. Die Beklagte vertritt die Auffassung, dass die Klägerin aufgrund ihrer Kenntnis vom Totalverlustisiko ohnehin über das „Worst-Case“-Szenario Bescheid gewusst habe. Ihr sei jedenfalls bekannt gewesen, dass es noch vor der ersten Ausschüttung zu einem Totalverlust des investierten Kapitals und damit auch zum Ausfall jeglichen Zinsertrags kommen könne. Sie habe daher keiner besonderen Aufklärung über die Verpflichtung zur Rückzahlung der Ausschüttungen im Insolvenzfall bedurft, weil sich dieses Risiko dadurch nicht vergrößert habe. Die fehlende Aufklärung darüber könne damit keine Haftung der Beklagten begründen.

2.2. Unstrittig ist, dass die Beklagte als selbstständige Vermögensberaterin bei der Vermittlung der gegenständlichen treuhändig gehaltenen Kommanditbeteiligung den Wohlverhaltensregeln der §§ 11 ff Wertpapieraufsichtsgesetz in der Fassung vor dem - erst am 1.11.2007 in Kraft getretenen - WAG 2007, BGBl I 2007/60, (WAG 1997), unterlag. § 13 Z 3 und 4 WAG 1997 schrieb die von der Rechtsprechung und Lehre zu Effektengeschäften

insbesondere aus culpa in contrahendo, positiver Forderungsverletzung und dem Beratungsvertrag abgeleiteten Aufklärungs- und Beratungspflichten fest. Demnach ergibt sich die konkrete Ausgestaltung und der Umfang der Beratung jeweils im Einzelfall in Abhängigkeit vom Kunden, insbesondere von dessen Professionalität, sowie vom ins Auge gefassten Anlageobjekt (RIS-Justiz RS0119752).

Der Kunde ist über die Risikoträchtigkeit der in Aussicht genommenen Anlage aufzuklären. Der Anlagevermittler ist dabei verpflichtet, richtig und vollständig über diejenigen tatsächlichen Umstände zu informieren, die für den Anlageentschluss des Kunden von besonderer Bedeutung sind. Verfügt er nicht über objektive Daten und entsprechende Informationen, sondern nur über unzureichende Kenntnisse, muss er dies dem Kunden offen legen (RIS-Justiz RS0108073).

Ein Finanzdienstleister hat mit der erforderlichen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit die Interessen seines Kunden zu wahren und ihm alle zweckdienlichen Informationen mitzuteilen, soweit dies im Hinblick auf die Art und den Umfang der beabsichtigten Geschäfte erforderlich ist. 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 dessen persönliche Kenntnisse und Erfahrungen Rücksicht zu nehmen und bei der Verwendung von Fachausdrücken Vorsicht geboten ist (RIS-Justiz RS0123046; 7 Ob 106/10d).

2.3. Gibt der Vermögensberater dem Anleger nur ein als eher unwahrscheinlich eingeschätztes „Worst-Case“-

Szenario bekannt, ohne ihn über weitere Risiken der Veranlagung aufzuklären, verletzt er das Gebot der vollständigen Aufklärung, da der Anleger, wenn er nicht alle Risiken kennt, gerade nicht in die Lage versetzt wird, beurteilen zu können, ob er sich auf die ihm empfohlene Anlageform einlassen soll. Für eine umfassende Aufklärung ist es nämlich auch notwendig, zu erfahren, welche Risiken abgesehen vom Totalverlustrisiko bestehen und wie groß die Wahrscheinlichkeit ist, dass sich ein bestimmtes Risiko verwirklicht.

Das bedeutet aber, dass die Klägerin umfassend darüber zu beraten war, wie groß die Chance war, während der Laufzeit von rund elf Jahren einen Ertrag erwirtschaften zu können, und wie groß die Gefahr war, am Ende das gesamte Kapital zu verlieren. Da die Klägerin - wie sich aus dem in die Feststellungen integrierten Anlegerprofil (Beilage ./2) ergibt - ihr „Ertragsziel“ mit „regelmäßige Rückflüsse“ angegeben hat, war es für sie erkennbar wesentlich, zu erfahren, dass ihr Anlageziel selbst bei jährlichen Ausschüttungen in der prognostizierten Höhe im Falle einer Insolvenz der Beteiligungsgesellschaft am Ende der Laufzeit noch zur Gänze verfehlt werden und es zur Rückforderung der vermeintlichen Zinserträge kommen könnte. Für ihre Anlageentscheidung war es daher notwendig, zu wissen, ob es bereits während der Laufzeit zu echten Erträgen kommt, die sie im Insolvenzfall behalten darf und die - wie vom Erstgericht zutreffend erkannt - das Totalverlustrisiko mit zunehmender Dauer der Veranlagung mindern, oder ob dies nicht der Fall ist. Die Klägerin bedurfte daher trotz Kenntnis des mit der Veranlagung in eine treuhändig gehaltene Kommanditbeteiligung immer verbundenen Totalverlustrisikos einer verständlichen Aufklärung über die Verpflichtung zur Rückzahlung der Ausschüttungen im

Insolvenzfall, da es sich auch dabei um eine wesentliche Eigenschaft der Veranlagung handelte, nach der sie die Chance, dass ein Ertrag erwirtschaftet werden oder entfallen wird, selbst einschätzen konnte (vgl. RIS-Justiz RS0123046 [T2]).

2.4. Als verfehlt bekämpft die Beklagte des Weiteren die Rechtsansicht des Erstgerichts, dass eine Naturalrestitution möglich und zulässig sei. Richtigerweise könne vom Vermittler eine Übernahme des Treuhandvertrags nicht verlangt werden. Eine Abtretung der Rechte aus dem Treuhandvertrag bedeute eine Umgehung jener Vertragsbestimmungen, wonach die Übertragung der Kommanditbeteiligung der Zustimmung der übrigen Gesellschafter bzw. der Beteiligungsgesellschaft bedürfe. Es bestehe daher die Gefahr, dass die Rechte der Beklagten gegenüber der Beteiligungsgesellschaft eingeschränkt werden könnten. Ein Zug-um-Zug-Leistungsbegehren sei daher unzulässig.

2.5. Ist die Naturalherstellung sowohl möglich als auch tunlich, so steht es dem Geschädigten frei, entweder Wiederherstellung des vorigen Zustands oder Geldersatz zu verlangen. Unmöglichkeit der Naturalrestitution darf allerdings erst dann angenommen werden, wenn der Leistung ein dauerndes Hindernis entgegensteht. Steht der Leistung nur ein vorübergehendes Hindernis entgegen, liegt keine Unmöglichkeit vor (RIS-Justiz RS0112887, insb. [T7]). Die Beweislast für die Unmöglichkeit oder Untunlichkeit der Naturalrestitution trifft den Verpflichteten, zu dessen Lasten verbleibende Zweifel somit gehen (RIS-Justiz RS0112887 [T8]; RS0109497).

Die Beklagte hat im erstinstanzlichen Verfahren zwar die Unmöglichkeit und Untunlichkeit der Übertragung der treuhändig gehaltenen Kommanditbeteiligung eingewendet, zur Begründung aber weder ein Tatsachenvorbringen

erstattet noch Beweise dafür angeboten. Vor allem ist sie der Behauptung der Klägerin, dass das wirtschaftliche Eigentum jederzeit und ohne Mitwirkung der Anlagegesellschaft an sie übertragen werden könne und die Treugeberposition gegenüber der Treuhänderin frei disponierbar sei, nicht substantiiert entgegengetreten. Das Erstgericht ist demnach im Sinn der dargestellten Beweislastregel zu Recht davon ausgegangen, dass die Naturalrestitution möglich sei, weil die Klägerin die Rechte aus der Treugeberstellung an die Beklagte abtreten könne.

Soweit die Beklagte erstmals in der Berufung behauptet, dass die Übertragung der Kommanditbeteiligung der Zustimmung der übrigen Gesellschafter bzw. der Beteiligungsgesellschaft bedürfe, verstößt sie gegen das Neuerungsverbot des § 482 ZPO. Abgesehen davon führt aber ein solches Zustimmungserfordernis ohnehin nicht zur Unmöglichkeit der Abtretung, solange kein Anhaltspunkt dafür besteht, dass die erforderlichen Zustimmungen auf Dauer verweigert und damit endgültig nicht erwirkt werden können.

2.6. Die Beklagte kommt schließlich auch in der Berufung auf ihren Mitverschuldenseinwand zurück und beanstandet, das Erstgericht habe zu Unrecht nicht berücksichtigt, dass die Klägerin die Risikohinweise auf der Rückseite der Beitrittserklärung nicht gelesen habe, obwohl ihr das Kapitalverlustrisiko grundsätzlich bekannt gewesen sei. Ein Mitverschulden in Höhe von 50 %, zumindest aber von einem Drittel erscheine für diese Sorglosigkeit angemessen.

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, oder wenn er Informationsmaterial nicht beachtet oder Risikohinweise nicht gelesen hat (RIS-Justiz RS0102779). 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]), hier also auf den Vorwurf, die Klägerin habe die Risikohinweise auf der Rückseite des von ihr unterfertigten Anlegerprofils nicht gelesen.

Aus dem vom Erstgericht festgestellten Sachverhalt ergibt sich, dass die Klägerin von der Beklagten über jährliche Ausschüttungen in Höhe von voraussichtlich 7 bis 8 % informiert wurde, die sie als Zinserträge auffasste, und dass sie gemeinsam mit der Beklagten das Anlegerprofil, nicht aber die auf dessen Rückseite abgedruckten Risikohinweise durchgegangen ist. Da sie die Beklage nicht einmal andeutungsweise darüber aufgeklärt hat, dass es sich bei den jährlichen Ausschüttungen entgegen dem deklarierten Anlageziel regelmäßiger Erträge bloß um Rückzahlungen des investierten Kapitals und nicht um eine echte Verzinsung handelte, ist es der Klägerin nicht vorwerfbar, dass sie keine Notwendigkeit zum Lesen der kleingedruckten Risikohinweise erkannte. Es bestand für sie kein Grund zur Annahme, dass sich dort eine Aufklärung über die Eigenschaft der Ausschüttungen finden werde, die ihrer durch die Beratung erweckten Erwartung,

das investierte Kapital werde regelmäßig einen Ertrag abwerfen, widersprechen würde.

Hinzu kommt, dass ein ausreichend aufklärender Hinweis in den Risikohinweisen ohnehin fehlt. Unter dem Punkt „Ausschüttungen“ findet sich nämlich nur die Erklärung, dass deren Höhe von der wirtschaftlichen Entwicklung abhängt und in Übereinstimmung mit den entsprechenden Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages zu beschließen ist. Auch der weitere Hinweis, dass gemäß den §§ 169 ff deutsches HGB Einlagen gegenüber Gläubigern als nicht geleistet angesehen werden, sofern das Kapitalkonto bei Entnahmen nach vorhergegangenem Verlust den Stand der Einlage nicht wieder erreicht hat, und dass Entnahmen bei negativem Kapitalkonto zu einem Wiederaufleben der beschränkten Haftung der Kommanditisten in Höhe der Entnahmen führen, bringt keine verständliche Aufklärung über die im Insolvenzfall schlagend werdende Rückzahlungsverpflichtung der bereits erhaltenen Ausschüttungen, da der Anleger, der davon ausgeht, dass es sich bei den Ausschüttungen um Zinserträge handelt, nicht erkennen wird, dass unter den dort erwähnten Entnahmen die Ausschüttungen zu verstehen sind. Der Schadenersatzanspruch der Klägerin ist somit nicht zu kürzen.

2.7. Als sekundären Feststellungsmangel rügt die Beklagte das Fehlen einer Feststellung zur Alternativveranlagung der Klägerin bei korrekter Beratung, die zur Beurteilung des Eintritts eines rechnerischen Schadens erforderlich sei. Das Erstgericht hätte dazu die Negativfeststellung treffen müssen, dass aufgrund des übrigen Veranlagungsverhaltens der Klägerin nicht festgestellt werden könne, dass sie bei ordnungsgemäßer Beratung statt der gegenständlichen Beteiligung eine kapitalerhaltende Veranlagung gewählt

hätte. Mangels Nachweises eines Schadens wäre das Klagebegehren damit abzuweisen gewesen.

Richtig weist die Beklagte damit darauf hin, dass nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs der Geschädigte nicht nur den Eintritt des behaupteten Schadens und dessen Höhe, sondern auch den Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Schädigers und dem Schadenseintritt zu behaupten und zu beweisen hat (RIS-Justiz RS0022862). Auch die Beweislast dafür, dass bei pflichtgemäßem Verhalten 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]). An die Behauptungslast sind dabei aber so wie auch an den Nachweis keine zu strengen Anforderungen zu richten (RIS-Justiz RS0022862 [T6]). Im Begehren auf Zahlung des veranlagten Betrags Zug um Zug gegen Rückgabe der Papiere oder im Ansatz dieses Betrags als Minuend bei der Ermittlung des rechnerischen Schadens ist regelmäßig die Behauptung enthalten, dass eine Alternativanlage (zumindest) das Kapital erhalten hätte. Wird das - wie hier - von der Beklagten nicht konkret bestritten, liegt insofern ein unstrittiger Sachverhalt vor (vgl. 4 Ob 67/12z).

Das Erstgericht ist daher in seiner rechtlichen Beurteilung zu Recht davon ausgegangen, dass - ohne dass diese Tatsache einer gesonderten Feststellung bedurfte - eine Alternativanlage der Klägerin zumindest das investierte Kapital erhalten hätte. Die Behauptung, dass ein anderer Verlauf wahrscheinlicher sei, hat die Beklagte nicht angetreten und den Nachweis dafür nicht erbracht, sodass ihre erstmals in der Berufung erstattete

Bestreitung der kapitalerhaltenden Alternativenanlage infolge Verstoßes gegen das Neuerungsverbot vom Berufungsgericht nicht mehr aufgegriffen werden kann.

Der unberechtigten Berufung war somit ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 50, 41 ZPO.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig. Eine erhebliche Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO von über den Einzelfall hinausgehender Bedeutung war nicht zu lösen.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 4, am 23. Juli 2014

Dr. Curd Steinhauer
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG