

Rechtsprechung

Zivilrechtliche und strafrechtliche Entscheidungen

Bearbeitet von
RA Univ.-Prof. Dr. Raimund Bollenberger,
unter Mitarbeit von
RA Dr. Markus Kellner

OGH-Entscheidungen

2194.

§ 1489 ABGB. Einem Anleger, der mit Ausschüttungen aus einem geschlossenen Fonds in bestimmter Höhe rechnet, muss der Beratungsfehler bewusst werden, wenn er nur geringere Ausschüttungen erhält.
OGH 31. 8. 2015, 6 Ob 90/15a

Aus den Entscheidungsgründen:

Der Kläger investierte im Jahr 2007 in Schiffsfonds, indem er eine Beitrittserklärung zur „Zweite Beteiligungsgesellschaft R KG“ unterfertigte; er erwarb dadurch über die T V GmbH eine Kommanditbeteiligung. Grund für seinen Investitionsentschluss war die im Vergleich zum Sparbuch (rund 3%) deutlich höhere Rendite von 8%, wobei er davon ausging, in den ersten Jahren fix 8% aus Ausschüttungen zu erhalten. Die näheren Hintergründe interessierten den Kläger nicht, er sah das Geschäftsmodell und damit seine Einlage als unsinkbar an. Die prognostizierten Ausschüttungen laut dem dem Kläger vorliegenden Prospekt betragen 8% über acht Jahre, die nachfolgend bis 24% steigen sollten; bei einer Auflösung im Jahr 2018 wurde ein prognostiziertes Gesamtergebnis von 178% ausgewiesen. Dennoch erhielt der Kläger am 14.7.2008 für 2007 eine Ausschüttung iHv 7% seiner Kommanditeinlage, am 30.6.2009 für 2008 eine solche iHv 3%.

Die Vorinstanzen wiesen die seit 26.6.2013 gerichtsanhängige Klage wegen Verjährung ab.

1. Für den Beginn der Verjährungsfrist ist entscheidend, zu welchem Zeitpunkt der Anleger erkannte, dass – entgegen der Zusage – die gewählte Anlageform nicht risikolos war. Ein nach Erkennen der Risikoträchtigkeit der gewählten Anlage-

form eingetretener weiterer Schaden ist als bloßer Folgeschaden zu qualifizieren, dessen Verjährung gleichfalls mit der Kenntnis vom Eintritt des Erstschadens beginnt. Die Verjährungszeit wird mit der positiven Kenntnis der Rechtsgutverletzung auch dann in Lauf gesetzt, wenn der geschädigte Anleger die Höhe seines Schadens noch nicht beziffern kann, ihm also noch nicht alle Schadensfolgen bekannt sind bzw diese auch noch nicht zur Gänze eingetreten sind. Der drohenden Verjährung muss der geschädigte Anleger mit Feststellungsklage begegnen (stRsp, statt vieler 10 Ob 18/13i¹⁾).

Wünschte der Anleger eine risikolose Veranlagung, so tritt der relevante Moment ein, wenn sich herausstellt, dass die erworbenen Papiere tatsächlich risikobehaftet sind, also die gewünschte Eigenschaft nicht erfüllt ist. Dieser Zeitpunkt ist unabhängig davon, ob nach einer Zukunftsprognose aus damaliger Sicht auf eine positivere Kursentwicklung zu hoffen war oder nicht, als maßgebender Termin für den Schadenseintritt anzusehen. Erhält der Anleger Kenntnis von Kursverlusten, so muss ihm zugleich auch klar sein, dass er sein Geld anstatt für ein von ihm gewünschtes risikoloses Wertpapier für ein Kursschwankungen unterworfenen Wertpapier ausgegeben hatte (7 Ob 18/13i²⁾).

Im dem der E 7 Ob 18/13t zugrunde liegenden Fall wurde der Anlegerin später mitgeteilt, dass mit einer Nettorendite von (bloß) 5 bis 5,5% zu rechnen sei, welche deutlich unter der Rendite von 6,5% lag, die sich aus den der Anlegerin vor der Veranlagung übermittelten Beispielsrechnungen ergeben hatte. Der OGH wies darauf hin, dass der Anlegerin jedenfalls durch diese spätere Mitteilung klar sein habe müssen, dass die zugesagten Eigenschaften des Anlageprodukts nicht zutreffen; er setzte den Beginn der Verjährungsfrist mit dieser Mitteilung fest.

2. Vor dem Hintergrund dieser Rsp haben die Vorinstanzen im vorliegenden Verfahren in durchaus vertretbarer Weise die Verjährung der Ansprüche des Klägers angenommen. Dem Kläger musste spätestens Ende Juni 2009 klar sein, dass die von ihm erworbene Beteiligung die ihm dargelegten und von ihm als fix angesehenen Ausschüttungen nicht erbringen konnte (Erläuterungen zur Ausschüttung vom 12.6.2009; tatsächlich bezogene Ausschüttung in Höhe von lediglich 3%). Dass es sich dabei „lediglich“ – wie der Kläger meint – um Prognoserechnungen gehandelt habe, vermag daran nichts zu ändern; in dem der E 7 Ob 18/13t zugrunde liegenden Fall waren der Anlegerin überhaupt nur Beispielsrechnungen vorgelegt worden. Damit kommt es aber auf die in Beilage /14 enthaltenen und – wie

der Kläger meint – positiven Zukunftsprognosen ebenfalls nicht an (7 Ob 18/13t).

Im Ergebnis sind die Vorinstanzen in vertretbarer Weise davon ausgegangen, dass die erforderliche Kenntnis des Klägers vom eingetretenen Primärschaden bereits 2009 vorlag und daher die erst im Juni 2013 eingebrachte Schadenersatzklage verfristet (§ 1489 ABGB) ist.

2195.

§§ 1304, 1323, 1489 ABGB. Wenn der Anleger sein Begehren alternativ auf verschiedene Beratungsfehler stützt, liegen zwei Ansprüche vor, die auch verjährungsrechtlich getrennt zu beurteilen sind.

OGH 17. 9. 2015, 3 Ob 112/15I

Aus den Entscheidungsgründen:

Der Kläger, ein (mittlerweile emeritierter) Rechtsanwalt, investierte über Beratung des Beklagten, eines Vermögensberaters, in eine „Schiffsbeteiligung“. Der Beklagte riet dem Kläger zu diesem Investment und stellte die Veranlagung als sicher dar, weil die Investition in Sachwerte (Schiffe) erfolge. Es sei eine hohe Rendite zu erwirtschaften und eine Investition in Schiffe sei weniger volatil als manche der bisherigen Veranlagungen des Klägers (Aktien und Aktienfondsanteile). Die Sicherheit der Veranlagung begründete der Beklagte ua damit, dass durch die Investition in verschiedene Schiffe eine breite Streuung erzielt werde. Bei den Beratungsgesprächen strich er die Vorteile der Investition heraus, über Risiken wurde nicht gesprochen. Insb wies der Beklagte den Kläger nicht auf das bestehende Risiko eines Kapitalverlusts, bis hin zum Totalverlust, hin. Der Kläger ging deshalb davon aus, dass nur das Risiko bestehe, dass keine Gewinne ausgeschüttet würden. Der Beklagte vermittelte dem Kläger den Eindruck, dass im Insolvenzfall die Schiffe als werthaltige Sachwerte zur Verfügung stünden.

Der Beklagte prognostizierte eine jährliche Rendite von etwa 7%. Er bezeichnete die geschätzten jährlichen Zahlungen an den Kläger als „Ausschüttung“, wobei er ihm den Eindruck vermittelte, dass es sich bei diesen Ausschüttungen um eine Verzinsung des eingesetzten Kapitals handle und das Kapital am Ende der Laufzeit (nach einem Verkauf der Schiffe) an den Anleger zurückgezahlt werde. Der Kläger hielt es aufgrund dieser Darstellung des Beklagten nicht für möglich, dass die Ausschüttungen etwas anderes beinhalten könnten als Gewinne. Der Beklagte erwähnte nicht, dass es aufgrund von Ausschüttungen an

1) ÖBA 2013, 926.

2) ÖBA 2013, 919.

die Anleger zu Haftungen gegenüber den Gesellschaftsgläubigern kommen könne. Der Kläger gewann aufgrund der Beratungsgespräche den Eindruck, dass es sich um eine Veranlagung in Form eines Investmentfonds handle.

Tatsächlich erwarb der Kläger am 19.8.2004 (Datum der Unterfertigung des Zeichnungsscheins) eine Kommanditbeteiligung an einer GmbH & Co KG (im Folgenden: Emittentin) um € 30.000 zuzüglich eines Agios von 5%, das der Beklagte als Provision für seine Vermittlungstätigkeit erhielt. Die Emittentin ist stille Gesellschafterin mehrerer Schifffahrtsgesellschaften und betreibt selbst kein operatives Geschäft. Die Anleger, also auch der Kläger, erwarben jeweils eine Kommanditbeteiligung an der Emittentin, die treuhändig von einer GmbH (im Folgenden: Treuhänderin) gehalten wurde. Die stille Beteiligung der Emittentin konnte – was in weiterer Folge auch geschehen ist – mit Zustimmung von zumindest 51% der Anleger in eine Kommanditbeteiligung umgewandelt werden, sodass die Emittentin nunmehr als Kommanditistin an den einzelnen Schifffahrtsgesellschaften beteiligt ist. Vor der Umwandlung ihrer Beteiligung erzielte die Emittentin eine Vorabvergütung ihrer stillen Einlage von 5%, bezogen auf die geleistete Einlage, ohne Rücksicht auf den wirtschaftlichen Erfolg der einzelnen Schifffahrtsgesellschaften. Seit der Umwandlung in eine Kommanditbeteiligung nimmt die Emittentin an Gewinn und Verlust der einzelnen Schifffahrtsgesellschaften teil und erhält eine gegenüber deren Altkommanditisten bevorrechtigte Ausschüttung von 7% pa. Darüber hinaus erhält sie eine (ebenfalls bevorrechtigte) Berücksichtigung bei der Verteilung des Nettoverkaufserlöses, also des Erlöses abzüglich der Verbindlichkeiten, beim Verkauf eines Schiffs.

Die Anleger sind als Kommanditisten am Ergebnis der Emittentin beteiligt, die Ausschüttungen der Emittentin an die Anleger hängen von den Ausschüttungen der einzelnen Schifffahrtsgesellschaften an die Emittentin ab. Die Kommanditbeteiligungen stellen deshalb Risikokapital dar, die Veranlagung ist von ihrer Konzeption her spekulativ, ein Verlust des Werts der Beteiligung bis hin zum Totalverlust des eingesetzten Kapitals ist möglich.

Auszahlungen (Ausschüttungen) an die Anleger können auch nach Umwandlung der Beteiligung der Emittentin an den Schifffahrtsgesellschaften in Kommanditbeteiligungen nicht nur Gewinn, sondern auch von den Anlegern einbezahltes Kapital enthalten und stellen in diesem Fall eine (teilweise) Rückzahlung der geleisteten Einlage dar. In dem Ausmaß, in dem die Kommanditeinlage durch Ausschüttungen unter den Einlagebetrag

gemindert wird, hat der Anleger Nachschüsse zu leisten. Soweit er Ausschüttungen erhält, während sein Kapitalanteil durch vorangegangene Verlustzuweisungen unter den von ihm geleisteten Einlagebetrag herabgemindert ist, gilt die an sich bereits geleistete Einlage den Gläubigern gegenüber als nicht geleistet, sodass es in diesem Umfang zum Wiederaufleben der Haftung des Anlegers und zu einer neuerlichen Einlageverpflichtung kommt. Eine Haftung des Anlegers über die geleistete Haftenlage hinaus (Durchgriffshaftung) für Schäden, die durch den oder beim Betrieb der Schiffe oder aufgrund eines Unfalls entstehen, kann nicht ausgeschlossen werden.

Der Beklagte bot dem Kläger im Zuge der Beratung die Übergabe des Kapitalmarktprospekts an, was dieser jedoch ablehnte. Der Kläger nahm auch sonst nicht Einsicht in den Kapitalmarktprospekt. Den ihm vom Beklagten übergebenen Verkaufsprospekt blätterte er nur oberflächlich durch, weil er auf die Beratung durch den Beklagten vertraute, auf deren Grundlage er die Investitionsentscheidung traf. Er unterschrieb Risikohinweise, die er ebenso wenig las wie den Zeichnungsschein.

Wäre dem Kläger bewusst gewesen, dass die Veranlagung mit einem Kapitalverlustrisiko bis hin zum Totalverlust verbunden ist, hätte er von der Veranlagung Abstand genommen. Auch wenn ihm im Zeitpunkt der Veranlagung bewusst gewesen wäre, dass die prognostizierten jährlichen Ausschüttungen nicht nur Gewinne enthalten können, sondern auch eingezahltes Kapital, und dass den Anleger im Fall der Kapitalrückzahlung eine Haftung bzw Rückzahlungsverpflichtung in diesem Umfang treffen kann, hätte er die Investition nicht getätigt.

Der Kläger erhielt im Jahr 2005 Ausschüttungen von insges € 1.237,31, in den Jahren 2006 und 2007 jeweils von € 2.400 und im Jahr 2008 von € 300. Seither erfolgten keine weiteren Ausschüttungen. Bisher wurde er nicht zur Rückzahlung erhaltener Ausschüttungen aufgefordert.

Die Treuhänderin versandte regelmäßig Schreiben an die Anleger, in denen ua die wirtschaftliche Entwicklung der Beteiligung dargestellt wurde. In einem **Schreiben vom 23.11.2009** heißt es ua, dass die Einnahmen bei einzelnen Gesellschaften nicht ausreichen, um die Kosten des Schiffsbetriebs und der Verwaltung zu decken und darüber hinaus die bestehenden Darlehen bedienen zu können, sodass Liquiditätszuführungen durch die Anleger erforderlich seien. Es sei auch erforderlich, dass bereits erhaltene „Liquiditätsausschüttungen“ von den Gesellschaftern wieder eingelegt würden, widrigenfalls die Insolvenz drohe. In einem **Schreiben vom 8.1.2010** wurde

mitgeteilt, dass sich die Mehrheit der Gesellschafter (Treugeber) der Emittentin für die Durchführung von Restrukturierungsmaßnahmen entschieden habe. Mit **Schreiben vom 22.2.2010** wurden die Anleger ua über den Stand der Restrukturierungsmaßnahmen informiert und eine Insolvenzgefahr in den Raum gestellt, wobei darauf hingewiesen wurde, dass das Risiko bestehe, dass der Insolvenzverwalter die Gesellschafter wegen erfolgter Ausschüttungen bis zu der im Handelsregister eingetragenen Haftsumme in Anspruch nehme, was den Verlust der Kommanditeinlage sowie die Rückforderung bereits erhaltener Liquiditätsausschüttungen zur Folge haben könnte. Mit **Schreiben vom 25.2.2010** wurden den Anlegern die Unterlagen zur ordentlichen Gesellschafterversammlung übermittelt, aus denen ua hervorgeht, dass die den Schiffsbeteiligungen zugrundeliegenden Schiffe im Umfang von ca USD 149 Mio sowie € 20 Mio fremdfinanziert wurden. Die wirtschaftliche Situation wurde als „alles andere als wünschenswert“ dargestellt. Es wurde jedoch ein positives Ergebnis von 0,2% bezogen auf die Nominalbeteiligung kommuniziert. Mit **Schreiben vom 23.4.2010** wurden die Anleger über die aktuelle wirtschaftliche Entwicklung der Schiffsbeteiligungen, insb über die Liquiditätslücken einiger Zielgesellschaften sowie über die angespannte Liquiditätslage des „Dachfonds“ (also der Emittentin) informiert. Es wurde ein Konzept zur Vermeidung einer Insolvenz einzelner „Zielfonds“ sowie letztlich auch der Emittentin vorgestellt. Als geplante Maßnahme wurde ua eine freiwillige Wiedereinlage bereits erhaltener Ausschüttungen vorgeschlagen. Außerdem wurde auf die Gefahr hingewiesen, dass bei einer Insolvenz der Emittentin die Gesellschafter wegen erfolgter Ausschüttungen in Anspruch genommen werden könnten. Mit **Schreiben vom 31.5.2010** wurden die Anleger darüber informiert, dass von den Gesellschaftern eine neuerliche Restrukturierung beschlossen wurde und der von den Gesellschaftern jeweils zugesagte Restrukturierungsbeitrag eingezahlt werden solle.

Alle diese Schreiben wurden von der Treuhänderin (auch) an den Kläger abgesandt. Bei ihr ging keine Benachrichtigung ein, dass die Zustellung nicht erfolgt wäre. Der Kläger erhielt auch laufend Schreiben der Treuhänderin. **Ob er alle genannten Schreiben tatsächlich erhielt, kann nicht festgestellt werden.** Der Kläger blätterte die Schreiben der Treuhänderin zunächst oberflächlich durch, in weiterer Folge las er diese gar nicht mehr. **Es kann nicht festgestellt werden, welche Schreiben der Kläger zumindest oberflächlich durchsah und welche gar nicht.** Aus den genannten

Schreiben zog er, soweit er sie überhaupt oberflächlich durchsah, keine besonderen Rückschlüsse hinsichtlich der Struktur der Veranlagung sowie des damit verbundenen Risikos. Aufgrund ausbleibender Ausschüttungen würde ihm zwar bewusst, dass die Veranlagung „nicht mehr so gut laufe“, er ging jedoch davon aus, dass aufgrund der Wirtschaftskrise bloß keine Gewinne mehr erwirtschaftet würden. Dass das eingesetzte Kapital verloren gehen könne, schloss er weder aus den ausbleibenden Zahlungen noch aus den Schreiben der Treuhänderin. Vielmehr ließ sich der Kläger durch die vorgeschlagene Restrukturierung beruhigen. Die ihm zusätzlich zu den Schreiben der Treuhänderin übermittelten Geschäftsberichte zu seiner Schiffsbeteiligung sah er nicht durch, sondern legte sie bloß ab.

Aufgrund eines (weiteren) **Schreibens der Treuhänderin vom 28.5.2010** leistete der Kläger Mitte Juni 2010 freiwillig eine weitere Einlage von € 900 zum Zweck der Restrukturierung der Schiffsgesellschaften.

Im Frühjahr 2013 wurde dem Kläger aufgrund eines Gesprächs mit dem mit ihm befreundeten Klagevertreter erstmals bewusst, dass die Ausschüttungen nicht nur Gewinne beinhalten können, sondern auch das eingezahlte Kommanditkapital. Der Zeitpunkt, zu dem dem Kläger erstmals bewusst wurde, dass mit der Veranlagung ein erhebliches wirtschaftliches Risiko – insb ein Kapitalverlustrisiko – einhergeht, kann nicht exakt festgestellt werden, es war dies aber jedenfalls nicht vor dem 30.9.2010.

Der **Kläger** beehrte mit seiner **am 20.9.2013 eingebrachten Klage** vom Beklagten aus dem Titel des Schadenersatzes den Ersatz des von ihm investierten Betrags abzüglich erhaltener Ausschüttungen Zug um Zug gegen Übertragung seiner Rechte aus der Beteiligung an der Emittentin, sowie die Feststellung der Haftung des Beklagten für alle künftigen Schäden aus dem Investment. Der Beklagte habe den Kläger, der die Investition zur Altersvorsorge getätigt habe, einerseits unzureichend über die Natur der Veranlagung und das damit verbundene Risiko aufgeklärt. Andererseits sei ihm ein „Ausschüttungsschwindel“ vorzuwerfen: Er habe die prognostizierten Ausschüttungen der Veranlagung als Renditen dargestellt, obwohl es sich tatsächlich um Rückzahlungen der geleisteten Einlage – mit den Rechtsfolgen der Nachschusspflicht und des Wiederauflebens der Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern in diesem Umfang – gehandelt habe. Die Ansprüche des Klägers seien nicht verjährt, weil ihm der anspruchsbegründende Sachverhalt weniger als drei Jahre vor Einbringung der Klage bekannt geworden sei.

Der **Beklagte** wendete ein, dass die geltend gemachten Ansprüche verjährt seien, weil der Kläger bereits anlässlich der Ausschüttung vom 27.7.2005 erkannt habe bzw erkennen hätte müssen, dass er nicht die gewünschte Veranlagung erworben habe.

Das **Erstgericht** verpflichtete den Beklagten zur Zahlung der Hälfte des eingeklagten Betrags und sprach aus, dass er zur Hälfte für alle künftigen Schäden des Klägers aus dem Investment hafte; das Mehrbegehren wies es ab. [...] Dem Kläger sei deshalb ein Mitverschulden von 50% anzulasten. [...]

Das **Berufungsgericht** änderte das erstgerichtliche Urteil infolge Berufung beider Parteien dahin ab, dass es das Zahlungsbegehren gänzlich abwies und dem Feststellungsbegehren zur Gänze stattgab. Entgegen der Ansicht des Erstgerichts sei dem Kläger kein Mitverschulden anzulasten. [...] Allerdings führe der festgestellte Zugang mehrerer der Schreiben der Treuhänderin, in welcher Kombination immer, zur Bejahung des Verjährungseinwands, weil jedes einzelne davon keinen Zweifel am gegebenen Restrukturierungsbedarf infolge Insolvenzgefahr gelassen habe und der Kläger den ihm zugegangenen Schreiben auch tatsächlich einen Restrukturierungsbedarf entnommen habe, der ihn Mitte Juni 2010 zur Leistung eines entsprechenden finanziellen Beitrags, also zur Teilnahme an Maßnahmen zur Abwehr einer durchaus konkreten Insolvenzgefahr veranlasst habe. Spätestens zu diesem Zeitpunkt habe für den Kläger Anlass bestanden, seine Annahme, es bestehe kein Risiko eines Kapitalverlusts, zu hinterfragen, sich also Klarheit über das Wesen der Veranlagung zu verschaffen und zumindest nunmehr den seinerzeit erhaltenen Verkaufsprospekt und den von ihm unterfertigten Zeichnungsschein durchzulesen. Dabei hätte er erkannt, dass es sich bei der Veranlagung um eine langfristige unternehmerische Beteiligung handele, deren künftige Entwicklung nicht mit Sicherheit vorhersehbar sei und bei der auch ein Totalverlust des eingesetzten Kapitals nicht ausgeschlossen sei. Er hätte also schon damals bemerkt, dass seine aus dem Beratungsgespräch gewonnene Risikovorstellung dem tatsächlichen Risiko eklatant zuwiderlaufe.

Sein Schadenersatzanspruch sei daher verjährt, soweit er im Wege der Naturalrestitution infolge fehlerhafter Aufklärung über das Kapitalverlustrisiko die Rückzahlung des veranlagten Betrags anstrebe. Hingegen habe er nicht den Schluss ziehen müssen, dass nicht nur sein Kapital gefährdet sei, sondern ihn darüber hinaus in Zukunft sogar noch Zahlungspflichten treffen könnten. Hinweise darauf könnten sich zwar aus den „Planrechnungen“ im

Verkaufsprospekt ergeben, wo in einer Fußnote von der „ganzjährigen Vorabvergütung der Stillen Einlagen im 1. Jahr mit 5% pa“ die Rede sei. Wer seine Unterlagen im Hinblick auf die Gefahr eines Kapitalverlusts bei Gesellschaftsinsolvenz sichte, habe aber keine Veranlassung, der Nachvollziehbarkeit der in diesem Fall wohl ohnehin obsoleten Prognoserendite nachzugehen. Dass sich darunter, iSd § 864[a] ABGB geradezu versteckt, auch Hinweise auf eine weitergehende Gefahrenlage wie etwa aufgrund allfälliger Nachschusspflichten verbergen könnten, müsse er nicht ins Kalkül ziehen. Da der Schadenersatzanspruch des Klägers, soweit er die Nichtaufklärung über das Kapitalverlustrisiko betreffe, verjährt sei, habe er also den allfälligen Verlust seines eingesetzten Kapitals endgültig selbst zu tragen. Nicht verjährt seien nur Ansprüche aus künftigen Schäden, die aus noch möglichen Nachschusspflichten resultierten. Insofern seien die Interessen des Klägers aber durch das Feststellungs Urteil gewahrt. Würde man ihm allein wegen dieser künftig drohenden Schäden die Naturalrestitution zubilligen, also gegen Zahlung des veranlagten Kapitals die Gesellschaftsstellung an den Beklagten übertragen, wäre damit diesem auch jener bereits verjäherte Vermögensverlust aufgebürdet. Daher stehe die wechselseitige Interessenlage zugunsten des Beklagten der Naturalrestitution entgegen.

Gegen die Abweisung des Zahlungsbegehrens richtet sich die *außerordentliche Revision des Klägers* mit einem Abänderungsantrag in Richtung gänzlicher Stattgebung des Klagebegehrens.

Die Revision ist zur Klarstellung der Rechtslage *zulässig*, sie ist auch *berechtigt*.

1.1. Der weite Schadensbegriff des ABGB umfasst jeden Zustand, der rechtlich als Nachteil aufzufassen ist, an dem also ein geringeres rechtliches Interesse als am bisherigen besteht. Für das Vorliegen eines „realen Schadens“ ist eine in Geld messbare Vermögenseinbuße nicht unbedingt erforderlich, sondern es reicht aus, dass die Zusammensetzung des Vermögens des Geschädigten nach dem schadensbegründenden Ereignis nicht seinem Willen entspricht.

Ein Primärschaden in Gestalt eines sog realen Schadens liegt bereits darin, dass sich das Vermögen des Anlegers wegen einer Fehlinformation des Schädigers anders zusammensetzt, als es bei pflichtgemäßem Verhalten des Beraters der Fall wäre. Ein Schaden aus einer fehlerhaften Anlageberatung ist dann also schon durch den Erwerb des in Wahrheit nicht gewollten Finanzprodukts eingetreten (6 Ob 145/08d mwN; RS0022537).

1.2. In einem solchen Fall hat der Anleger einen – vereinfacht als „Naturalrestitution“ bezeichneten – Anspruch auf Ersatz des Kaufpreises abzüglich erhaltener Zinsen bzw Dividenden Zug um Zug gegen einen Bereicherungsausgleich durch Übertragung des noch vorhandenen Finanzprodukts an den Schädiger (8 Ob 39/12m¹) mwN; RS0120784).

2.1. Die Verjährungsfrist des § 1489 ABGB beginnt mit dem Zeitpunkt zu laufen, in dem dem Geschädigten der Schaden, die Person des Schädigers und die Schadensursache bekannt geworden sind (RS0034951).

2.2. Die Verjährung bezieht sich auf den jeweils geltend gemachten Anspruch, der – wie der Streitgegenstand (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 (vgl RS0050355 zu Amtshaftungsansprüchen, die aus dem Handeln verschiedener Organe abgeleitet werden). Ausgehend davon hat der OGH in der – einen Arzthaftungsanspruch betreffenden – E 4 Ob 144/11x (= 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 (insb „Kapitalverlustrisiko“ und „Ausschüttungsschwindel“) gestützt hat (vgl dazu auch *Leitner*, *ecolex* 2015, 453 f mwN).

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

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

3. Die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, der Kläger wäre angesichts der ihm zugegangenen Schreiben, in denen von „Restrukturierungsbedarf“ und In-

solvenzgefahr die Rede ist, gehalten gewesen, sich durch Lektüre des seinerzeit erhaltenen Verkaufsprospekts und des von ihm unterfertigten Zeichnungsscheins Klarheit über das Wesen der Veranlagung zu verschaffen, wodurch er bereits länger als drei Jahre vor Einbringung der Klage erkennen hätte können, dass seine Veranlagung nicht „sicher“, sondern mit der Gefahr eines Kapitalverlusts verbunden ist, ist nicht zu beanstanden.

4.1. Vom „Ausschüttungsschwindel“, also dem weiteren Beratungsfehler, der kausal für die Anlageentscheidung des Klägers war, erlangte dieser nach den Feststellungen erst weniger als drei Jahre vor Klageeinbringung Kenntnis.

4.2. Die für den Beginn der Verjährungsfrist des § 1489 ABGB erforderliche Kenntnis des Sachverhalts, der den Grund des Entschädigungsanspruchs darstellt, wird durch die verschuldete Unkenntnis des Geschädigten nicht ersetzt. Die Kenntnis von der Person des Ersatzpflichtigen muss so weit reichen, dass der Geschädigte aufgrund des ihm bekannt gewordenen Materials eine Klage gegen die Person des Schädigers mit Erfolg zu begründen in der Lage ist. Die bloße Möglichkeit der Kenntnis genügt nicht (RS0034686 ua).

4.3. Allerdings darf sich der Geschädigte nicht einfach passiv verhalten und es darauf ankommen lassen, dass er von der Person des Ersatzpflichtigen (oder von anderen maßgeblichen Umständen) eines Tages zufällig Kenntnis erlangt (RS0065360). Wenn der Geschädigte die für die erfolgsversprechende Anspruchsverfolgung notwendigen Voraussetzungen ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung bringen kann, gilt die Kenntnisnahme schon als in dem Zeitpunkt erlangt, in dem sie ihm bei angemessener Erkundigung zuteil geworden wäre. Diese Erkundigungsobliegenheit des Geschädigten, die sich auf die Voraussetzungen einer erfolgsversprechenden Anspruchsverfolgung schlechthin und nicht nur auf die Person des Schädigers erstreckt, darf umgekehrt aber auch nicht überspannt werden (RS0034327).

4.4. Dem Berufungsgericht ist dahin zuzustimmen, dass sich für den Kläger auch bei (nachträglicher) genauer Lektüre des ihm seinerzeit übergebenen Verkaufsprospekts und des von ihm unterfertigten Zeichnungsscheins kein ausreichend konkreter Anhaltspunkt für eine allfällige Nachschusspflicht und eine mögliche Durchgriffshaftung im Umfang der erhaltenen Ausschüttungen ergeben hätte. Erst aus den drei Schreiben der Treuhänderin vom 23.11.2009, vom 22.2.2010 und vom 23.4.2010 ergeben sich demgegenüber mehr oder weniger deutliche Hinweise auf diese Rechtslage, die den Kläger zu weiteren Nachforschungen veranlassen

hätten müssen. Angesichts der Negativfeststellungen zu diesem Thema steht aber gerade nicht fest, dass dem Kläger *diese* drei Schreiben tatsächlich zugegangen sind. Dem für den Eintritt der Verjährung behauptungs- und beweispflichtigen Beklagten (2 Ob 31/07h;²) RS0034326; RS0034456) ist somit der Nachweis jener Ereignisse (Zugang der Schreiben), die Nachforschungspflichten des Klägers ausgelöst hätten, nicht gelungen.

5. Der auch im Revisionsverfahren aufrecht erhaltene Mitverschuldenseinwand des Beklagten ist unberechtigt: Der Kläger hätte zwar bei genauem Studium des Kapitalmarktprospekts die rechtliche Konstruktion der erworbenen Beteiligung erkennen können. Mangels konkreter Anhaltspunkte für das Vorliegen des „Ausschüttungsschwindels“ bestand für den Kläger aber keine Obliegenheit, sich den Kapitalmarktprospekt zu beschaffen und zu lesen.

6. Da der auf die Fehlinformation des Beklagten bezüglich der Qualität der Ausschüttungen und der möglichen Rechtsfolgen gestützte Ersatzanspruch des Klägers also nicht verjährt ist und den Kläger auch kein Mitverschulden trifft, besteht sein Begehren auf Naturalrestitution zu Recht.

Anmerkung zu OGH 6 Ob 90/15a und 3 Ob 112/15i

1.1. Die beiden hier zu besprechenden Entscheidungen befassen sich mit Fragen der Verjährung von Schadenersatzansprüchen wegen fehlerhafter Anlageberatung. Dieses Thema hat in letzter Zeit vermehrt die Gerichte wie die Wissenschaft beschäftigt. Das verwundert nicht, zumal mit einem zunehmenden zeitlichen Abstand zum Ausbruch der jüngsten Finanz- und Wirtschaftskrise Verjährungsfragen in den Fokus des Interesses rücken werden. Nachdem in den letzten Jahren dogmatische Fragen im Zusammenhang mit dem Entstehen und dem Ausmaß von Schadenersatzansprüchen vorherrschend waren, nähert man sich jetzt dem Ende des „Lebenszyklus“ von Schadenersatzansprüchen.

1.2. Die klagenden Parteien beider Verfahren warfen der beklagten Partei vor, bei Erwerb eines geschlossenen Fonds falsch beraten zu haben. Die jeweils verfahrensgegenständlichen geschlossenen Fonds stammten zwar von verschiedenen

1) ÖBA 2013, 209.

2) ÖBA 2008, 815.

Initiatoren,³⁾ die rechtliche Ausgestaltung war allerdings, mit einigen für die gegenständlichen Entscheidungen unwesentlichen Unterschieden, ident. Bei beiden Finanzprodukten erwarb der Anleger (und spätere Kläger) mittels Beitrittserklärung Anteile an einer GmbH & Co KG (Emittentin), die in der Folge treuhändig von einer GmbH⁴⁾ gehalten wurden. Die Emittentinnen beteiligten sich jeweils als Kommanditistin⁵⁾ an diversen Schiffsgesellschaften.⁶⁾ Mit Zeichnen der Beteiligung übernimmt der Anleger das unternehmerische Wagnis eines Dritten und partizipiert im Gegenzug am – positiven wie negativen – Ergebnis.⁷⁾ Die für den Anleger zu erzielende Rendite hängt im Wesentlichen von der zukünftigen wirtschaftlichen Entwicklung der einzelnen Schiffsgesellschaften (und damit der Emittentin) ab.⁸⁾ Da der wirtschaftliche Verlauf von vielen verschiedenen, teils unvorhersehbaren Faktoren beeinflusst wird, unterliegen die Höhe sowie Häufigkeit der Ausschüttungen an die Anleger Schwankungen. Sofern der wirtschaftliche Erfolg nachhaltig hinter den Prognosen zurückbleibt, kann es zu einem gänzlichen Entfall von Ausschüttungen kommen. Bei einer anhaltenden negativen wirtschaftlichen Entwicklung der Schiffsgesellschaften (wie es im Zuge der weltweiten Finanz- und Wirtschaftskrise häufig der Fall war) ist deren Insolvenz und damit der Kapitalverlust (bis hin zum Totalverlust) des Anlegers realistisch. Diese Entwicklung nahmen auch einige der in Österreich vertriebenen geschlossenen Fonds: zuerst blieben die prognostizierten Ausschüttungen (zuerst teilweise, dann zur Gänze) aus, in der Folge wurde oftmals den Anlegern ein Restrukturierungsprogramm vorge-

schlagen, welches das Investment retten sollte, und schließlich kam es in einigen Fällen zur Insolvenz der Gesellschaft und damit zum Totalverlust der Anleger. Eine häufige Folge der Insolvenz war schließlich, dass die Anleger aufgefordert wurden,⁹⁾ bereits erhaltene (nicht gewinngedeckte) Ausschüttungen wieder zurückzuzahlen.¹⁰⁾

Über die wirtschaftliche Entwicklung der Kommanditgesellschaften und somit etwa auch über das Ausbleiben von Ausschüttungen wurden die Investoren zumindest einmal jährlich – in der Regel von der Treuhandgesellschaft – schriftlich informiert. Entsprechende Feststellungen werden auch in den beiden gegenständlichen OGH-Entscheidungen getroffen. So wurde die klagende Partei in 6 Ob 90/15a Ende Juni 2009 darüber informiert, dass die Ausschüttung reduziert werden muss. In 3 Ob 112/15i wird ausgeführt, dass die Kommanditisten¹¹⁾ Ende 2009 über erforderliche Liquiditätszuführungen durch die Anleger, 2010 über Restrukturierungsmaßnahmen, Liquiditätslücken und die Insolvenzgefahr informiert wurden.

Den eingetretenen Verlust nahmen viele Anleger zum Anlass, ihren Anlageberater wegen Fehlberatung zu klagen und aus dem Titel des Schadenersatzes den Ersatz des investierten Kapitals zuzüglich Agio und Zinsen und abzüglich der erhaltenen Ausschüttungen Zug um Zug gegen Übertragung der Rechte aus der Beteiligung sowie die Feststellung der Haftung für alle zukünftigen Schäden zu verlangen. Die Vorwürfe der klagenden Parteien sind dabei im Wesentlichen dieselben, und zwar, dass sie unter anderem nicht über das Totalverlustrisiko, die lange

Laufzeit und schwierige Veräußerbarkeit der Beteiligung sowie das Risiko, dass Ausschüttungen wieder zurückverlangt werden können, aufgeklärt wurden.¹²⁾

1.3. Auf Sachverhaltsebene ist den Entscheidungen gemein, dass hier von Anlegerseite mehrere Aufklärungs- bzw. Beratungsfehler releviert wurden. Aus verjährungsrechtlicher Sicht ist dabei interessant, dass diese Fehler für den klagenden Anleger zu unterschiedlichen Zeitpunkten erkennbar geworden sind. Es stellt sich nun die Frage, ob der klagende Anleger mit seinem Schadenersatzanspruch durchdringen kann, wenn die Verjährungsfrist für einen Beratungsfehler bereits abgelaufen ist, für einen anderen hingegen noch offen steht. Die Lösung der Gerichte könnte unterschiedlicher nicht sein: In der E 6 Ob 90/15a hat der OGH die Klage mit knapper Begründung wegen Verjährung abgewiesen, in der E 3 Ob 112/15i der Klage stattgegeben.

2.1. Rufen wir uns zunächst die Grundlagen des Anlegerschadens in Erinnerung. Nach nunmehr gefestigter Rsp liegt der Schaden des Anlegers im Erwerb eines Produkts, das nicht seinen Vorstellungen entspricht.¹³⁾ Bereits die ungewollte Zusammensetzung des Vermögens ist somit als Schaden im Rechtsinne aufzufassen, freilich unter der Voraussetzung, dass der Anleger diese Zusammensetzung als Defekt empfinden muss.¹⁴⁾

Damit wird bereits ein wesentlicher Unterschied des Anlegerschadens bei Fehlberatung zum Mangelschaden bei Erwerb einer mangelhaften körperlichen Sache deutlich:¹⁵⁾ Während beim Mangelschaden dem erworbenen Gegenstand ein körperlicher Mangel anhaftet,

- 3) Im Verfahren zu 6 Ob 90/14a beteiligte sich der Kläger an der „Zweite Beteiligungsgesellschaft Reeper-Flottenfonds mbH & Co KG“ der Initiatorin MPC Münchmeyer Petersen Capital AG; im Verfahren zu 3 Ob 112/15i war es der „HCI Renditefonds IV GmbH & Co KG“ der HCI Hanseatische Capitalberatungsgesellschaft mbH.
- 4) Bei 6 Ob 90/14a war dies die TVP Treuhand- und Verwaltungsgesellschaft für Publikumsfonds mbH; bei 3 Ob 112/15i die HCI Hanseatische Schiffstreuhand GmbH.
- 5) Beim Capitalanlage HCI Renditefonds IV erwarb die Emittentin zuerst stille Beteiligungen, die dann in Kommanditbeteiligungen umgewandelt wurden.
- 6) In Österreich wurden außerdem häufig Beteiligungen an Immobiliengesellschaften oder an Gesellschaften, die gebrauchte Lebensversicherungspolizzen erwerben, vertrieben.
- 7) Vgl. *Levedag* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts II (2009) § 71 Rz 173 ff und *Sagasser/Schlösser* in Assmann/Schütze, Handbuch des Kapi-

- talanlage (2007) Rz 347.
- 8) Bereits das antike Römische Recht konnte mit dem Seedarlehen ein Risikogeschäft, bei welchem der Kapitalgeber den wirtschaftlichen Erfolg des finanzierten Schiffes mitträgt und diese Risikoübernahme mit hohen Zinsen abgolt, erhält; siehe dazu D 22.2. (*De nautico faenore* – Über das Seedarlehen) sowie *Zimmermann*, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1990) 181 ff.
- 9) Häufig erfolgte dies durch Gläubigerbanken, die der Emittentin bzw den Schiffsgesellschaften für den Erwerb der Schiffe Darlehen gewährt hatten.
- 10) Gestützt auf §§ 169 ff dHGB, die eine unmittelbare Haftung des Gesellschafters gegenüber den Gesellschaftsgläubigern vorsehen, wenn der Gesellschafter seine Einlage nicht geleistet oder sie ihm zurückgezahlt wurde.
- 11) Wobei – wie der OGH ausführt – das Erstgericht zu einzelnen Schreiben nicht feststellen konnte, ob diese dem Kläger tatsächlich zugegangen sind.
- 12) In den beiden Verfahren wurden ange-

lich zu hohe „Weichkosten“ von den klagenden Parteien zwar thematisiert, die Frage dürfte im weiteren Verfahren jedoch nicht wesentlich gewesen sein, weshalb der OGH auf diesen Vorwurf nicht eingegangen ist. Die hier angestellten Überlegungen zur Verjährung, zur Erkundigungsobliegenheit und zum Rechtswidrigkeitszusammenhang lassen sich freilich *mutatis mutandis* auch auf dieses Problem übertragen.

- 13) OGH 31.8.2010, 4 Ob 65/10b, ecolex 2010, 952 (*Wilhelm*) = EvBl 2011, 28; 29.3.2011, 5 Ob 246/10b, RdW 2011, 527 = ÖBA 2011, 887; 17.4.2012, 4 Ob 174/11h, ÖBA 2013, 368; vgl dazu auch *Kletečka/Holzinger*, ÖJZ 2009, 630; *Ramhartner*, Zak 2009, 403; *Trenker*, wbl 2010, 619; *Graf* in Gruber/Raschauer, WAG § 38 Rz 102; *Brandl/Klausberger* in Brandl/Saria, WAG (8. Lfg 2015) § 38 Rz 68.
- 14) *Brandl/Klausberger* in Brandl/Saria, WAG (8. Lfg 2015) § 38 Rz 68.
- 15) Anders *Leitner*, ecolex 2015, 453; gegen diesen bereits *Graf*, ÖBA 2015, 625 f.

ist das Problem bei einem Rechtsprodukt wie einem geschlossenen Fonds schon auf tatsächlicher Ebene anders gelagert. Die rechtliche Ausgestaltung des erworbenen Anlageprodukts ist für sich genommen fehlerfrei; auch existiert bei Anlageprodukten keine mit körperlichen Sachen vergleichbare Verkehrserwartung im Hinblick auf gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften. So ist beim Autokauf die Fahrtüchtigkeit eine gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft des Kaufgegenstandes; Gegenteiliges müsste explizit vereinbart werden (zB die Deklaration eines Gebrauchtwagens als „Bastlerfahrzeug zum Herrichten“). Bei Finanzprodukten kommt es wegen der nicht standardisierten Ausgestaltung unterschiedlichster Produkte stärker auf die Information und Beratung über die individuellen Produktmerkmale an. Der Defekt liegt hier nicht im Produkt, sondern in der auf das Produkt bezogenen Aufklärung oder Beratung.¹⁶⁾ Mit anderen Worten: Nicht schon die Konstruktion des Anlageprodukts an sich ist problematisch, sondern der Vertrieb an den konkreten Anleger. Der Erwerb des betreffenden Anlageprodukts ist unproblematisch, solange er mit zutreffender Aufklärung oder Beratung einhergeht. Ist dies nicht der Fall, so ist freilich nicht das Anlageprodukt selbst mangelhaft, sondern die darauf bezogene Aufklärung oder Beratung. Ein absolutes Verbot, bestimmte Finanzprodukte zu vertreiben, besteht demnach nicht. Es braucht vielmehr das im Einzelfall notwendige Maß an Aufklärung oder Beratung.

2.2. Gem § 1489 1. Satz ABGB verjähren Schadenersatzansprüche in drei Jahren ab Kenntnis von Schaden und Schädiger. Solch eine Kenntnis besteht, wenn dem Geschädigten der Sachverhalt soweit bekannt ist, dass er eine schlüssige Klage mit Aussicht auf Erfolg erheben kann.¹⁷⁾ Unabhängig von der Kenntnis verjähren Schadenersatzansprüche gem § 1489 2. Satz ABGB jedenfalls nach 30 Jahren.¹⁸⁾

Umgelegt auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die Verjährungsfrist nicht vor dem Erwerb der Anlageprodukte zu laufen beginnt. Die dreijährige kenntnisabhängige Frist wird in Gang

gesetzt, sobald der Anleger erkennt, dass das Produkt nicht seinen gegenüber dem Berater geäußerten Anlagezielen entspricht, in der Diktion des § 44 WAG also ungeeignet ist.¹⁹⁾ Ungeeignet ist ein Anlageprodukt iSd § 44 Abs 2 WAG dann, wenn es nicht mit den Anlagezielen, der Risikotragfähigkeit oder dem Risikoverständnis des Kunden übereinstimmt.²⁰⁾ Zu den Anlagezielen zählt man die subjektive Risikobereitschaft des Kunden, den Anlagezweck und die beabsichtigte Haltedauer.²¹⁾

Auch wenn das Gesetz im Hinblick auf die dreijährige Verjährungsfrist die Kenntnis des Anlegers in den Blick nimmt, kann sich dieser nicht bloß passiv verhalten, um den Eintritt der Verjährung hinauszuzögern. Es besteht vielmehr eine Erkundigungspflicht: Sobald seriöse Anhaltspunkte für eine Fehlberatung bestehen, darf der Anleger nicht einfach den Kopf in den Sand stecken, sondern muss gegebenenfalls weitere Erkundigungen einholen.²²⁾ Dies führt dazu, dass die kenntnisabhängige dreijährige Frist bei Missachten der Erkundigungspflicht auch unabhängig von einer tatsächlichen Kenntnis zu laufen beginnt; es kommt damit im Ergebnis auf ein Kennenmüssen an.

2.3. Für die Verjährungsfrage bei mehrfach fehlerhafter Anlageberatung ist im Kern entscheidend, ob dem Anleger aus der fehlerhaften Anlageberatung ein Anspruch erwächst oder mehrere auf das gleiche Ziel gerichtete Ansprüche zustehen. Im erstgenannten Fall kann der Anleger aus dem Umstand der Fehlberatung einen Schadenersatzanspruch ableiten, der in der Regel mittels Naturalrestitution durch Rückgabe des Anlageprodukts gegen Rückzahlung des Erwerbspreises zu liquidieren ist.²³⁾ Der Umstand, dass mehrere Beratungsfehler vorliegen, hat in dieser Variante bloß Auswirkungen auf die Argumentationsmöglichkeiten des Anlegers: Dieser kann seinen Anspruch auf mehrere Ursachen stützen, es bleibt aber bei einem Anspruch, der mit der ersten Kenntnis eines Beratungsfehlers zu verjähren beginnt.

Im zweitgenannten Fall erwächst aus jeder Fehlberatung ein eigenständiger

Anspruch.²⁴⁾ Der Anleger könnte nach dieser Konstruktion seinen Schaden zwar auch nur einmal liquidieren; es stehen ihm dazu jedoch mehrere, auf das gleiche Ziel gerichtete Ansprüche zur Verfügung. Ist einer dieser Ansprüche verjährt, so kann der Anleger gegebenenfalls einen anderen, noch nicht verjähren Anspruch geltend machen.

Die Diskussion wird zuweilen auch unter den Stichwörtern Einheits- gegen Trennungstheorie geführt. Für die Trennungstheorie wird häufig auf die Rsp des BGH²⁵⁾ verwiesen, derzufolge die einzelnen Beratungsfehler gesondert verjähren. Wenn nun ein Anleger durch Erhalt eines Geschäfts- und Treuhandberichts Kenntnis vom hohen Risiko des Finanzprodukts erlangt hat, so bedeutet dies nicht, dass ihm etwa auch die Rückforderbarkeit der Ausschüttungen bekannt sein musste. Gestützt auf diesen Beratungsfehler könne er daher weiterhin Schadenersatz verlangen. Die Einheitstheorie legt das Augenmerk dagegen auf die Frage, worin der Schaden des Anlegers liegt. Anerkennt man mit der neueren Rsp, dass der Schaden bereits mit der Erwerb der ungewollten Anlage eingetreten sei, so beginnt die Verjährungsfrist ab Kenntnis vom Eintritt dieses (Primär-)Schadens zu laufen, auch wenn der Geschädigte die Höhe des Schadens noch nicht beziffern kann, ihm nicht alle Schadensfolgen bekannt oder diese noch nicht zur Gänze eingetreten sind.²⁶⁾ Ein nach Erkennen der Risikoträchtigkeit eintretender weiterer Schaden, der den Kläger in seiner Ansicht, ein nicht seinen Erwartungen entsprechendes Produkt gekauft zu haben, möglicherweise bestärkt, ist demnach als bloßer Folgeschaden zu qualifizieren,²⁷⁾ dessen Verjährung gleichfalls mit Kenntnis vom Eintritt des Primärschadens beginnt.²⁸⁾

Die unterinstanzliche Rechtsprechung zu dieser Frage war und ist uneinheitlich. Während vor allem zuletzt einige Landes- und Oberlandesgerichte der Trennungstheorie folgten und von einem einzelnen Verjähren der Beratungsfehler ausgingen,²⁹⁾ wurde in zahlreichen anderen Urteilen auf Verjährung entschieden.³⁰⁾

3.1. Die unterschiedlichen Positionen in den beiden zu besprechenden Ent-

16) Vgl Graf, ÖBA 2015, 625.
 17) *Madl* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1489 ABGB Rz 7; *Schopper*, ÖBA 2014, 246.
 18) *Perner* in Schwimann, ABGB-TaKom³ § 1489 Rz 11.
 19) Zur Eignungsprüfung siehe *Brandl/Klausberger* in Brandl/Saria, WAG (4. Lfg 2015) § 44 Rz 38 ff.
 20) *Brandl/Klausberger* in Brandl/Saria, WAG (4. Lfg 2015) § 44 Rz 34 ff.
 21) *Brandl/Klausberger* in Brandl/Saria, WAG (4. Lfg 2015) § 44 Rz 13 ff.

22) Umfassend *Schopper*, ÖBA 2014, 246.
 23) *Brandl/Klausberger* in Brandl/Saria, WAG (8. Lfg 2015) § 38 Rz 88 mwN.
 24) So ausdrücklich *Wilhelm*, *ecolex* 2015, 925.
 25) BGH 9.11.2007, V ZR 25/07; BGH 19.11.2009, III ZR 169/08; BGH 2.7.2015, III ZR 149/14; vgl dazu auch *Grüneberg*, BKR 2015, 488 ff.
 26) RIS-Justiz RS0097976.
 27) Siehe zu dieser Frage jüngst *Brandstätter*, *ecolex* 2015, 448.
 28) OGH 7.7.2008; 6 Ob 103/08b = ÖBA

2009, 144.
 29) Etwa HG Wien 29.9.2015, 62 Cg 104/14b; OLG Wien 29.5.2015, 1 R 43/15y; OLG Wien 18.11.2015, 34 R 125/15z; OLG Wien 24.11.2015, 1 R 113/15t; OLG Wien 18.12.2015, 1 R 95/15w.
 30) Etwa LG Eisenstadt 31.8.2015, 3 Cg 166/13y; OLG Wien 29.7.2015, 4 R 41/15a; OLG Linz 6.5.2015, 3 R 37/15d; OLG Graz 10.4.2015, 2 R 62/15b; OLG Graz 21.1.2016, 4 R 188/15x.

scheidungen mag man ebenfalls auf die strittige Konstruktion solcher Ansprüche zurückführen: In der E 6 Ob 90/15a dürfte der OGH von einem einheitlichen Anspruch ausgehen und hat daher Verjährung angenommen. Anders als nach Bekanntwerden der E dargestellt,³¹⁾ stützte sich der Kläger in diesem Verfahren³²⁾ ebenso auf mehrere Anspruchsgrundlagen, wie etwa – vergleichbar zum Sachverhalt in der E 3 Ob 112/15i – auf die angeblich nicht erfolgte Aufklärung über das Totalverlustrisiko, die schwierige Veräußerbarkeit und eine mögliche Rückzahlungspflicht für Ausschüttungen.³³⁾ In der außerordentlichen Revision wird dies nochmals aufgegriffen und ausgeführt, dass mit dem Ausbleiben der Ausschüttungen (über das der Kläger schriftlich informiert wurde) ein möglicher Totalverlust noch nicht erkennbar gewesen wäre.³⁴⁾ Auch wenn diese Argumentation vom Klagevertreter nicht unter der heute geläufigen Bezeichnung „Trennungstheorie“ geführt wurde; so war sie doch im gesamten (Revisions-)Verfahren präsent: Hinsichtlich des geltend gemachten Anspruchs, der – wie der OGH in der E 3 Ob 112/15i ausführt – durch die zu seiner Begründung vorgebrachten Tatsachen konkretisiert wird, waren die beiden Verfahren sich so ähnlich, dass ein Verneinen des Verjährungseinwands aus den in der E 3 Ob 112/15i angeführten Gründen genauso in der E 6 Ob 90/14a denkbar gewesen wäre. Der OGH folgt in der E 6 Ob 90/14a jedoch – wie bisher – der sogenannten Einheitstheorie.

In der E 3 Ob 112/15i ist das Höchstgericht sichtlich von der Idee einer Anspruchskonkurrenz im Sinne der Trennungstheorie geleitet. Dies erhellt daraus, dass der OGH explizit auf die Rsp des BGH verweist, wonach die Verjährungsfrist für jeden Beratungsfehler getrennt zu laufen beginne. Daraus folge, so der OGH, dass die Verjährung des auf einen Beratungsfehler gestützten Ersatzanspruchs nicht zwangsläufig auch die Verjährung von Ersatzansprüchen bedeute, die auf anderen Beratungsfehlern beruhen. Damit wird deutlich, dass der OGH in der E 3 Ob 112/15i sichtlich vom Bestehen mehrerer auf das gleiche Ziel gerichteter Ansprüche ausgeht.

Interessant ist in diesem Zusammenhang die in der E 3 Ob 112/15i wieder gegebene Begründung des Berufungsgerichts; dieses wies das Zahlungsbegehren

zur Gänze ab und gab nur dem Feststellungsbegehren statt. Das Berufungsgericht begründete dies damit, dass der Schadenersatzanspruch der klagenden Partei, soweit er die Nichtaufklärung über das Totalverlustrisiko betreffe, im Hinblick auf die Schreiben der Treuhänderin, die – so das Berufungsgericht – keine Zweifel am gegebenen Restrukturierungsbedarf infolge Insolvenzgefahr gelassen haben, verjährt sei. Nicht verjährt seien – so das Berufungsgericht – nur Ansprüche aus künftigen Schäden, die aus noch möglichen Nachschusspflichten resultieren. Insoweit seien die Interessen des Klägers aber durch das Feststellungsurteil gewahrt. Würde man ihm allein wegen dieser künftig drohenden Schäden die Naturalrestitution zubilligen, wäre damit diesem auch jener bereits verjäherte Vermögensverlust aufgebürdet. Daher stehe die wechselseitige Interessenlage zugunsten der beklagten Partei der Naturalrestitution entgegen. Damit im scheinbaren Widerspruch stehen die getroffenen Feststellungen, die vom OGH übernommen wurden. So wurde festgestellt, dass die klagende Partei die Veranlagung nicht erworben hätte, wenn sie vom Kapitalverlustrisiko bis hin zum Totalverlust gewusst hätte und auch dann nicht, wenn ihr bewusst gewesen wäre, dass die prognostizierten jährlichen Ausschüttungen nicht nur Gewinne enthalten können, sondern auch eingezahltes Kapital, und dass den Anleger im Fall der Kapitalrückzahlung eine Haftung bzw Rückzahlungsverpflichtung in diesem Umfang treffen kann. Genau für dieses Risiko wurde das Feststellungsbegehren (auf Haftung für zukünftige Schäden, wie eben die Rückforderung bereits erhaltener Ausschüttungen, die die klagende Partei von ihrem Leistungsbegehren abgezogen hat) in die Klage aufgenommen. So gesehen erscheint die Entscheidung des Berufungsgerichts – sofern man der Trennungstheorie folgt – sachgerecht, das Rückabwicklungsbegehren als verjährt abzuweisen und dem Feststellungsbegehren stattzugeben. Die dahinterstehenden – uE plausiblen – Überlegungen des Berufungsgerichts dürften gewesen sein, die beklagte Partei nicht für die (verjäherte) Rückabwicklung, sondern nur für künftige Schäden haften zu lassen; dazu zählen etwa zukünftige Rückforderungen von Ausschüttungen. Diesen Ansatz dürfte der OGH missinterpretieren, wenn er die Rechtsansicht des Berufungsge-

richts als verfehlt ansieht. Er begründet dies damit, dass die Verjährung eines der geltend gemachten Beratungsfehler nicht dazu führe, dass bei Bejahung eines anderen, für sich genommen noch nicht verjäherten Beratungsfehlers, das Stattgeben des Leistungsbegehrens ausgeschlossen wäre. Davon ist das OLG Wien jedoch nicht ausgegangen, zumal es dann konsequenterweise auch das Feststellungsbegehren als verjährt hätte abweisen müssen.

3.2. Will man die unterschiedlichen Standpunkte kritisch bewerten, so ist zunächst vor einer unbesehenen Übernahme dogmatischer Figuren aus dem deutschen Recht zu warnen. So unterscheiden sich die prozessualen Rechtskrafttheorien in Österreich und Deutschland doch erheblich, was wiederum Auswirkungen auf die materielle Konstruktion von Ansprüchen haben kann.³⁵⁾ Zudem sei nochmals auf Grund und Inhalt des Anlegerschadens hingewiesen: Der Schaden des Anlegers liegt schon darin, dass sein Vermögen anders zusammengesetzt ist als es dessen Vorstellungen entspricht. Diese fehlerhafte Zusammensetzung des Vermögens tritt bereits mit dem Erwerb des betreffenden Anlageprodukts ein; eine (behauptete) mehrfache Irreführung ändert nichts an der Tatsache, dass der Schaden für sich nur einmal, nämlich mit dem Erwerb eintritt.³⁶⁾ Damit sprechen freilich die besseren Argumente dafür, im Sinne der Einheitstheorie bloß einen Schadenersatzanspruch anzunehmen, der mit der erstmaligen Kenntnis eines Beratungsfehlers zu verjähren beginnt.

Darüber hinaus ist zu bedenken, dass eine Anspruchshäufung vornehmlich dann in Betracht kommt, wenn unterschiedliche Tatbestände unterschiedliche Leistungen vorsehen und die kumulative Anwendung zu keinen Widersprüchen führt.³⁷⁾ Hier handelt es sich freilich um einen einheitlichen Geschehensablauf, der auch nur einen Tatbestand – nämlich den des vertraglichen Schadenersatzes – erfüllt.³⁸⁾ Auch vor diesem Hintergrund vermag die Einheitstheorie mehr zu überzeugen als die Trennungstheorie.³⁹⁾

Damit kommt man zu dem Ergebnis, dass in den Fällen des Zusammenspiels mehrerer Beratungsfehler dem geschädigten Anleger richtigerweise bloß ein Schadenersatzanspruch erwächst, der auf mehreren Ursachen beruht. Mit der Figur der kumulativen Kausalität⁴⁰⁾ hat

31) [https://verbraucherrecht.at/cms/index.php?id=49&tx_ttnews\[tt_news\]=3489&cHash=d0999a5c877f82bfa2b5fa500dc1a7f](https://verbraucherrecht.at/cms/index.php?id=49&tx_ttnews[tt_news]=3489&cHash=d0999a5c877f82bfa2b5fa500dc1a7f).

32) Die Rechtsanwaltskanzlei der Verfasser dieser Glosse war im Verfahren als Vertreter der beklagten Bank beteiligt.

33) Klage vom 26.6.2013 zu 29 Cg 57/13x-5.

34) Außerordentliche Revision der klagenden Partei vom 13.4.2015 zu 29 Cg 57/13x.

35) Dies betont *Graf*, ÖBA 2015, 627 ff.

36) *Graf*, ÖBA 2015, 625.

37) *Kozioł – Welsch/Kletečka*, Bürgerliches Recht 114 (2015) Rz 125.

38) *Graf*, ÖBA 2015, 627.

39) Vgl. auch *Madl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1489 ABGB Rz 9.

40) Siehe zu dieser *Kozioł*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010) Rz 5/111 ff.; *ders.*, Österreichisches Haftpflichtrecht 13 (1997) Rz 3/51 ff.

diese Situation gemein, dass mehrere Ursachen wirksam werden, die jede für sich den Schaden herbeigeführt hätte. Ein Unterschied liegt freilich darin, dass die kumulative Kausalität das Spezialproblem betrifft, dass mehrere Täter jeweils eigenständige Schadensursachen gesetzt haben; hier kommt es nach hM zu einer solidarischen Haftung aller Täter, die konkret gefährlich gehandelt haben.⁴¹⁾ Der Grund dafür liegt darin, zu vermeiden, dass ein Täter mit Hinweis auf die Kausalität des anderen von der Haftung frei gehen könnte, mit der Konsequenz, dass überhaupt keine Haftung bestünde.⁴²⁾ Dieses Problem stellt sich freilich nicht, wenn mehrere Ursachen auf einen einzigen potenziellen Täter zurückzuführen sind. Hier besteht auch für eine Multiplikation von Ansprüchen kein Bedarf.

Schließlich sei noch auf die Teleologie der dreijährigen kenntnisabhängigen Verjährungsfrist hingewiesen. Der Gläubiger eines Schadenersatzanspruchs soll gehalten werden, diesen möglichst bald geltend zu machen, um den Anspruchsgegner nicht in Beweisschwierigkeiten zu bringen, die mit fortschreitender Zeit immer größer werden.⁴³⁾ Die Rechtsverfolgung ist im Übrigen für den Anleger damit auch nicht über Gebühr erschwert: Dieser hat ab dem Zeitpunkt, in dem er erkennen konnte, dass das erworbene Produkt nicht seinen ursprünglich geäußerten Anlagezielen entsprochen hat, immerhin drei Jahre Zeit, um Ansprüche zu erheben. Dabei ist es unerheblich, aus welchen Gründen das Anlageprodukt nicht mit den Anlagezielen übereinstimmt; es kommt lediglich darauf an, dass sich der Anleger in seinen ursprünglichen Erwartungen enttäuscht sieht.⁴⁴⁾ Hat der Anleger ein Produkt erworben, das stärker risikobehaftet ist als ursprünglich intendiert, so setzt die Erkennbarkeit dieses Umstandes die Verjährungsfrist in Gang. Dass mit der Zeit zusätzliche

Aspekte ans Tageslicht treten, beeinflusst den Ablauf der Verjährung nicht.⁴⁵⁾

Aus der E 3 Ob 112/15t lässt sich zudem ein weiterer Gesichtspunkt gewinnen: Der OGH hält hier fest, dass die (fehlerhafte) Anlageentscheidung ihre Ursache sowohl in der mangelhaften Beratung hinsichtlich des Kapitalverlustrisikos als auch in der mangelhaften Beratung über die Funktionsweise der Ausschüttungen habe. Das OLG Wien hat seiner Entscheidung in diesem Verfahren die Prämisse zugrundegelegt, dass die jeweiligen Beratungsfehler auch gesondert auf ihre Relevanz für die Anlageentscheidung geprüft werden können. Dies ließe sich um den Aspekt des Rechtswidrigkeitszusammenhangs erweitern.⁴⁶⁾ So könnte man sich fragen, ob allein schon die mangelhafte Beratung hinsichtlich der Ausschüttungen es rechtfertigt, dem Berater auch das Risiko im Hinblick auf das Kapitalverlustrisiko aufzubürden. Hält man eine Aufklärung des Anlegers über die Funktionsweise der Ausschüttungen für notwendig,⁴⁷⁾ so muss man doch anerkennen, dass diese Pflicht wohl nur deshalb besteht, um dem Anleger bewusst zu machen, dass er möglicherweise mit einem Rückforderungsanspruch konfrontiert sein könnte; mit dem Risiko des Verlusts des eingesetzten Kapitals steht diese Pflicht jedenfalls nicht in Verbindung. Wenn man schon der Auffassung ist, dass die beiden Beratungsfehler zwei Schadenersatzansprüche auslösen, die gesondert verjähren, so müsste man konsequenter Weise ebenso anerkennen, dass diese Schadenersatzansprüche wegen der Begrenzung durch den Rechtswidrigkeitszusammenhang auch unterschiedliche Inhalte haben können. Ist der Schadenersatzanspruch hinsichtlich des Kapitalverlusts verjährt, so wären – wenn man nicht auch hier Verjährung annimmt – dem Anleger richtigerweise aus dem Umstand der Fehlbildung über die Rechtsnatur der

Ausschüttungen nur jene Nachteile ersatzfähig, die sich unmittelbar aus der Rückforderung von Ausschüttungen ergeben. Eine gänzliche Rückabwicklung der Anlage ließe sich so nicht begründen, zumal dem Anleger so (reflexartig) auch das bereits verjäherte Risiko des Kapitalverlusts ersetzt würde.⁴⁸⁾

4.1. Selbst wenn sich die Position der Trennungstheorie aus der E 3 Ob 112/15t zu einer ständigen Rechtsprechung entwickeln sollte, zeigt der OGH selbst den Beratern für zukünftige Fälle einen Ausweg auf. Er verteidigt nämlich die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, wonach die klagende Partei angesichts der ihr zugegangenen Schreiben der Treuhänderin, in denen von Restrukturierungsbedarf und Insolvenzgefahr die Rede war, gehalten gewesen wäre, sich durch Lektüre des seinerzeit erhaltenen Verkaufsprospekts⁴⁹⁾ und des von ihr unterfertigten Zeichnungsscheins über das Wesen seiner Veranlagung zu informieren.⁵⁰⁾ Dadurch hätte der Anleger – so der OGH – bereits länger als drei Jahre vor Einbringung der Klage erkennen können, dass seine Veranlagung nicht „sicher“, sondern mit der Gefahr eines Kapitalverlusts⁵¹⁾ verbunden ist. Diese Ansicht ist im Hinblick auf die bisherige Rechtsprechung des OGH⁵²⁾ zu Erkundigungsobliegenheiten des Anlegers nur konsequent, auch wenn der OGH, wie schon in früheren Fällen, darauf hinweist, dass diese Obliegenheit nicht überspannt werden dürfe.⁵³⁾

Der Grund, dass diese Erkundigungsobliegenheit nicht zur Klagsabweisung wegen Verjährung führte, liegt darin, dass sich – nach den Ausführungen des OGH – „für den Kläger auch bei (nachträglicher) genauer Lektüre des ihm seinerzeit übergebenen Verkaufsprospekts und des von ihm unterfertigten Zeichnungsscheins kein ausreichend konkreter Anhaltspunkt für eine allfällige Nachschusspflicht“⁵⁴⁾

41) *Koziol*, Haftpflichtrecht I Rz 3/54 ff.

42) *Koziol*, Haftpflichtrecht I Rz 3/52.

43) *Vollmaier* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 1489 Rz 9.

44) *Graf*, ÖBA 2015, 626.

45) *Graf*, ÖBA 2015, 626 f.

46) Zu diesem siehe allgemein *Koziol*, Haftpflichtrecht I Rz 8/18 ff; speziell zum Anlegerschaden *Brandl/Klausberger* in *Brandl/Saria*, WAG (8. Ufg 2015) § 38 Rz 80 ff.

47) Nach OGH 26.11.2015, 6 Ob 193/15y ist bei einer Unternehmensbeteiligung die Belehrung über eine allfällige Rückzahlungsverpflichtung von der Belehrung über das Totalverlustrisiko mitumfasst; eine Pflicht, über die Rückforderbarkeit von Ausschüttungen gesondert aufzuklären, würde demnach gar nicht bestehen.

48) Vgl. dazu auch *Wendehorst*, ÖBA 2010, 562 ff.

49) Mangels konkreter Feststellungen zu den

verwendeten Produktunterlagen bleibt offen, ob damit der – in der Regel umfangreiche – Prospekt nach dem deutschen Verkaufsprospektgesetz oder eine – in der Regel weniger detaillierte – Werbeproschüre gemeint ist.

50) Gleichsinnig bereits *Graf*, ÖBA 2015, 630.

51) Sofern dies bedeutet, dass in den dem Kläger vor Zeichnung zur Verfügung stehenden Unterlagen auf das Totalverlustrisiko hingewiesen wurde, so wäre – nach dem aktuelleren Beschluss des OGH 26.11.2015, 6 Ob 193/15y – davon auszugehen gewesen, dass eine allfällige Rückzahlungsverpflichtung als von der Belehrung über das Totalverlustrisiko bei einer Unternehmensbeteiligung umfasst anzusehen ist.

52) OGH 10.11.2013, 7 Ob 198/13p; OGH 10.6.2015, 7 Ob 56/15h; OGH 21.5.2014, 7 Ob 54/14p; OGH 14.7.2010, 7 Ob

96/10h; *Bollenberger/Kellner*, Zur verjährungsrechtlichen Erkundigungsobliegenheit des Anlegers, ÖBA 2013, 278.

53) RIS-Justiz RS0034327.

54) Der OGH dürfte unter dieser „Nachschusspflicht“ jenen Umstand verstehen, wenn die vom Anleger geleistete Kommanditeinlage durch Ausschüttungen unter den Einlagebetrag gemindert wird. Eine Nachschusspflicht ist jedoch üblicherweise der Fall, dass einen Anleger bei einem ungünstigen Verlauf seines Finanzprodukts eine über sein eingesetztes Kapital hinausgehende Zahlungspflicht trifft. Gerade dazu kann es jedoch bei der gegenständlichen Beteiligung – zumindest iZm den geleisteten Ausschüttungen – nicht kommen, wie auch in OGH 26.11.2015, 6 Ob 193/15y ausgeführt. Siehe dazu auch S 20 des Verkaufsprospekts zu Capitalanlage HCl Renditefonds IV.

und eine mögliche Durchgriffshaftung im Umfang der erhaltenen Ausschüttungen ergeben hätte“. Das bedeutet im Umkehrschluss, dass der Klagsanspruch zur Gänze verjährt gewesen wäre, wenn in den bei Erwerb der Beteiligung der klagenden Partei ausgehändigten Unterlagen auf das Risiko der Rückforderung von Ausschüttungen hingewiesen worden wäre.⁵⁵⁾ Ob vom Anleger im Zuge seiner Erkundigungspflicht verlangt werden kann, sich auch weitere Unterlagen und Informationen zum erworbenen Produkt wie insbesondere den Kapitalmarktprospekt zu besorgen, dürfte im Verfahren nicht thematisiert worden sein. Im Hinblick darauf, dass in den konkreten Zeichnungsunterlagen, die die klagende Partei unterschreiben musste, auf den Prospekt hingewiesen wird und der beklagte Berater ihr die Übergabe des Kapitalmarktprospekts anlässlich der Zeichnung sogar anbot, wäre darin uE kein Überspannen der Erkundigungspflicht zu sehen.⁵⁶⁾ Erst recht wäre es dem Anleger zumutbar, bei Auftreten erster Indizien für eine Fehlberatung in den üblichen Informationsquellen, insbesondere im Internet zu recherchieren.⁵⁷⁾ Diese Frage wäre jedoch stets einzelfallbezogen zu beurteilen.⁵⁸⁾

4.2. Angesichts der Ausführungen des OGH zu den einzelnen Schreiben der Treuhänderin, die Hinweise auf die Rückforderbarkeit von Ausschüttungen enthalten haben, deren Zugang an die klagende Partei allerdings vom Erstgericht nicht festgestellt werden konnte, werden sich die Anstrengungen der Beklagtenvertreter in laufenden und zukünftigen Verfahren, entsprechende Feststellungen zu erreichen, nochmals deutlich erhöhen. Darauf, erhaltene Unterlagen nicht gelesen zu haben, kann sich der Anleger nicht mit Erfolg berufen.⁵⁹⁾

5. Schließlich soll noch auf Folgendes hingewiesen werden: aus den wiedergegebenen Feststellungen der E 3 Ob 112/15i geht hervor, dass die beklagte Partei die klagende Partei nicht

auf das bestehende Risiko eines Kapitalverlusts, bis hin zum Totalverlust, hingewiesen hat. Dies ist deshalb relevant, weil das Ergebnis ein anderes hätte sein müssen, wenn ein entsprechender Hinweis auf das Totalverlustrisiko erfolgt wäre. So stellte der OGH⁶⁰⁾ erst unlängst klar, dass eine Rückzahlungsverpflichtung als von der Belehrung über das Totalverlustrisiko bei einer Unternehmensbeteiligung umfasst ist, weil ein Rückforderungsanspruch gegenüber dem Kläger als Kommanditist immer voraussetzt, dass entgegen den Bestimmungen des deutschen Handelsgesetzbuchs eine Ausschüttung „aus der Substanz“ erfolgt ist. Denn nimmt der Anleger einen Totalverlust in Kauf, so der OGH weiter, so weiß er, dass seine gesamte Substanz, die er investiert, verloren gehen kann. Wenn nun aber der OGH den Hinweis auf eine mögliche Rückzahlungsverpflichtung als von der Aufklärung über das Totalverlustrisiko umfasst ansieht, so hätte er in der E 3 Ob 112/15i die Klage wegen Verjährung abweisen müssen. Darin führt er aus, dass der Kläger bei Kenntnis vom Totalverlustrisiko („Totalverlustrisiko“) und von der Rückzahlungsverpflichtung („Ausschüttungsschwindel“) die Beteiligung nicht gezeichnet hätte. Da der OGH die Verjährung des auf das „Totalverlustrisiko“ gestützten Anspruchs bestätigte, hätte er – im Einklang mit der E 6 Ob 193/15y – auch von der Verjährung des behaupteten „Ausschüttungsschwindels“ ausgehen müssen.

6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die E 6 Ob 90/15a im Ergebnis überzeugt, gegen Begründung und Ergebnis der E 3 Ob 112/15i erhebliche dogmatische Bedenken bestehen. Diese Frage ist freilich noch nicht abschließend geklärt und dürfte das Höchstgericht noch eine Zeit beschäftigen. So ist das OLG Graz jüngst der Einheitsthese gefolgt und hat in krassem Gegensatz zur E 3 Ob 112/15i einen Schadenersatzanspruch wegen Verjährung abgewiesen.⁶¹⁾ Das letzte Wort

in dieser Diskussion ist damit noch nicht gefallen.

Univ.-Lekt. Dr. Philipp Klausberger
RA Mag. Christian Lenz
Wien

2196.

§§ 914, 915 ABGB; §§ 175, 183 AktG; §§ 22, 23 BWG idF vor BGBl I 2013/184; § 229 UGB. Von § 23 BWG abweichende Partizipationskapitalbedingungen sind zwar grundsätzlich gültig, hindern aber die unbegrenzte Anrechnung als Kernkapital.

Die Bestimmung des § 23 Abs 4 Z 4 BWG af ist dahin zu verstehen, dass die Teilnahme am Verlust „wie Aktienkapital“ auch im Wege der nominellen Herabsetzung des Partizipationskapitals unter sinngemäßer Anwendung des ordentlichen (§§ 175 ff AktG) oder des vereinfachten (§§ 182 ff AktG) Verfahrens herbeigeführt werden kann.

Die Vereinbarung einer „automatischen Koppelung“ von Herabsetzung des Partizipationskapitals und Herabsetzung des Grundkapitals ist zulässig.

Zieht schon nach den Partizipationskapitalbedingungen die Herabsetzung des Grundkapitals „automatisch“ eine solche des Partizipationskapitals „im selben Ausmaß“ nach sich, kommt den Partizipanten kein Mitwirkungsrecht bei der Herabsetzung des Partizipationskapitals zu. Die Mitwirkung an der Herabsetzung des Grundkapitals bleibt ihnen mangels entsprechender Aktionärsrechte jedenfalls verwehrt.

Die Haftrücklage einer Bank muss bis zu der in § 183 AktG angeführten Grenze aufgelöst werden, bevor die Hauptversammlung die vereinfachte Kapitalherabsetzung beschließen darf. Ein Beschluss der Hauptversammlung auf Durchführung einer vereinfachten Kapitalherabsetzung, obwohl die Voraussetzungen des § 183 AktG nicht erfüllt sind, ist nicht nichtig, sondern bloß anfechtbar. Ein Partizipant ist nicht zur Anfechtung berechtigt.

OGH 29. 4. 2014, 2 Ob 84/13M¹⁾

55) In der 6 Ob 90/15a zugrundeliegenden Kommanditbeteiligung an der „Zweite Beteiligungsgesellschaft Reeper-Flottenfonds mbH & Co KG“ der Initiatorin MPC Münchmeyer Petersen Capital AG wird etwa auf der Rückseite des Anlegerprofils, das vom Anleger zu unterschreiben ist, darauf hingewiesen, dass bei einer Kommanditgesellschaft Auszahlungen an die Gesellschafter zum Wiederaufleben der auf das eingesetzte Kapital beschränkten Haftung führen können, wenn durch diese Auszahlungen der Kapitalanteil unter die Haftsumme sinkt, und es damit denkbar ist, dass die ausgeschütteten Beträge im Falle einer ne-

gativen Entwicklung zurückgeführt werden müssen. Das OLG Graz lässt in seiner Entscheidung vom 10.4.2015, 2 R.62/15b die Verjährungsfrist mit Unterschrift der Zeichnungsunterlagen (auf denen sich Risikohinweise befanden) beginnen.

56) Vgl auch Graf, ÖBA 2015, 630.

57) Schopper, ÖBA 2014, 248.

58) OGH 10.11.2013, 7 Ob 198/13p; RIS-Justiz RS0034327, RS0113916.

59) OGH 24.10.2011, 8 Ob 135/10a; Graf, ÖBA 2014, 19.

60) OGH 26.11.2015, 6 Ob 193/15y.

61) OLG Graz 21.1.2016, 4 R.188/15x, o.Revision nicht zugelassen.

Aus den Entscheidungsgründen:

Die beklagte Partei ist ein konzessioniertes Kreditinstitut, das im Zuge der internationalen Finanzkrise in eine finanzielle Notlage geriet. Erstmals im Jahr 2008 bezog die beklagte Partei Par-

1) Siehe dazu den Bespr.-Aufsatz von M. Dellinger in diesem Heft, S 173.