

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Oberlandesgericht Graz hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichtes Dr.Rastädter-Puschnig als Vorsitzende, die Richterin des Oberlandesgerichtes Dr.Neuhold und den Richter des Oberlandesgerichtes Dr.Waldner in der Rechtssache der klagenden Partei [REDACTED] [REDACTED] Angestellter, [REDACTED] [REDACTED] Wien, vertreten durch die Brauneis Klauser Prändl Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei **VMV Schleiss & Korp Consulting GmbH in Liquidation**, Schemerlhöhe 26, 8302 Nestelbach bei Graz, vertreten durch Dr.Thomas Lederer, Rechtsanwalt in Wien, wegen EUR 9.276,79 samt Anhang und Feststellung (Streitwert: EUR 20.000,00), in eventu Feststellung (Streitwert: EUR 29.276,79), (Berufungsstreitwerte: je EUR 29.276,79), über die Berufungen der klagenden Partei und der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Graz vom 27.September 2011, 12 Cg 22/09z-51, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

I. Die auf § 477 Abs 1 Z 9 ZPO gestützte Berufung wegen Nichtigkeit wird als **unbegründet verworfen**.

II. Den Berufungen der klagenden Partei und der beklagten Partei wird im Übrigen **nicht Folge** gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit EUR 680,34 (darin enthalten EUR 113,39 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

Die ordentliche Revision nach § 502 Abs 1 ZPO ist zulässig.

**ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:**

Der Kläger hat die Volksschule, dann die Hauptschule und schließlich die Handelsschule besucht. Danach ist der Kläger ins Berufsleben eingestiegen.

Über Vermittlung eines Bekannten traf der Kläger ████████ H██████ in Wien im Börsengebäude bei der Winvestors GmbH, für die der Genannte auf Provisionsbasis tätig war. Die Winvestors GmbH war ein ständiger Kooperationspartner der Beklagten.

Zunächst fragte ████████ H██████ den Kläger nach seiner Einkommens- und Vermögenssituation. Der Kläger gab gegenüber ████████ H██████ an, dass er eine Liegenschaft in V██████ besitzt, wobei diese einen Mindestwert von rund EUR 150.000,00 habe. Seine monatliche Einkommenssituation hat er mit EUR 1.000,00 bis EUR 1.200,00 geschildert und auf liquide Mittel von rund EUR 10.000,00 verwiesen. Diese Daten waren die Basis für die Beratung. ████████ H██████ erzählte dem Kläger, dass er für Kunden Aktien aussuche. Diese Anlageform interessierte den Kläger jedoch nicht. ████████ H██████ verfolgte deshalb diese Anlagestrategie nicht weiter. Er wies stattdessen auf andere Anlageformen hin, und dabei auch auf den „pro futura Vorsorgeplan“ der Beklagten. Diese Anlageform stellte ████████ H██████ dem Kläger so vor, dass eine Einmalzahlung zu leisten ist und dann dieser Plan 15 bis 20 Jahre läuft. ████████ H██████ wies darauf hin, dass sowohl die Zahlung von EUR 5.000,00 oder EUR 10.000,00 als auch die Laufzeit offen sind. Er wies darauf hin, dass ein Fremdwährungskredit aufzunehmen ist und der Betrag in Lebensversicherungen investiert wird. Der Kläger war an diesem Vorsorgeplan mehr interessiert als an den zunächst vorgestellten Aktien.

Es kann nicht festgestellt werden, dass ████████ H██████ den Kläger auf die Risiken dieses Investments hingewiesen hat. Eine Einschätzung des Risikos des „pro futura Vorsorgeplanes“ war ████████ H██████ nicht möglich, da diese Anlageform nicht in dessen Spezialgebiet fällt. ████████ H██████ schätzte nach diesem Gespräch den Kläger als risikoscheu ein. Jedenfalls wäre der Kläger nicht bereit gewesen, bei einem Investment von rund EUR 10.000,00 rund EUR 4.000,00 oder gar EUR 8.000,00 zu verlieren. Er zog jedenfalls den Schluss, dass der Kläger stressfrei investieren und nicht mit Kursschwankungen konfrontiert sein will. Jedenfalls meinte ████████ H██████ zum Kläger, dass sich dieser „pro futura Vorsorgeplan“ für eine Pensionsvorsorge des Klägers eignen würde, was dieser aufgrund seines Lebensalters als grundsätzlich gute Idee empfunden hat. Daraufhin vereinbarte ████████ H██████ einen Termin für den Kläger mit der Beklagten. Aufgrund des Gespräches mit ████████ H██████ war eine Kaufentscheidung für den „pro futura Vorsorgeplan“ der Beklagten jedenfalls nicht gefallen. Der Kläger wollte die Präsentation durch die Beklagte abwarten. Irgendwelche Daten, die ████████ H██████ für sein Gespräch vom Kläger über dessen Vermögensverhältnisse erhalten hat, wurden an die

Beklagte nicht weitergegeben.

Der von [REDACTED] H [REDACTED] organisierte Termin fand dann am 7. September 2005 statt, wobei für die Beklagte deren Mitarbeiter [REDACTED] U [REDACTED] auftrat. Dieses Gespräch hat zwischen 30 und 45 Minuten gedauert, wobei auf die Präsentation des „pro futura Vorsorgeplans“ zwischen 20 und 25 Minuten entfielen. Zunächst fand die Präsentation des „pro futura Vorsorgeplans“ durch den Mitarbeiter der Beklagten statt. Dann wurde eine „Selbstauskunft“ über den Vermögensstatus des Klägers ausgefüllt, wobei nicht alles ausgefüllt werden konnte, da dem Kläger nicht sämtliche Daten, insbesondere über seine Immobilie, bekannt waren. Bis zum 19. Oktober 2005 wurde diese Selbstauskunft des Klägers dahingehend ausgefüllt, dass er ein monatliches Nettoeinkommen von EUR 1.300,00 und Mieteinnahmen von EUR 350,00 bezieht. Dem stehen Ausgaben von EUR 30,00 für Versicherungen und Miete von EUR 350,00 gegenüber, sodass in Beilage ./3 ein frei verfügbares Einkommen von EUR 970,00 ausgewiesen ist. Das Vermögen wurde in Beilage ./3 mit EUR 267.034,00 ausgewiesen, wobei es sich aus einer Immobilie im Wert von EUR 220.034,00, einem Bankguthaben von EUR 40.000,00 und einem Wertpapierdepot von EUR 7.000,00 bei [REDACTED] zusammensetzte.

Im Zuge des Gespräches nannte der Kläger gegenüber dem Mitarbeiter der Beklagten auch den Betrag, den er bereit sei zu investieren, nämlich EUR 8.000,00. Mit diesem Betrag sollte eine Pensionsvorsorge durchgeführt werden. [REDACTED] U [REDACTED] versuchte dem Kläger das Anlagemodell „pro futura Vorsorgeplan“ anhand einer schriftlichen Unterlage, nämlich der Beilage ./D, und dort insbesondere anhand einer Skizze auf Seite 4 dieser Beilage, zu erklären. Aus dem dort abgebildeten Investmentmodell ergibt sich, dass nach einer Laufzeit von 20 Jahren eine Kreditabdeckung von EUR 266.250,00 erfolgen und ein Gewinn von EUR 237.949,00 dem Kläger verbleiben soll. Tatsächlich verstanden hat der Kläger diese Veranlagung nicht. Es wurde mit dem Kläger nicht besprochen, dass am Ende der Laufzeit dieses Modells die Tilgungsträger nicht ausreichend sein können und nicht nur kein Gewinn eintreten kann, sondern der Restbetrag des Kredites durch den Kläger mit Mitteln außerhalb des Anlagemodells der Beklagten getilgt werden muss. Auch über allfällige Zinstilgungen, die der Kläger während der Laufzeit leisten muss, da eine Deckung im Anlagemodell der Beklagten nicht gegeben ist, wurde nicht gesprochen. Es wurde ihm nur mitgeteilt, dass eine Situation eintreten kann, in der sich das Ganze nicht so gut entwickelt; ein Zeithorizont wurde dafür nicht genannt.

Die in Beilage ./D aufgenommene Berechnung von 6% Rendite für die beiden Fonds wurde dem Kläger als durchschnittliche Verzinsung dargestellt, wobei eine andere Berechnung mit einer geringeren Rendite gegenüber dem Kläger nicht vorgenommen wurde. Mit dem Kläger wurde aus Anlass des Gespräches vom 7. September 2005 auch ein

„Erstberatungsprotokoll/Maklerauftrag“ ausgefüllt bzw. abgeschlossen. Es wurde eine Einzel-Produkt-Beratung vereinbart, betreffend das streitgegenständliche Produkt. Aus Anlass des Gespräches vom 7.September 2005 unterfertigte der Kläger eine Vollmacht für die Beklagte mit folgendem Inhalt:

*"Hiermit bevollmächtige ich, [REDACTED] F [REDACTED] die Firma VMV Schleiss & Korp Consulting GmbH, mich bis auf weiteres in allen Finanzdienstleistungsangelegenheiten zu vertreten; insbesondere jegliche Formen von Finanzierungsanfragen vorzunehmen, die hierfür erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die Realisierung und vollständige Umsetzung der jeweiligen, in Auftrag gegebenen Finanzdienstleistung zu gewährleisten, welche Tätigkeiten auch die selbständige Kontaktaufnahme, das Führen von Gesprächen und Verhandlungen mit Banken, Kreditinstituten, Versicherungen und anderen Finanzdienstleistungsunternehmen und überhaupt alle Interaktionen mit Personen und Institutionen im Zusammenhang mit den Agenden der Abwicklung von Finanzierungsgeschäften einschließen, welche die VMV zur Erfüllung ihres Auftrages im Interesse des Kunden für notwendig und zielführend erachtet Die gegenständliche Bevollmächtigung gilt bis auf Widerruf und kann vom Auftraggeber nur schriftlich gekündigt werden."*

Dem Kläger war auch nicht bekannt, dass dieses Anlagemodell von der Beklagten gegenüber der finanzierenden Bank mit 4 % Rendite kalkuliert wurde.

Im Gespräch mit [REDACTED] U [REDACTED] wurde der Kläger überzeugt, in den „pro futura Vorsorgeplan“ der Beklagten zu investieren.

Es gab nach dem 7.September 2005 noch ein weiteres Zusammentreffen zwischen dem Kläger und einem Mitarbeiter der Beklagten, da er noch Unterlagen über seine Liegenschaft abgeben musste. Aus Anlass dieses Treffens wurde auch ein Antragsformular für den „International Prudence Bond“ ausgefüllt, wobei dort angegeben wurde, dass der Kläger bereits Erfahrung bei Sparbüchern, Lebensversicherungen, Bausparverträgen, Investmentfonds (Anleihen) und Aktien hat. Auch wurde in diesem Antrag angegeben, dass der Kläger bereits Kredite aufgenommen hat, um derartige Investments zu finanzieren. Das Antragsformular für den "Clerical Medical" wurde erst am 19.Oktober 2005 ausgefüllt, wobei dort angegeben wurde, dass der Kläger Erfahrung mit Aktien/Aktienfonds, fremdwährungsbezogenen Aktien, Investmentfonds und Immobilien hat.

Tatsächlich hat der Kläger keine Erfahrungen mit festverzinslichen Wertpapieren, Aktien, fremdwährungsbezogenen Aktien und fremdwährungsbezogenen Renten. Zur Bejahung dieser Fragen in Beilage ./4 und ./5 kam es deshalb, da ein Fonds, in den der Kläger bei Raiffeisen investiert hatte, Thema war und der Geschäftsführer der Beklagten ausführte, dass in diesem Fonds wohl auch Aktien wären. Auch hat der Kläger davor noch niemals einen

Kredit aufgenommen, um ein Investment zu finanzieren.

In der Zeit bis zur Unterzeichnung der Verträge für das Anlagemodell „pro futura Vorsorgeplan“ am 19. Oktober 2005 standen dem Kläger die Beilage ./5 und Prospekte hinsichtlich der beiden Fonds zur Verfügung. Es war ihm auch bekannt, dass die finanzierende Bank die Landeshypothekenbank Steiermark sein soll.

Aufgrund der Angaben des Klägers über seine finanzielle Situation wurde diese von Peter S [REDACTED], der im Jahr 2005 Leiter einer Filiale der Landeshypothekenbank Steiermark gewesen ist, geprüft und für hinreichend befunden, um ihm einen Kredit in der Höhe von EUR 266.250,00 einzuräumen.

Am 19. Oktober 2005 wurde die Investition in den „pro futura Vorsorgeplan“ der Beklagten vorgenommen. Anwesend waren für die Landeshypothekenbank Steiermark Peter S [REDACTED], für die Beklagte deren Geschäftsführer [REDACTED] K [REDACTED] und der Kläger.

Die Freigabe des Kredites an den Kläger wurde bei der Landeshypothekenbank Steiermark bereits am 13. Oktober 2005 beschlossen. Am 19. Oktober 2005 verhielt es sich so, dass Peter S [REDACTED] jedenfalls die Angaben über das Vermögen des Klägers mit diesem besprach. Peter S [REDACTED] legte dem Kläger auch eine mehrseitige „Risikoanalyse Fremdwährungskredit und Risikoinformation Lebensversicherung/Risikoinformation“ zur Unterschrift vor. Dieser „Aufklärungsbogen“ wurde vom Kläger auch unterfertigt.

Teil des Anlagekonzepts der Beklagten war auch der Fonds "Hypo Star" der Landeshypothekenbank Steiermark, da diese das Veranlagungskonzept der Beklagten nicht mit einer Rendite von 6 %, sondern mit lediglich 4 % kalkuliert hat. Bei dieser Kalkulation hätte ohne den „Hypo Star“ zum Ende der Tilgungszeit des endfälligen Kredites eine Zuzahlung erfolgen müssen. Bei allen durch die Landeshypothekenbank Steiermark finanzierten „pro futura Vorsorgeplänen“ war der „Hypo Star“ Teil des Konzeptes. Von Seiten des Geschäftsführers der Beklagten wurde dem Kläger – in Abweichung von Beilage ./D – der durchschnittliche Ertrag mit zwischen 11 % und 13 % für den „Clerical Medical“ sowie mit 8,5 % für den „Prudential“ geschildert.

In der Folge wurde dann der Fremdwährungskreditvertrag vom Kläger über einen einmal ausnützbaren CHF-Kredit im Gegenwert von EUR 266.250,00 abgeschlossen. In diesem Kreditvertrag ist eine Zinsanpassungsklausel vereinbart worden. Peter S [REDACTED] war nicht bekannt, dass der Kläger lediglich EUR 8.000,00 investieren wollte. Wäre ihm dies bekannt gewesen, hätte er den Kreditvertrag über EUR 266.250,00 nicht abgeschlossen.

Dem Kläger wurde jedenfalls auch am 19. Oktober 2005 nicht mitgeteilt, dass eine Situation eintreten kann, in dem das Investmentmodell der Beklagten es erforderlich macht, dass er

zusätzliche Tilgungen leisten muss. Der Kläger war nicht bereit, beim gegenständlichen Investment einen Verlust in Kauf zu nehmen. Er wollte eine Rendite von 5 % bis 6 % erzielen. Er war mit einer Anlagedauer von mehr als 8 Jahren einverstanden.

Die Beklagte stellte dem Kläger für die Auftragsbetreuung einen Betrag von EUR 10.651,00 in Rechnung, wobei diese Beträge in Beilage ./D unter den Positionen „Auftragsbetreuung“ mit EUR 7.988,00 und „SW-Betreuungsgebühr“ mit EUR 2.663,00 ausgewiesen sind. Diese Beträge berechnet die beklagte Partei mit 3 % bzw. 1 % von der Bemessungsgrundlage von EUR 266.250,00. Dem Kläger war bekannt, dass die Beklagte eine Provision von ihm erhält. Es war ihm die Höhe damals nicht bekannt. Er hätte den Vertrag aber dennoch abgeschlossen, wenn ihm die Provision von rund EUR 11.000,00 bekannt gewesen wäre.

Bei der Anlageform „pro futura Vorsorgeplan“ liegt eine verstärkte Risikokonstellation vor, da nicht nur in der Veranlagung bzw. Veranlagungsform (ausländische Lebensversicherungen) Risiko besteht, sondern auch mit der Gestaltung des Kredits (Tilgungsträgerkredit, Fremdwährung) besondere Risiken verbunden sind. Das Veranlagungskonzept der Beklagten beruht auf der Aufnahme eines Kredites in Höhe von EUR 266.250,00, mit dessen Auszahlungssumme Einmalerläge in ausländische Lebensversicherungen vorgenommen wurden. Der Kredit wurde als endfällig per 31.Dezember 2025 vereinbart, sodass bis zu dieser Fälligkeit nur Zinsen und Nebengebühren zu den Abschlussterminen zu bezahlen sind. In der Erwartung, dass die Zinssätze eines in Schweizer Franken aufgenommenen Kredites (CHF-Kredit) bis 31.Dezember 2025 stets (wesentlich) unter den Zinssätzen eines Euro-Kredites liegen würden, wurde auch der gegenständliche Kredit in der Nominalwährung Schweizer Franken aufgenommen und ist ungeachtet des Kurses des Schweizer Franken in Schweizer Franken zurückzubezahlen. Die Sicherstellung des Kredites erfolgte durch eine Verpfändung des Wertpapierdepots 40000310680 der Hypo Steiermark sowie einer Verpfändung der bestehenden Lebensversicherungen der „Prudential International“ (Einmalerlag von EUR 93.000,00) und „Clerical Medical International“ (EUR 150.000,00).

Um dem Kläger dieses Modell schmackhaft zu machen, wurde in Beilage ./D eine Gewinnprognose vorgenommen, die jegliche dem Modell innewohnenden Risiken außer Acht lässt und dem Anleger nur ein simpel dargestelltes optimistisches Szenario bietet: Es wird dargestellt, dass es möglich wäre, nach Ablauf von 20 Jahren mit einer Eigenleistung von EUR 5.000,00 einen Gesamtertrag von EUR 237.950,00 zu erzielen; dies allerdings unter der unrealistischen Prämisse, dass die gesamte 20-jährige Laufzeit hindurch

- der Kreditzinssatz - ungeachtet der Zinsanpassungsklausel(!) - unverändert bei 2% liegen würde;

- von der Clerical Medical Versicherung an den Versicherungsnehmer jährlich unverändert EUR 7.800,00 ausgeschüttet werden würden;

- aus einem Sparplan monatlich EUR 206,00 bei einer durchgehend unveränderten Verzinsung von 4,5 % p.a. eingezahlt würden.

Dieser Betrag würde der Differenz entsprechen, die sich aus der monatlichen Zinsbelastung des CHF-Kreditkontos (fiktive EUR 444,00) und der laufenden Ausschüttung aus der Clerical Medical Versicherung (angenommene monatliche EUR 650,00 bzw. jährliche EUR 7.800,00) errechnet;

- aus einem - durchgehend unverändert mit 2 % verzinsten - Depot, in das zu Beginn EUR 10.000,00 aus dem Kredit eingezahlt würden, EUR 14.913,00 ausgezahlt würden;

- die Clerical Medical Versicherung während der 20 Jahre eine Gesamrendite von 6 % abwerfen würde;

- die Prudential Versicherung während der 20 Jahre eine Gesamrendite von 6 % abwerfen würde.

In diesem positiven, aber nicht realistischen Szenario würde sich am Ende der 20-jährigen Laufzeit ein Guthaben von EUR 504.000,00 ansammeln, aus dem der CHF-Kredit im theoretischen Gegenwert von EUR 266.250,00 zurückzuzahlen wäre. Die Differenz von EUR 237.250,00 wäre der dem Anleger verbleibende Gesamtgewinn.

Bei dieser Berechnung handelt es sich um eine Fiktion, deren tatsächliches Eintreten in der Praxis absolut unwahrscheinlich ist. Besonders unrealistisch sind dabei wohl folgende, der Berechnung und dem Angebot zugrunde gelegte Prämissen:

- Gleichbleibender EUR-Gegenwert des CHF-Kreditsaldos. Es wird negiert, dass Währungskurse permanenten Schwankungen unterworfen sind und dass auszuschließen ist, dass der bei Krediteinräumung bestehende EUR-Gegenwert des CHF-Kredits nach 20 Jahren keinesfalls völlig unverändert sein wird.

- Gleichbleibender Zinssatz des CHF-Kredits. Es wird negiert, dass aufgrund der Zinsgleitklausel des Kreditvertrags während 20 Jahren mit Sicherheit Änderungen des Zinssatzes stattfinden werden.

- Es konnte nicht davon ausgegangen werden, dass Ausschüttungen der Clerical Medical Versicherung an den Versicherungsnehmer 20 Jahre lang unverändert sein würden.

- Es konnte nicht davon ausgegangen werden, dass die Lebensversicherungen eine Rendite von 6 % abwerfen würden, da diese von der Entwicklung der Finanzmärkte abhängig ist.

- Zur Erreichung der Ergebnisse aus dem Sparplan und dem Depot von EUR 10.000,00 wäre es erforderlich, Fixzinszusagen der Bank für 20 Jahre zu erhalten. Derartige Zusagen sind in der bankwirtschaftlichen Realität nahezu auszuschließen.

Das Eintreffen der in Beilage ./D präsentierten Ergebnisse ist und war völlig unwahrscheinlich.

Die dem Kläger vermittelte Veranlagung (Kombination von CHF-Kredit mit ausländischer Lebensversicherung als Tilgungsträger) entspricht nicht den Einkommens- und Vermögensverhältnissen des Klägers und ist für eine Pensionsvorsorge nicht geeignet.

Im Grundkonzept wurden Tilgungsträger-Anlage-Konzepte, wie auch hier vorliegend, vor allem von Finanzdienstleistern, zu Beginn der 2000-er Jahre oft angeboten. Spätestens 2003 aber, als die Finanzmarktaufsicht ihre „FMA-Mindeststandards“ für die Vergabe und Gestionierung von Fremdwährungskrediten vom 16.10.2003 veröffentlicht hatte, wurde von der FMA regelmäßig auf die diesem Modell innewohnenden Risiken hingewiesen und letztendlich 2010 de facto unterbunden, dass Fremdwährungs-Tilgungsträger-Kredite (von Banken) an Verbraucher gewährt werden.

Das von der Beklagten angebotene Produkt „pro futura Vorsorgeplan“ wurde von der Finanzmarktaufsicht (FMA) nicht geprüft, da diese keine Produktaufsicht führt, sondern nur eine Verhaltensaufsicht.

Die ersten Zinsenzuschüsse des Klägers erfolgten im Jahr 2007. Sie erfolgten allerdings noch vom Verrechnungskonto, sodass es für den Kläger vorerst unbemerkt geblieben ist. Der erste "direkte" Zinsenzuschuss ist schließlich im Jahr 2008 erfolgt; erst zu diesem Zeitpunkt hat der Kläger erkannt, dass es ein Problem mit den vermittelten Produkten geben könnte.

Unbestritten blieb der Höhe nach der vom Kläger geltend gemachte Betrag von EUR 9.276,79, wobei davon ein Betrag von EUR 5.752,79 für Zinsentilgungen seit 2007 und ein Betrag von EUR 3.524,00 für das ursprüngliche Investment aufgewendet worden ist.

Mit der vorliegenden, in der mündlichen Verhandlung vom 12. Februar 2010 (PS 4 und 5 in ON 15) zu Punkt 2. präzisierten Klage beehrte der Kläger von der Beklagten im Rahmen seines Hauptbegehrens **zu Punkt 1.**

**a)** den Betrag von EUR 9.276,79 samt Anhang und

**b)** die mit EUR 20.000,00 bewertete Feststellung, dass die Beklagte dem Kläger im Falle der Auflösung der Anlagen durch den Kläger darüber hinaus jenen Betrag zu ersetzen hat, um den der Erlös aus der Auflösung bzw dem Verkauf der Tilgungsträger, nämlich

der am 7. November 2005 abgeschlossenen "International Prudence Bond"-

Lebensversicherung (Gegenwert zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses EUR 93.000,00),

der am 7.November 2005 abgeschlossenen "Performance Master Investor"-Lebensversicherung (Gegenwert zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses EUR 150.000,00) und

den 88 Anteilen des Fonds "Hypo-Star ausgewogen",

hinter der Summe der Aufwendungen bzw Verbindlichkeiten des Klägers, nämlich dem zu diesem Zeitpunkt offenen Kreditsaldo des bei der Hypo Steiermark am 19.Oktober 2005 abgeschlossenen Kreditvertrages und den bis dato durch den Kläger geleisteten Zinsenzahlungen (jeweils verzinst mit 4 % p.a. ab dem Zeitpunkt der Zahlung) zurückbleibt,

oder **in eventu zu 1)**

**zu Punkt 2.** die mit EUR 29.276,79 bewertete Feststellung der Haftung der Beklagten gegenüber dem Kläger für alle Schäden, die ihm durch die Aufnahme des CHF-Kredites bei der Hypo Steiermark im Gegenwert von EUR 266.250,00 am 19.Oktober 2005 in Verbindung mit dem Abschluss der "International Prudence Bond"-Lebensversicherung bei der Prudential International am 7.November 2005 (Gegenwert zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses EUR 93.000,00), der "Performance Master Investor"-Lebensversicherung bei der Clerical Medical Investment Group Limited (Gegenwert zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses EUR 150.000,00) am 7.November 2005 und der Zeichnung von 88 Stück des thesaurierenden Fonds "Hypo-Star ausgewogen" bei der Landeshypothekenbank Steiermark

(i) bisher entstanden sind, aber noch nicht bezifferbar sind und/oder

(ii) in Zukunft noch entstehen werden.

Der Kläger begründete die geltend gemachten Ansprüche damit, dass er ein in Veranlagung und mit komplexen Versicherungsprodukten unerfahrener Konsument sei. Er hätte im August 2005 EUR 8.000,00 angespart gehabt, die er veranlagen wollte. Zum damaligen Zeitpunkt habe er über ein monatliches Einkommen in Höhe von EUR 1.300,00 verfügt. Der Kläger habe eine sichere Geldanlage gewünscht. In diesem Zusammenhang habe ein damaliger Mitarbeiter der Firma Winvestors, [REDACTED] H [REDACTED], dem Kläger den sogenannten „pro futura Vorsorgeplan“ der Beklagten empfohlen. Dabei habe es sich um eine Kombination aus zwei Lebensversicherungen und einem Fonds, finanziert durch einen Fremdwährungskredit gehandelt. Bei der Firma Winvestors handle es sich um eine Verkaufsorganisation, die der Beklagten zuarbeite. Der Kläger hätte am 7.September 2005 mit der Beklagten einen Maklervertrag abgeschlossen und der Beklagten im Zuge dessen eine umfangreiche Vollmacht erteilt. Obwohl der Kläger nur EUR 8.000,00 an Eigenkapital zur Verfügung gehabt hätte, habe ihm die Beklagte ein Konzept präsentiert, das die Aufnahme

eines CHF-Kredites über EUR 266.250,00 zur Finanzierung zweier fondsgebundener Lebensversicherungen gegen Einmalbeitrag und eines Fonds beinhaltet habe. In der Präsentation der Beklagten sei nachvollziehbar der Eindruck erweckt worden, dass bereits während der Laufzeit monatliche Überschüsse im Ausmaß von EUR 206,00 entstehen würden und bei Eintreffen bestimmter Renditen nach Kreditabdeckung noch ein Überschuss in annähernd der gleichen Höhe wie der Kredit selbst entstehen würde. Dem Rat der Beklagten folgend hätte der Kläger schließlich am 19. Oktober 2005 über Vermittlung der Beklagten bei der Hypo Steiermark einen endfälligen Schweizer-Franken-Kredit im Gegenwert von EUR 266.250,00 mit einer Rückzahlung des Kapitals zum 31. Dezember 2025 aufgenommen, um damit die Aufnahme zweier fondsgebundener Lebensversicherungen und die Zeichnung eines Fonds zu finanzieren. Weiters habe der Kläger EUR 5.000,00 auf ein Verrechnungskonto gezahlt. Der Kläger habe im Herbst 2005 die Kreditvaluta in die Produkte "International Prudence Bond" (7. November 2005, Versicherungsverhältnis über eine fondsgebundene Lebensversicherung über EUR 93.000,00 inklusive Spesen), "Performance Master Investor" (7. November 2005, Versicherungsverhältnis mit der Clerical Medical Investment Group Limited, einer fondsgebundenen Lebensversicherung, über EUR 150.000,00 inklusive 4 % Versicherungssteuer, der "Performance Master Investor", Ablauf 7. November 2025) und "Hypo-Star ausgewogen" (25. Oktober 2005; bei der Landeshypothekenbank Steiermark 88 Stück Wertpapiere mit der Produktbezeichnung "Hypo-Star ausgewogen", ein thesaurierender Miteigentumsfonds, über EUR 10.000,00), welche ihm von der Beklagten vermittelt worden seien, investiert. Wirtschaftlich gesehen sei der Abschluss der Lebensversicherungen und die Zeichnung des Fonds zu 100 % fremdfinanziert gewesen. Alleine die Kosten des Abschlusses dieser Versicherungsverhältnisse bzw der Zeichnung des Fonds hätten den Betrag um das Doppelte überstiegen, den der Kläger an Eigenkapital überhaupt zur Verfügung gehabt habe. Das aufgenommene Fremdkapital habe mehr als das 30-fache seines gesamten für eine Veranlagung offenstehenden Vermögens betragen.

Einerseits habe die Beklagte offensichtlich in keinsten Weise die Einkommens- und Vermögensposition des Klägers berücksichtigt, außerdem sei der Kläger in Veranlagungssachen und mit komplexen Versicherungsprodukten unerfahren gewesen und habe dahingehend über einen lediglich geringen Ausbildungsstand verfügt. Die Beratung durch die Beklagte sei daher schwer fehlerhaft erfolgt. Es sei unrichtig, dass die Investition in den Fonds "Hypo-Star ausgewogen" ausschließlich über die Hypo Landesbank Steiermark zustand gekommen sei, der "Hypo-Star ausgewogen" sei Teil des Konzepts der Beklagten gewesen. Eine adäquate Aufklärung sei nicht durchgeführt worden. Insbesondere hätte die Beklagte weder den Wissens- und Erfahrungsstand des Klägers noch dessen Einkommens- und Vermögenssituation berücksichtigt. Der Kläger habe aufgrund seiner sehr geringen

Erfahrung in Finanzangelegenheiten nicht über die Risiken einer derartigen Veranlagung Bescheid gewusst. Er habe nicht gewusst, dass bei der gegenständlichen Veranlagung es zu einer Kumulation von mehreren verschiedenen Risiken komme, wie dem Risiko einer schlechten Weiterentwicklung der Lebensversicherungen und des Fonds und dem Währungs- und Zinsenrisiko der Fremdfinanzierung. Dennoch sei der Kläger von der Beklagten über die der gegenständlichen fremdfinanzierten Veranlagung immanenten Risiken nicht aufgeklärt worden. Außerdem habe die Beratung nicht den Veranlagungswünschen des Klägers entsprochen, die dieser gegenüber der Beklagten geäußert hätte. Der Kläger habe lediglich EUR 8.000,00 veranlagen wollen, die ihm zur Verfügung gestanden seien. Die Beklagte hätte dem Kläger schließlich ein in Wahrheit hoch riskantes fremdfinanziertes Anlagekonzept präsentiert, dieses aber als völlig risikolos und hohe Erträge als völlig gesichert dargestellt. Nur aufgrund der eklatant fehlerhaften Beratung durch die Beklagte hätte sich der Kläger schließlich für dieses Konzept entschieden. Bei ordnungsgemäßer Aufklärung über die Risiken dieses Konzeptes hätte der Kläger diese Veranlagung niemals getätigt. Allein die Beklagte sei zur Aufklärung über die Risiken des Gesamtkonzeptes verpflichtet gewesen.

Der Kläger sei zum Zeitpunkt des Abschlusses der vermittelten Versicherungen 43 Jahre alt gewesen. Er habe die Versicherungen zur Pensionsvorsorge erwerben wollen. Er habe kein weiteres Eigenkapital für seine Pensionsvorsorge verwenden wollen. Aufgrund der Beratung der Beklagten sei der Kläger davon ausgegangen, dass das Risiko mit einem Verlust von ca EUR 3.000,00, das ist ca ein Drittel des eingesetzten Kapitals, begrenzt sei. Der Kläger sei nicht darüber aufgeklärt worden, dass aufgrund des vermittelten Modells das eingesetzte Kapital gänzlich verloren gehen könne bzw dass sogar Zuzahlungen erfolgen müssten. Bei sachkundiger Beratung hätte die Beklagte darüber aufklären müssen, dass das vermittelte Modell nicht zur Pensionsvorsorge geeignet sei. Spätestens 2003, als die Finanzmarktaufsicht ihre "FMA-Mindeststandards für die Vergabe und Gestionierung von Fremdwährungskrediten vom 16.Oktober 2003" veröffentlicht habe, hätte der Beklagten bekannt sein müssen, dass das vermittelte Modell für Verbraucher ungeeignet sei. Es sei auch stets von der Finanzmarktaufsicht als zu risikoreich bewertet worden. Das dem Kläger vermittelte Modell (Kombination von CHF-Kredit mit ausländischen Lebensversicherungen als Tilgungsträger) entspreche weder den Einkommens- und Vermögensverhältnissen des Klägers, noch sei es zur Pensionsvorsorge geeignet. Die von der Beklagten verwendete Gewinnprognose (Beilage ./D) gehe von unrealistischen Prämissen aus.

Der Kläger sei bei dem Beratungsgespräch seitens der Beklagten in keinster Weise über etwaige Risiken einer 100 %igen Fremdfinanzierung informiert worden, nämlich insbesondere nicht darüber, dass bei einer derartigen Kombination der Fremdfinanzierung und Veranlagung sämtliche möglichen Risiken kumulieren könnten, nämlich das Zinsenrisiko der

Fremdfinanzierung, das Währungsrisiko und das Risiko einer schlechten Weiterentwicklung der Lebensversicherungen und des Fonds. Insbesondere hätte der Kläger aufgrund seiner beschränkten finanziellen Mittel keine Möglichkeit gehabt, auf eine für ihn negative Entwicklung des Fremdwährungskredites, wie etwa eine Erhöhung des Zinssatzes, zu reagieren. Auch auf diese Problematik sei die Beklagte im Zuge der Beratungsgespräche überhaupt nicht eingegangen. Wäre der Kläger ordnungsgemäß über die Risiken aufgeklärt worden, hätte er diese Verträge nicht abgeschlossen.

Die drei Tilgungsträger, in die der Kläger auf Ratschlag der Beklagten investiert habe, hätten derzeit zusammengerechnet einen Wert in der Höhe von EUR 203.600,00, für die Rückzahlung des Kredites wären derzeit EUR 283.500,00 aufzuwenden. Der von der Beklagten vermittelte „pro futura Vorsorgeplan“ hätte sich somit bei weitem nicht so positiv entwickelt, wie die Beklagte dies prognostiziert hätte. Die klagsgegenständliche Kombination aus endfälligem CHF-Kredit und spekulativen Tilgungsträgern entspreche nicht dem Erfordernis einer sicheren Veranlagung. Das Zinsniveau sei seit Aufnahme des CHF-Kredites gestiegen und gleichzeitig seien die Erträge aus den Lebensversicherungen bzw aus dem Fonds gesunken. Der Kläger müsse daher laufend Beträge zuschießen, um die Zinsen des Kredites abzudecken. Die ersten Zinsenzuschüsse seien im Jahr 2007 allerdings noch vom Verrechnungskonto erfolgt, sodass es für den Kläger vorerst unbemerkt geblieben sei. Der erste direkte Zinsenzuschuss sei schließlich im Jänner 2008 erfolgt. Erst zu diesem Zeitpunkt habe der Kläger erkannt, dass es ein Problem mit den vermittelten Produkten geben könnte. Derzeit müsse der Kläger jährlich über EUR 3.000,00 an Zinsenausgleich zahlen. In Anbetracht des Nettoeinkommens des Klägers in Höhe von ungefähr EUR 1.450,00 pro Monat im Jahr 2008 bedeute ein Zuschuss in dieser Höhe eine schwere finanzielle Belastung. Wenn der Kläger die Anlage bis zur Fälligkeit des Kredites behalte, bestehe das Risiko, dass neben laufenden Zinsenzuschüssen am Ende der Laufzeit noch eine Differenz zum Rückzahlungsbetrag des Kredites aushafte, die der Kläger aus eigenen Mitteln begleichen müsste. Wäre der Kläger aber wirtschaftlich gezwungen, die Lebensversicherungen aufzulösen, würde - nebst anderen Kosten - Versicherungssteuer in Höhe von 7 % anfallen, die er mit seinem Einkommen ebensowenig finanzieren könnte.

Der Kläger habe bereits dadurch einen Schaden erlitten, dass er aufgrund der Fehlberatung durch die Beklagte eine Anlagekombination erworben habe, die nicht der von ihm gewünschten Risikoklasse entspreche. Eine Zug-um-Zug-Übertragung der Versicherungsverhältnisse und des Fonds auf den Berater gegen Rückerstattung des eingesetzten Kapitals sei nicht möglich, da eine Vielzahl verschiedener Unternehmen involviert sei.

Insgesamt habe der Kläger bisher EUR 9.276,79 (EUR 5.752,79 an Zinsenzuschüssen und

Eigenkapital in Höhe von EUR 3.524,00) für die Produkte aufgewendet, diesen Betrag hätte die Beklagte zu ersetzen. Außerdem sei der Kläger gegenüber der Beklagten ungeachtet allfälliger weiterer Kosten einer vorzeitigen Auflösung berechtigt, alle Versicherungsverhältnisse vorzeitig aufzulösen und die Fondsanteile zu veräußern. Den Differenzbetrag zwischen dem Erlös aus den Veranlagungen und dem aushaftenden Kredit hätte die Beklagte zu tragen.

Die Beklagte, die die sie als Versicherungsmaklerin treffenden Pflichten (§§ 3, 28 MaklerG) gröblich verletzt habe, hafte ex contractu aus dem Maklervertrag sowie jedem erdenklichen Rechtsgrund gegenüber dem Kläger. Sie hafte weiters, weil sie dem Kläger erhebliche Eigeninteressen an der Vermittlung des klagsgegenständlichen Produktes verschwiegen hätte. Hätte der Kläger gewusst, dass die Beklagte Provisionen in Höhe von mehreren tausend Euro für die Vermittlung des klagsgegenständlichen Produktes erhalten habe, hätte er an der von der Beklagten behaupteten Sicherheit des Produktes gezweifelt und nicht investiert.

Die Beklagte bestritt das Klagsvorbringen und beantragte die Abweisung der Klage.

Sie wandte ein, dass die Beklagte ordnungsgemäß und lege artis gehandelt und den Kläger über alle Risiken aufgeklärt habe. Trotz der bereits durch die Firma Winvestors erfolgten Aufklärung über das gegenständliche Produkt sei der Kläger von der Beklagten nochmals über alle damit verbundenen Chancen und Risiken informiert worden. Im Anschluss daran sei die Kreditaufnahme bei der Hypo Landesbank Steiermark erfolgt, wo eine weitere Risikoaufklärung sowie eine Bonitätsprüfung vorgenommen worden sei, welche keinerlei Probleme aufgeworfen hätte. Das vermittelte Konzept sei auch entgegen den Ausführungen des Klägers als durchaus ertragreich anzusehen.

Die in Beilage ./D (Darstellung der Situation durch die Beklagte vom September 2005) angenommenen Prämissen bzw Auswirkungen der Veranlagung seien zum Zeitpunkt des Abschlusses des gegenständlichen Vertrages möglich gewesen. Die beiden Lebensversicherungen würden entsprechende Kapitalgarantien von 80 bzw 100 % gewährleisten. Die Investition in den Fonds "Hypo-Star" sei nicht Teil des Modells „pro futura“ gewesen, sondern ausschließlich über die Hypo Landesbank Steiermark zustande gekommen. Der Kläger könne auch nicht als in finanziellen Dingen unerfahren bezeichnet werden. Es musste ihm klar sei, dass höhere Erträge auch mit höheren Risiken verbunden seien. Das vermittelte Konzept hätte den Wünschen, Vorstellungen und Bedürfnissen des Klägers entsprochen und sei nicht zuletzt auch von der FMA geprüft und in Ordnung befunden worden. Der Kläger sei auch laufend von der Beklagten über die Veranlagungen informiert worden; derzeit seien aufgrund des Zinsniveaus beispielsweise keine zusätzlichen Zahlungen notwendig. Eine Haftung der Beklagten sei somit nicht gegeben.

Mit dem angefochtenen Urteil wies das Erstgericht das (Leistungs- und Feststellungs-) Hauptbegehren (zu Punkt 1.a) und 1.b)) ab und gab dem (Feststellungs-)Eventualbegehren (zu Punkt 2.) antragsgemäß statt.

Es stellte außer dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt .- von der Berufung der Beklagten bekämpft - noch fest:

a) *Wären dem Kläger diese Unsicherheiten, die beim gegenständlichen Investment bestehen, aufgezeigt worden, so hätte er dieses Investment nicht vorgenommen (US 16).*

b) *Dieser "Aufklärungsbogen" wurde vom Kläger auch unterfertigt, wobei nicht festgestellt werden kann, inwieweit dieser besprochen worden ist. Jedenfalls hat der Kläger diese Aufklärung nicht verstanden, was jedermann auffallen muss, wenn er sich über dieses Thema mit dem Kläger unterhält (US 12).*

Rechtlich führte das Erstgericht aus, dass sich die Haftung der Beklagten als Anlageberaterin auf die mangelhafte Erhebung des Anlageziels des Klägers sowie auf die mangelhafte bzw nicht erfolgte Aufklärung über die Wechselwirkungen von Fremdwährungsrisiko und Entwicklung des Tilgungsträgers gründe. Die Beklagte habe damit vorvertragliche bzw beratervertragliche Aufklärungs- bzw Informationspflichten verletzt und kausal, rechtswidrig und schuldhaft gehandelt.

Der Nachteil des Klägers liege bereits im Erwerb der nicht gewünschten Vermögenswerte, die er bei richtiger Beratung nicht gekauft hätte.

Im vorliegenden Fall mache der Kläger infolge pflichtwidriger Anlageberatung geltend, dass er nicht die gewünschten risikolosen, sondern risikoträchtige Wertpapiere erworben habe. In diesem Fall ergebe sich der dem Geschädigten nach der Differenzmethode zu ermittelnde Schaden nicht aus einer Gegenüberstellung des aufgewendeten Veranlagungsbetrages zu den Kurswerten der vom geschädigten Kläger nach wie vor gehaltenen Papiere zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Streitverhandlung, da die Wertpapiere mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zukünftigen Kursschwankungen unterliegen. Mangels Bezifferbarkeit des dem Kläger endgültig entstandenen Schadens zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung erster Instanz sei eine auf Geldleistung gerichtete Schadenersatzklage nicht möglich. Der Kläger sei - sofern er nicht entweder versuche, Naturalrestitution zu erlangen oder die Papiere verkaufe - auf einen Feststellungsanspruch zu verweisen. Erst nach einem Verkauf der Wertpapiere könne der Geschädigte daher einen Geldersatzanspruch stellen, weil sich dann - durch Gegenüberstellung des Erwerbspreises zuzüglich der Erwerbskosten und des Veräußerungspreises - der rechnerische Schaden endgültig beziffern lasse. Es sei daher das Hauptbegehren abzuweisen, aber dem Eventualbegehren vollinhaltlich statt zu geben gewesen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Klägers wegen Nichtigkeit, Mangelhaftigkeit des Verfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil - allenfalls nach Verfahrensergänzung - dahingehend abzuändern, dass dem Hauptbegehren zu Punkt 1.a) und 1.b) stattgegeben werde; hilfsweise wird ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt.

Die Beklagte beantragt mit ihrer Berufung wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens und unrichtiger Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung, das angefochtene Urteil dahingehend abzuändern, dass auch das Eventualbegehren abgewiesen werde; hilfsweise wird ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt.

Beide Streitparteien erstatteten Berufungsantwortungen; sie verneinen darin jeweils das Vorliegen der geltend gemachten Rechtsmittelgründe und beantragen, der Berufung des Gegners nicht Folge zu geben.

Beide Berufungen sind nicht berechtigt.

#### **I. Zur Berufung des Klägers wegen Nichtigkeit:**

Der Kläger macht geltend, dass das Urteil mit dem Nichtigkeitsgrund nach § 477 Abs 1 Z 9 ZPO behaftet sei, weil es hinsichtlich des Feststellungshauptbegehrens zu Punkt 1.b) jede Begründung vermissen ließe. Damit liege ein Verstoß gegen die Grundvoraussetzung zur Sicherung der Objektivität und Überprüfbarkeit der Entscheidung vor.

Der angezogene Nichtigkeitsgrund ist nur dann gegeben, wenn eine Entscheidung gar nicht oder so unzureichend begründet ist, dass sie sich nicht überprüfen lässt (Kodek in Rechberger, ZPO<sup>3</sup> § 477 Rz 12 mwN). Von einem vollständigen Fehlen einer Begründung kann hier keine Rede sein, hat das Erstgericht in seiner rechtlichen Beurteilung doch ausgeführt, dass "daher das Hauptbegehren abzuweisen, aber dem Eventualbegehren vollinhaltlich stattzugeben war". Das Erstgericht hat die Abweisung des Hauptbegehrens - somit des Leistungsbegehrens zu Punkt 1.a) **und** des Feststellungsbegehrens zu 1.b) - damit begründet, dass dem Kläger - mangels Auflösung bzw Verkaufs der Anlageprodukte - ein Geldersatzanspruch nicht zusteht und er daher auf einen (reinen) Feststellungsanspruch zu verweisen ist. Es hat somit klar erkennbar seine Begründung auf das gesamte Hauptbegehren, somit auch auf das Feststellungsbegehren zu 1.b) bezogen, sodass ein völliges Fehlen einer Begründung nicht vorliegt und eine Überprüfbarkeit des Urteils gegeben ist.

Daher war die darauf gestützte Berufung als unbegründet zu verwerfen.

## **II. A) Zur Berufung des Klägers im Übrigen:**

### **Zur Mangelhaftigkeit:**

Soweit der Kläger die unter Punkt I. behauptete Nichtigkeit hilfsweise als "einfachen" Verfahrensmangel geltend macht, ist ihm entgegenzuhalten, dass das Erstgericht, wie bereits unter Punkt I. ausgeführt, die Abweisung des (Feststellungs-)Hauptbegehrens zu 1.b) so ausreichend begründet hat, dass eine Überprüfung der Entscheidung möglich ist. Das Erstgericht hat dabei erkennbar und zutreffend das Hauptbegehren - das Leistungsbegehren zu Punkt 1.a) und das Feststellungsbegehren zu Punkt 1.b) - als einheitliches Begehren aufgefasst und damit wegen der Unzulässigkeit des Leistungsbegehrens zu Punkt 1.a) auch das damit verbundene Feststellungsbegehren zu 1.b) abgewiesen und dem - weiter gefassten und sämtliche Schäden (somit auch jene zu 1.b)) aus der Veranlagung umfassenden - Eventualfeststellungsbegehren stattgegeben. Der Kläger hat sein Hauptbegehren derart gegliedert, dass das Feststellungsbegehren zu 1.b) auf dem Leistungsbegehren zu 1.a) aufbaut ("darüber hinaus"). Beide Punkte wurden vom Kläger somit bewusst und gewollt verbunden und waren daher als einheitliches Hauptbegehren aufzufassen. Aufgrund der Unzulässigkeit des Leistungsbegehrens zu 1.a) und der damit verbundenen Abweisung hatte eine isolierte Betrachtung des Hauptfeststellungsbegehrens zu 1.b) nicht stattzufinden, sondern war aufgrund des objektiven Erklärungswerts des Eventualantrages ("in eventu zu 1.") das gesamte Hauptbegehren - somit auch das Hauptfeststellungsbegehren zu 1.b) - abzuweisen und dem Eventualfeststellungsbegehren stattzugeben.

Wie im Rahmen der Behandlung der Rechtsrüge noch detailliert darzulegen sein wird, ist im Übrigen entgegen den Berufungsausführungen bei konkreter inhaltlicher Überprüfung ein klagsstattgebendes Urteil - bezogen auf das Hauptleistungs- **und** -feststellungsbegehren - nicht möglich.

## **B) Zur Berufung der Beklagten:**

### **1. Zur Mangelhaftigkeit:**

Die Beklagte rügt als wesentlichen Verfahrensmangel, dass das Erstgericht ihren in der Tagsatzung vom 17.Juni 2011 gestellten Antrag auf Ergänzung des Sachverständigengutachtens nach einer Berücksichtigung der gewährten Garantien abgewiesen hat. Das Gutachten sei dadurch unvollständig im Sinne des § 362 Abs 2 ZPO geblieben. Der Verfahrensmangel sei relevant, weil die Berücksichtigung der konkreten Eigenschaften der Tilgungsträger wesentlich für die Risikoklassifizierung und die Beurteilung sei, ob die gegenständlichen Tilgungsträger der Risikobereitschaft des Klägers entsprochen hätten. Wenn das Erstgericht dem Antrag stattgegeben hätte, so wäre der Sachverständige und auch das Erstgericht zu dem Ergebnis gekommen, dass aufgrund der Garantiezusagen

bei den wesentlichen Tilgungsträgern der Clerical Medical Investment Group Limited und Prudential International kein besonderes Risiko durch die Auswahl der Tilgungsträger vorliege. Das Erstgericht wäre dann zu dem Ergebnis gekommen, dass kein Beratungsfehler vorliege und hätte auch das Feststellungsbegehren abgewiesen.

Der geltend gemachte Verfahrensmangel liegt nicht vor.

Es trifft zu, dass die Beklagte im Zuge der Erörterung des Sachverständigengutachtens in der Tagsatzung vom 17. Juni 2011 eine Ergänzung des Sachverständigengutachtens zum Beweis dafür beantragt hat, dass die beiden Lebensversicherungen entsprechende Kapitalgarantien im Ausmaß von 80 bzw 100 % garantieren würden, dies daher eine Risikoreduktion darstelle und beantragt werde, dem Sachverständigen den Auftrag zu erteilen, die Rücknahmemodalitäten sowie den bei Erfüllung der Gesamtvertragslaufzeit prozentuell zur Auszahlung gelangenden Betrag zu prüfen sowie eine Beurteilung dahingehend anzustellen, welche Risikoklassifizierung für die einzelnen Tilgungsträger bestehen würden. Wie das Erstgericht zutreffend in seiner Begründung der Abweisung des gegenständlichen Antrags im angefochtenen Urteil ausgeführt hat, wurde mit dem Sachverständigen Mag ██████████ Ke ██████████ anlässlich der Gutachtenserörterung in der Tagsatzung vom 17. Juni 2011 (PS 10 in ON 49) dieser Beweisantrag der Beklagten erörtert und hat der Sachverständige dazu gutachterlich ausgeführt, dass "selbst unter der Annahme dieser vom Beklagtenvertreter angegebenen Kapitalgarantien sich die Gesamteinschätzung im Gutachten bzw in der heutigen Erörterung nicht ändern würde, es sei denn, die im Akt erliegenden Dokumente würden sich als unrichtig herausstellen" (PS 10 in ON 49).

Nach § 362 Abs 2 ZPO ist das Gericht zwar verpflichtet, (von Amts wegen) auf die Vollständigkeit, Schlüssigkeit und Widerspruchsfreiheit des Sachverständigengutachtens hinzuwirken (Rechberger in Fasching/Konecny<sup>2</sup> § 362 ZPO Rz 2). Aufgrund der gutachterlichen Stellungnahme des Sachverständigen zum Beweisantrag der Beklagten war das Erstgericht aber nicht verpflichtet, das Sachverständigengutachten ergänzen zu lassen, hat der Sachverständige doch dargelegt, dass selbst unter Annahme der behaupteten Kapitalgarantien sich die Gesamteinschätzung im mündlich erörterten Gutachten nicht ändern würde. Damit fehlt es dem behaupteten Verfahrensmangel an der Wesentlichkeit, das heißt an der abstrakten Eignung, die Unrichtigkeit der Entscheidung herbeizuführen (Pimmer in Fasching/Konecny<sup>2</sup> § 496 ZPO Rz 34f).

Im Übrigen hat der beigezogene Sachverständige Mag. K ██████████ ein schlüssiges Gutachten erstattet (ON 38), das er anlässlich der Gutachtenserörterung vom 17. Juni 2011 (ON 49) nachvollziehbar begründet hat. Danach hat die von der Beklagten vermittelte Veranlagung in den "pro futura Vorsorgeplan" (Kombination von CHF-Kredit mit ausländischen Lebensversicherungen als Tilgungsträger) weder den Einkommens- und

Vermögensverhältnissen des Klägers entsprochen, noch war sie als Pensionsvorsorge geeignet. Darüber hinaus hat die Beklagte in Beilage ./D eine Gewinnprognose vorgenommen, die jegliche dem Modell innewohnenden Risiken außer Acht lässt und deren tatsächliches Eintreten in der Praxis als absolut unwahrscheinlich zu erachten ist. Schließlich hat die Beklagte nach den gutachterlichen Ausführungen des Sachverständigen den Kläger über die bestehenden besonderen Risiken nicht ausreichend aufgeklärt, insbesondere nicht dahingehend, dass eine Situation eintreten kann, in dem das Investmentmodell der Beklagten es erforderlich macht, dass er zusätzliche Tilgungen leisten muss. Der Sachverständige hat in seinem Gutachten hinsichtlich der Tilgungsträger insbesondere darauf verwiesen, dass sich aus den Urkunden (vgl Beilagen ./E, ./F, ./J und ./K bzw ./15) lediglich für den "Clerical Medical International" eine Rücknahmegarantie von 80 % des Rücknahmepreises ableiten lasse, nicht jedoch für das "Prudential International", sowie, dass die monatlichen Rückzahlungen nicht garantiert sind. Damit ändert sich nach der gutachterlichen Beurteilung des Sachverständigen an der Risikoneigung des Gesamtkonzeptes nichts. Darüber hinaus konnte auch nach dem Sachverständigengutachten das eingesetzte Kapital des Klägers von EUR 5.000,00 jedenfalls verloren gehen.

Im Hinblick auf die schlüssigen Ausführungen des Sachverständigen und dessen unzweifelhafter Qualifikation bestand für das Erstgericht somit keine Veranlassung oder Verpflichtung zur weiteren Ergänzung des Sachverständigengutachtens.

## **2. Zur Beweisrüge:**

Unter dem Rechtsmittelgrund der unrichtigen Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung bekämpft die Beklagte die oben zu Punkt a) und b) zitierten Feststellungen des Erstgerichtes.

**2.1.** Zu a) begehrt die Beklagte die Ersatzfeststellung, dass *"dem Kläger alle Risikohinweise bei gegenständlichem Finanzkonzept "pro futura Vorsorgeplan" erteilt wurden. Der Kläger hat die ihm erteilten Risikohinweise zur Kenntnis genommen und das Risiko bewusst in Kauf genommen."*

Das Erstgericht hat die bekämpfte Feststellung mit einer Schlussfolgerung begründet und im Rahmen seiner Beweiswürdigung dazu ausgeführt, dass der Sachverständige gut nachvollziehbar und schlüssig darlegen habe können, wie risikoreich die gegenständliche Anlageform in Kombination mit verschiedenen, nicht hinreichend abschätzbaren zukünftigen Entwicklungen ist und auf einer in der Realität nicht vorliegenden Idealentwicklung aufbaue, die suggeriere, dass bei einer Investition von EUR 5.000,00 binnen 20 Jahren ein Gewinn von rund EUR 230.000,00 erzielt werden könne. Aus diesem Gutachten ergebe sich in Verbindung mit der Aussage des Klägers über seine Risikobereitschaft und seine finanziellen Verhältnisse,

dass der Kläger dieses Investment niemals abgeschlossen hätte, wären ihm auch nur annähernd die Risiken der Anlage geschildert worden. Zur Aussage des Klägers sei auszuführen, dass diese grundsätzlich als sehr glaubwürdig einzuschätzen sei. Aufgrund der unmittelbaren Wahrnehmung durch das Erstgericht habe sich dieser Eindruck immer mehr verstärkt, allerdings auch der Umstand, dass der Kläger ganz offenbar völlig überfordert gewesen sei, auch nur ansatzweise die weitreichenden Konsequenzen eines Investments von über EUR 260.000,00 abzuschätzen. In diesem Zusammenhang sei der Kläger eher bemüht gewesen, vorzugeben, dass er die einzelnen Komponenten des Investments verstanden hätte. Auch sei auffällig gewesen, dass der Kläger bereit war, die Provision der Beklagten zu akzeptieren, als zuzugestehen, dass er allenfalls bei Bewusstsein der Höhe der Provision den Vertrag nicht abgeschlossen hätte. In diesem Zusammenhang sei auch darauf hinzuweisen, dass der Kläger, wie auch im Protokoll vom 3. September 2010 festgehalten, nicht einmal in der Lage gewesen sei, das Wort "Fonds" (richtig) auszusprechen, was ein weiteres Indiz für die völlige Unerfahrenheit des Klägers in derartigen Investmentangelegenheiten sei. All diese Umstände hätten zur Einschätzung geführt, dass der Kläger zwar grundsätzlich als glaubwürdig einzuschätzen sei, aber ebenso auffallend überfordert sei, was die gegenständliche Veranlagung von Geld anbelange. Insofern sei seine Aussage in diesen Bereichen zu relativieren. Zur Aussage des Zeugen U [REDACTED] sei auszuführen, dass dessen Ausführungen nicht geeignet seien, den Feststellungen eines Urteils zugrundegelegt zu werden. Lediglich einmal dürfte der Zeuge objektiv richtig ausgesagt haben, als er bejahte, dass er natürlich keine Berechnung hinsichtlich eines Szenarios gehabt habe, in dem die Zinstilgung höher als die Rendite sei, da dies "ja absurd und ja dem Investment widersprechen" würde. Genau vor diesem Hintergrund sei wohl die "Beratung" seitens der Beklagten abgelaufen. Man sichere sich eine Provision, die über dem Betrag liege, die der Anleger (ursprünglich) bereit sei anzulegen, und drücke diesem einen Fremdwährungskredit von über EUR 260.000,00 "aufs Auge" und lege diesen Betrag als Berechnungsgrundlage für die eigene Provision zugrunde. Schon aufgrund der Berechnung der Provision bei der Beklagten sei es offensichtlich, dass es dieser einzig und alleine darauf angekommen sei, ihren Kunden ein möglichst hohes Investment zu "vermitteln", das von der Bank auch aufgrund der Sicherheit des Immobilienbesitzes des Beklagten noch finanziert werde. Es könne vor diesem Hintergrund ausgeschlossen werden, dass eine auch nur ansatzweise seriöse Beratung des Klägers über die Risiken des gegenständlichen Produktes stattgefunden hätte. Bedenke man noch, dass die Beratung über das Veranlagungsmodell nicht einmal 30 Minuten gedauert habe, verstärkte sich dieser Eindruck noch. Wie solle in dieser kurzen Zeit einem unbedachten Konsumenten nicht nur das Risiko eines Fremdwährungskredites, sondern auch noch das gegenständliche Modell mit zwei ausländischen Fonds erklärt werden und auch auf die damit zusammenhängenden einzelnen Risiken und deren

Zusammenwirken? Es könne auch diesem Zeugen nicht verborgen geblieben sein, dass der Kläger keinesfalls in der Lage gewesen sei, dieses Anlageprodukt richtig einzuschätzen. Völlig unglaubwürdig sei dieser Zeuge, wenn er angebe, dass ihm nicht bekannt gewesen sei, wie viel der Kläger investieren habe wollen, das sei geradezu absurd. Dass dieser Zeuge auf ein Risiko bei dieser Anlage nicht hingewiesen habe, könne auch daraus abgeleitet werden, dass er darauf verwiesen habe, dass er davon ausgehe, dass Risikohinweise durch den Geschäftsführer der Beklagten bzw durch die finanzierende Bank erfolgt seien. Besser könne man nicht mehr zum Ausdruck bringen, dass er selbst keinerlei Beratung über die Risiken durchgeführt habe. Bezeichnend für das Vorgehen der Beklagten sei auch die Aussage deren Geschäftsführers. Im Grunde genommen hätte er keine Ahnung gehabt, worüber tatsächlich mit dem Kläger gesprochen worden sei, sondern würden sich seine Ausführungen in allgemeinen Hinweisen erschöpfen. Zum Zeugen Höllhumer sei auszuführen, dass dieser grundsätzlich nicht unglaubwürdig gewirkt habe, dies auch vor dem Hintergrund, dass er ausgeführt habe, dass er sich nicht in der Lage gesehen habe, eine entsprechende Risikoeinschätzung des Anlagemodells der Beklagten vorzunehmen. Offensichtlich sei er der Einzige gewesen, der abzuschätzen vermochte, dass seine Anlageprodukte nicht für den Kläger geeignet seien. Daraus ergebe sich aber auch die Glaubwürdigkeit der Aussage dieses Zeugen, dass er den Kläger als risikoscheu eingeschätzt habe. Zum Zeugen Peter S. [REDACTED] sei auszuführen, dass sich daraus zunächst ergebe, dass er die Kreditwürdigkeit des Klägers aufgrund der Angaben in Beilage. /3 geprüft habe, in der das Vermögen des Klägers mit rund EUR 267.000,00 ausgewiesen sei. Auffallend seien auch die Ausführungen dieses Zeugen gewesen, dass er eingeräumt habe, dass er den Kreditvertrag nicht abgeschlossen hätte, wenn es irgendwelche Auffälligkeiten gegeben hätte. Zu diesem Zeitpunkt sei der Kläger noch nicht einvernommen gewesen. Nach der Einvernahme des Klägers sei dieser Teil der Aussage des Zeugen vor einem ganz anderen Licht zu sehen. Es hätte diesem jedenfalls auffallen müssen, dass der Kläger bei der Beurteilung dieses Investments überfordert gewesen sei und es nicht verstanden habe. Jedenfalls ergebe sich aus der Aussage dieses Zeugen, dass der "Hypo-Star" Teil des Gesamtinvestments gewesen sei, sodass sich auch das Vorbringen der Beklagten in diesem Punkt als schlicht falsch erwiesen habe. Die Ausführungen dieses Zeugen, dass er den Kläger auf Basis der Beilage. /1 über die Risiken aufgeklärt habe, könne nicht den Feststellungen zugrundegelegt werden. Dies vor dem Hintergrund, dass der Zeuge ausführe, dass er sich an das konkrete Gespräch mit dem Kläger nicht mehr erinnern könne. Wenn ihm dies aber nicht möglich sei, so könnten generelle Ausführungen, wie er immer beraten haben wolle, nicht den Feststellungen zugrundegelegt werden. In diesem Zusammenhang sei aber auch die Überforderung des Klägers bei diesem Investment, das schon bei seiner Befragung im gegenständlichen Verfahren offensichtlich gewesen sei, zu berücksichtigen. Hätte dieser Zeuge tatsächlich

versucht, dem Kläger die Risiken, wie sie in Beilage ./I aufscheinen, (verständlich) zu erklären, so hätte er erkannt, dass dieser überfordert sei.

Die Berufung setzt dem entgegen, dass der Kläger tatsächlich in der Verhandlung einen unkundigen Eindruck zu vermitteln versucht hätte. Das Erstgericht übersehe jedoch den Umstand, dass der Kläger für sein Vorbringen nichts anderes zu tun gehabt hätte. Seine Behauptung, keine Kenntnis zu haben, könne alleine nicht überzeugen. Soweit das Erstgericht die bekämpfte Feststellung auf das Sachverständigengutachten stütze, werde darauf verwiesen, dass der Sachverständige in wesentlichen Punkten die Eigenschaften des Tilgungsträgers nicht berücksichtigt hätte, wie dies im Rahmen der Mängelrüge bereits dargelegt worden sei. Das Gutachten sei in vielen Punkten keineswegs objektiv und könne daher nicht qualifizierte Basis der Feststellungen des Erstgerichtes sein. Das Gutachten sei keineswegs schlüssig und gut nachvollziehbar. Das Erstgericht habe bei der Annahme einer Beratung von nicht einmal 30 Minuten weiters unberücksichtigt gelassen, dass der Kläger selbst ein Gespräch am 7.September 2005 und den Abschlusstermin am 19.Oktober 2005 angegeben habe. Es hätte daher auch den Kontakt zwischen den Streitteilen bis zum 19.Oktober 2005 und den Abschlusstermin vom 19.Oktober 2005 als Beratung berücksichtigen müssen. ■■■■■ K■■■■ der Geschäftsführer der Beklagten, habe angegeben, dass alleine das Gespräch am 19.Oktober 2005 zwischen 35 und 45 Minuten gedauert habe; auch der Zeuge S■■■■■ habe eine Beratungsdauer von etwa einer Stunde am 19.Oktober 2005 ausgesagt. Die Beilage ./6 und die Beilage ./I würden eine umfassende Aufklärung über die Risiken eines Fremdwährungskredites beinhalten. Der Kläger habe selbst angegeben, dass die Version Beilage ./6 unvollständig sei und er die vollständige Version Beilage ./I mit weiteren Risikohinweisen zu Lebensversicherungen und Wertpapieren durchgelesen habe. Damit sei der Kläger vollständig über die Risiken eines Fremdwährungskredites aufgeklärt worden. Das Risiko der Tilgungsträger Lebensversicherungen sei unter Berücksichtigung der Garantiezusagen bei Einhaltung der Vertragslaufzeiten vernachlässigbar. Darüber hinaus hätte der Zeuge U■■■■■ auch ausgesagt, dass er über "zinsinverse Situationen" aufgeklärt hätte. Darunter seien Situationen zu verstehen, in denen der Zinssatz des Kredites eben höher sei als die Zinsentwicklung der Tilgungsträger.

Die Beweistrüge ist nicht berechtigt.

Das Erstgericht hat schlüssig begründet, warum es die bekämpfte Feststellung getroffen hat. Es ist nachvollziehbar, dass der Kläger, wäre er - entsprechend den Ergebnissen des Sachverständigengutachtens - ordnungsgemäß über die ihm angebotene Veranlagung aufgeklärt worden, dieses Investment nicht vorgenommen hätte; dies schon im Hinblick darauf, dass der Kläger eine Pensionsvorsorge wollte, die vermittelte Anlage aber seinen

Einkommens- und Vermögensverhältnissen nicht entsprach und als Pensionsvorsorge überhaupt ungeeignet war. Es liegt auf der Hand, dass der Kläger, hätte die Beklagte ihm nicht die Gewinnprognose laut Beilage. /D vorgerechnet, die jegliche dem Modell innewohnenden Risiken außer Acht lässt und deren tatsächliches Eintreten als absolut unwahrscheinlich zu erachten ist, nicht in diese Anlageprodukte investiert hätte. Wäre dem Kläger weiters mitgeteilt worden, dass die Situation eintreten könnte, dass er aus eigenem Vermögen außerhalb des finanzierten Investments Zinsentilgungen leisten müsste (PS 51 in ON 27), so ist wohl davon auszugehen, dass er das Investment abgelehnt hätte, zumal er eigentlich keinen Verlust machen wollte bzw nur bereit gewesen wäre, einen solchen von EUR 3.000,00 in Kauf zu nehmen (PS 52 in ON 27), und solche Zinsentilgungen bei seinen Einkommensverhältnissen für ihn kaum finanzierbar sind.

Soweit die Beklagte das Sachverständigengutachten als nicht schlüssig und nicht objektiv bezeichnet, ist sie darauf zu verweisen, dass der Sachverständige, wie im Rahmen der Behandlung der Mängelrüge zu Punkt II.B)1. oben dargelegt wurde, ein schlüssiges Gutachten erstattet hat, sodass die darauf basierende Beweiswürdigung des Erstgerichtes nicht zu beanstanden ist. Die Ausführungen der Beklagten zu der angeblichen Häufigkeit und Dauer der Beratungsgespräche sind irrelevant, kommt es doch einzig darauf an, dass die tatsächliche Aufklärung des Klägers mangelhaft war und der Kläger nach der Überzeugung des Erstgerichtes überdies selbst die unzureichenden schriftlichen Risikohinweise nicht verstanden hat. Nach den unbekämpften Feststellungen wurde dem Kläger nicht mitgeteilt, dass eine Situation eintreten kann, in dem das Investmentmodell der Beklagten es erforderlich macht, dass er zusätzliche Tilgungen leisten muss. Die Unterfertigung schriftlicher Aufklärungsformulare, deren Inhalt der Kläger nicht verstanden hat, stellt keine ausreichende Aufklärung dar, zumal nach den Ausführungen des Sachverständigen überdies die Risikohinweise in den Formblättern unvollständig und nicht ausreichend sind.

Soweit die Beklagte auf die Angaben des Zeugen U [REDACTED] über die "zinsinverse Situation" verweist, ist sie auf die nachvollziehbare Beweiswürdigung des Erstgerichtes hinsichtlich der Unglaubwürdigkeit der Angaben dieses Zeugen zu verweisen.

Die Berufungsausführungen vermögen somit weder die Glaubwürdigkeit der Angaben des Klägers noch die Schlussfolgerung des Erstgerichtes zu entkräften, vielmehr halten die einzelnen angefochtenen Entscheidungsgrundlagen der Überprüfung durch das Berufungsgericht stand. Das Erstgericht hat im Rahmen einer ausführlichen Beweiswürdigung das Ergebnis seines Meinungsbildungsprozesses im Sinne des im § 272 ZPO verankerten Grundsatzes der freien Beweiswürdigung sorgfältig zur Darstellung gebracht.

Das Berufungsgericht übernimmt daher die bekämpfte Feststellung und legt sie seiner Entscheidung zugrunde.

**2.2.:**

Die Beklagte bekämpft schließlich die Feststellung zu Punkt b) oben (in ihrem fett gedruckt wiedergegebenen Teil) und begehrt die Ersatzfeststellung, dass "*Peter S. [REDACTED] dem Kläger auch eine mehrseitige Risikoanalyse (Fremdwährungskredit und Risikoinformation Lebensversicherung/Wertpapier) zur Unterschrift vorlegte. Dieser "Aufklärungsbogen" wurde vom Kläger durchgelesen und auch unterfertigt.*"

Das Erstgericht hat die bekämpfte Feststellung ebenfalls mit einer Schlussfolgerung begründet und im Rahmen seiner Beweiswürdigung dazu ausgeführt, dass - wie oben bereits zitiert wurde - die Ausführungen des Zeugen Peter S. [REDACTED] dass er den Kläger auf Basis der Beilage ./I über die Risiken aufgeklärt hat, nicht den Feststellungen zugrundegelegt werden könnten. Dies vor dem Hintergrund, dass der Zeuge ausführe, dass er sich an das konkrete Gespräch mit dem Kläger nicht erinnern könne. Wenn ihm dies aber nicht möglich sei, so könnten generelle Ausführungen, wie er immer beraten haben wolle, nicht den Feststellungen zugrundegelegt werden. In diesem Zusammenhang sei aber auch die Überforderung des Klägers bei diesem Investment, das schon bei seiner Befragung im gegenständlichen Verfahren offensichtlich gewesen sei, zu berücksichtigen. Hätte dieser Zeuge tatsächlich versucht, dem Kläger die Risiken, wie sie in Beilage ./I aufscheinen, (verständlich) zu erklären, so hätte er erkannt, dass dieser überfordert sei.

Die Berufung setzt dem entgegen, dass die Beweiswürdigung des Erstgerichtes nicht überzeuge, wenn es für die Annahme, der Kläger habe die Aufklärung nicht verstanden, rein von den Angaben des Klägers selbst ausgehe. Aber auch der Kläger selbst hätte zugestanden, dass er die Risikohinweise vollständig durchgelesen habe. Von dem Kläger selbst sei jedoch keine umfassende, über das bereits aus der Urkunde (Beilage ./I) Offensichtliche - nämlich die Unterfertigung, objektive Aussage zu erwarten, ohne die eigene Prozessposition zu gefährden. Im Übrigen hätte der Kläger selbst auch nie gesagt, dass er die Risikohinweise nicht verstanden hätte. Das Erstgericht berücksichtige dabei nicht die klar und deutlichen Risikohinweise in Beilage ./I.

Die Beweisrüge ist nicht berechtigt.

Das Erstgericht hat schlüssig begründet, warum es die bekämpfte Feststellung getroffen hat. Die Beklagte vermag nicht überzeugend darzulegen, warum das Gericht den vom Kläger vermittelten Eindruck, er habe die Aufklärung nicht verstanden, nicht folgen hätte dürfen. Dem Kläger kann nicht schlichtweg unterstellt werden, sich vor Gericht "dumm gestellt" zu haben. Davon, dass der Kläger versucht hätte, vor Gericht bewusst diesen (unrichtigen) Eindruck zu erwecken, kann nicht schon deshalb ausgegangen werden, weil dies seinen Prozessstandpunkt unterstützen würde. Schließlich ist auch nicht zu beanstanden, dass die

Negativfeststellung getroffen wurde, dass nicht festgestellt werden kann, inwieweit der Aufklärungsbogen Beilage. /I besprochen wurde, hat der Zeuge S [REDACTED] doch ursprünglich ausgesagt, dass er sich an das konkrete Gespräch mit dem Kläger und seine konkrete Aufklärung nicht erinnern kann (PS 6 in ON 27). Soweit er in der Folge angegeben hat, dass er die Beilage ./I mit dem Kläger aus Anlass des Gespräches einzeln durchgegangen wäre (PS 9 in ON 27) und den Abstattungskredit mit dem Kläger nicht abgeschlossen hätte, hätte er den Eindruck gehabt, dass der Klägers dies nicht verstanden hat (PS 11 in ON 27), hat das Erstgericht dies - in Verbindung mit seinem persönlichen Eindruck über den Kläger - in nachvollziehbarer Weise angezweifelt, sodass die Negativfeststellung nicht zu beanstanden ist.

Das Berufungsgericht übernimmt daher auch diese bekämpfte Feststellung und legt sie seiner Entscheidung zugrunde.

### **C) Zur Rechtsrüge des Klägers:**

Die zunächst von der Rechtsprechung entwickelten und dann durch das WAG kodifizierten Wohlverhaltensregeln sind auch auf den Vertrieb von Versicherungen mit zumindest veranlagungsähnlichem Charakter (fonds- oder indexgebundenen Lebensversicherungen, Einmalerläge) durch (Versicherungs-)Makler und im selben Umfang auf die Beratung über derartige Versicherungsprodukte durch (Versicherungs-)Berater anwendbar (ecolex 2012,28 = 1 Ob 115/11k). Die Beratung von Anlegern muss demnach vollständig, richtig, rechtzeitig und für den Kunden verständlich sein, wobei auf dessen persönliche Erfahrungen Rücksicht zu nehmen ist; der Kunde muss die Auswirkungen seiner Anlageentscheidung erkennen können (6 Ob 110/07f, 4 Ob 62/11p, 4 Ob 70/11i, 6 Ob 116/11v; RIS-Justiz RS0123046).

Ausgehend vom festgestellten Sachverhalt hat die Beklagte den Kläger nicht nur zum Abschluss einer seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen nicht entsprechenden und für seine Pensionsvorsorge nicht geeigneten Anlage in den sogenannten "pro futura Vorsorgeplan" (Kombination von Fremdwährungskredit mit ausländischen Lebensversicherungen als Tilgungsträgern und einem Fonds) überredet, sondern ihn auch falsch über die zu erwartenden Erträge und die mit dieser Veranlagungsform verbundenen Risiken informiert. Sie hat damit gegen elementare Anlageberaterpflichten verstoßen. Kausalität und Rechtswidrigkeitszusammenhang liegen vor. Ein Anhaltspunkt dafür, dass der Kläger bei korrekter Beratung eine Anlage gewählt hätte, die ebenfalls zu einem (zumindest teilweisen) Verlust des Kapitals geführt hätte, liegt nicht vor. Auf die diesbezügliche Behauptungs- und Beweislast kommt es daher nicht an (4 Ob 70/11i).

Das Erstgericht hat damit die Haftung der Beklagten aus der fehlerhaften Anlageberatung zutreffend bejaht.

1. Der Kläger macht in seiner Rechtsrüge geltend, dass die Abweisung des Leistungsbegehrens unzutreffend sei, weil das Leistungsbegehren nicht auf Ersatz des gesamten bereits entstandenen und in Zukunft möglicherweise entstehenden Schadens gerichtet sei, sondern ausschließlich auf den Ersatz der bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz entstandenen und bezifferbaren Schäden, nämlich des bereits geleisteten Zinsenzuschusses in Höhe von EUR 5.752,79 und des für das ursprüngliche Investment aufgewendeten Betrages in Höhe von EUR 3.524,00. Damit sei dieser Betrag ziffernmäßig bestimmbar, da eine Änderung der Höhe dieses Teilschadens in Zukunft nicht denkbar sei. Zur Abdeckung des weiteren Schadens sei das Feststellungsbegehren zu 1.b) erhoben worden.

Dem Kläger ist zwar beizupflichten, dass nach herrschender Meinung ein (als real bezeichneter) Schaden des Anlegers bei fehlerhafter Anlageberatung bereits durch den Erwerb nicht gewünschter Vermögenswerte eingetreten ist (RIS-Justiz RS0022537 [T 12]; 7 Ob 77/10i; 1 Ob 85/11y; 1 Ob 208/11m). Für diese Fälle anerkannte der Oberste Gerichtshof bereits den Anspruch des Anlegers auf Naturalrestitution (§ 1323 ABGB) in der Form, dass ihm Zug um Zug gegen Übertragung der Wertpapiere der zu deren Erwerb gezahlte Kaufpreis abzüglich erhaltener Zinsen bzw Dividenden zurückzuzahlen ist (RIS-Justiz RS0120784 [T 3]; RS0108267 [T 5]). Dieser Anspruch besteht nach der Judikatur auch gegenüber dem Berater, von dem die Wertpapiere nicht erworben wurden (10 Ob 11/07a; 5 Ob 246/10b; 6 Ob 9/11h ua).

Einen solchen Anspruch auf Naturalrestitution macht der Kläger hier nicht geltend, sondern zu Punkt 1.a) des Hauptbegehrens eine auf Geldleistung gerichtete Schadenersatzklage. Ein solcher Ersatz in Geld, wie ihn der Kläger begehrt, ist, wie das Erstgericht zutreffend erkannt hat, mangels Bezifferbarkeit des dem Kläger endgültig entstehenden Schadens zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung, erst nach Auflösung bzw Veräußerung der Anlage möglich. Bei der zur Schadensermittlung nötigen Differenzrechnung kann nämlich der Grundsatz nicht uneingeschränkt herangezogen werden, wonach für die Wertermittlung der Zeitpunkt der Beschädigung entscheidet (RIS-Justiz RS0030102): Da alle Auswirkungen im Vermögen des Geschädigten festzustellen sind, darf die Berechnung nicht bloß auf den Zeitpunkt der Schädigung abstellen, sondern muss die tatsächliche Entwicklung des gesamten Vermögens nach dem schädigenden Ereignis und die vermutliche künftige Entwicklung ohne dieses in die Betrachtung einbeziehen (OGH 8 Ob 123/05d; Koziol Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 2/79; 10/31). Der Kläger ist - sofern er nicht entweder versucht, Naturalrestitution zu erlangen oder die Papiere verkauft bzw auflöst oder prämienfrei stellt (vgl 7 Ob 176/06t) - daher auf einen Feststellungsanspruch zu verweisen. Erst nach der Auflösung bzw dem Verkauf der Anlage kann der Kläger daher einen Geldanspruch stellen bzw den

eingetretenen Vermögensschaden ersetzt begehren, weil sich dann der rechnerische Schaden endgültig beziffern lässt (RIS-Justiz RS0120784).

Dem Kläger ist zwar zuzugestehen, dass eine Naturalrestitution bei dem hier vorliegenden Anlageprodukt (mit ausländischen Lebensversicherungen als Tilgungsträger) wohl unmöglich und untunlich ist (vgl dazu 1 Ob 208/11m), da die Rechte und Pflichten des Versicherungsnehmers aus einem solchen Vertrag jedenfalls nicht in ihrer Gesamtheit und vollständig auf einen Dritten übertragbar sind, mögen auch einzelne Ansprüche daraus - namentlich: der Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Versicherungssumme - übertrag- oder verpfändbar seien; das ändert aber nichts daran, dass vor Auflösung bzw Veräußerung der Anlageprodukte der endgültige Schaden des Klägers nicht fest steht. Das Anlageprodukt könnte sich ja (bis zum Tilgungszeitpunkt) so positiv entwickeln, dass die Erträge die bereits geleisteten Zinszuschüsse und das ursprüngliche Investment betraglich abdecken.

Unabhängig davon, dass das Feststellungs(haupt)begehren zu 1.b) aufgrund des Eventualantrags des Klägers abzuweisen war (vgl dazu Punkte I. und II.A) oben), ist ein Feststellungsinteresse insoweit nicht gegeben, würde damit dem Kläger doch zugestanden werden, das Finanzkonzept zu Lasten der Beklagten - und allenfalls ohne wirtschaftliche Notwendigkeit auf Seiten des Klägers - jederzeit aufzulösen. Das Argument von P.Bydlinski (Haftung für fehlerhafte Anlageberatung: Schaden und Schadenersatz, ÖBA 2008,159), der Geschädigte dürfe nicht zu Lasten des haftenden Beraters spekulieren können, überzeugt hier, könnte der Kläger doch - ohne Risiko und zu Lasten des Anlageberaters - bis zum Vertragsende der Lebensversicherungen (31.12.2025) mit dem Anlageprodukt spekulieren, ohne Gefahr zu laufen, einem (allenfalls berechtigten) Einwand der Verletzung der Schadensminderungspflichten zu begegnen.

Wegen der Unzulässigkeit des Leistungsbegehrens stellt es auch keinen sekundären Feststellungsmangel dar, dass das Erstgericht keine näheren Feststellungen zu den Zeitpunkten, an welchen der Kläger Zinszuschüsse leisten musste, getroffen hat.

**2.** Nach der jüngsten Rechtsprechung hat der OGH - dem Grundsatz der Subsidiarität entsprechend - die Zulässigkeit eines Feststellungsbegehrens des Anlegers mit der Begründung verneint, dass ihm die Möglichkeit einer Leistungsklage offen stehe ("Naturalrestitution" durch Zahlung gegen Übertragung des Finanzprodukts), sodass ihm das nach § 228 ZPO erforderliche rechtliche Interesse an einem Feststellungsurteil fehle (6 Ob 103/08b; 9 Ob 85/09d; 6 Ob 9/11h; P.Bydlinski aaO ÖBA 2008,159 [163]; Leupold, Rahmharter, Anlegerschaden und Kausalitätsbeweis bei risikoträchtiger hypothetischer Alternativanlage, ÖBA 2010,718 [722]). Diese Rechtsauffassung entspricht der Rechtsprechung zu § 228 ZPO und verhindert auch, dass der geschädigte Anleger durch die Wahl des für ihn günstigsten Verkaufszeitpunktes auf dem Rücken des Schädigers spekuliert

(8 Ob 129/10v).

Steht dem Kläger jedoch - wie im gegenständlichen Fall - die Naturalrestitution in der beschriebenen Form nicht offen oder ist diese untunlich und ist gleichzeitig die Höhe des nach der Differenzrechnung zu ermittelnden Vermögensschadens nicht bezifferbar, ist nach Auffassung des Berufungsgerichtes das nach § 228 ZPO erforderliche rechtliche Interesse an einem Feststellungsurteil gegeben (vgl dazu OLG Graz 3 R 62/12f).

### **III. Ergebnis:**

Aus diesen Gründen erweisen sich die Berufungen des Klägers und der Beklagten als nicht berechtigt.

Die Entscheidung über die Kosten der Berufungsbeantwortungen, deren Streitwert jeweils richtig EUR 29.276,79 beträgt, gründet sich auf die §§ 41, 50 Abs 1 ZPO. Die - unterschiedlich verzeichneten - Kosten der Berufungsbeantwortungen der Streitteile waren dabei zu saldieren.

Die ordentliche Revision nach § 502 Abs 1 ZPO war zuzulassen, weil - soweit für das Berufungsgericht überblickbar - Rechtsprechung dazu fehlt, ob die Auffassung zur Zulässigkeit und Vorrangigkeit einer Leistungsklage anstelle einer Feststellungsklage bei fehlerhafter Anlageberatung auch auf Anlagemodelle mit Lebensversicherungen anwendbar ist.

---

**Oberlandesgericht Graz, Abteilung 5**  
**Graz, 26. April 2012**  
**Dr.Maria Luise Rastädter-Puschnig, Senatspräsidentin**

---

Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG