



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

4 R 134/13z

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Curd Steinhauer als Vorsitzenden sowie den Richter Mag. Thomas Rendl und den Kommerzialrat Ing. Georg Schuh in der Rechtssache der klagenden Parteien 1. **G. K.** und 2. **M. K.**, beide **Wien**, beide vertreten durch Dr. Gerhard Deinhofer u.a., Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei **Erste Bank der oesterreichischen Sparkassen AG**, Graben 21, 1010 Wien, vertreten durch Wiedenauer Mutz Winkler Pramberger Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen EUR 116.248,58 s.A., über die Berufungen der klagenden Parteien (Berufungsinteresse EUR 52.311,86 s.A.) und der beklagten Partei (Berufungsinteresse EUR 63.936,72 s.A.) gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 10.03.2013, 55 Cg 36/12y-11, in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 22.03.2013, 55 Cg 36/12y-13, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung der Kläger wird **Folge**, jener der Beklagten wird **teilweise Folge** gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass es insgesamt zu lauten hat:

"Die beklagte Partei ist schuldig, den klagenden Parteien EUR 116.248,58 samt 4 % Zinsen seit 27.06.2012 Zug um Zug gegen Übertragung der Kommanditbeteiligungen „HCI Shipping Select 26“ mit einer Vertragssumme in Höhe

von EUR 100.000,-- (excl. Agio) laut Zeichnungsschein vom 28.08.2008 an

- der PSV Hellespont Daring GmbH & Co. KG 11,1 %;
 - der PSV Hellespont Dawn GmbH & Co. KG 11,1 %;
 - der PSV Hellespont Definance GmbH & Co. KG 11,4 %;
 - der PSV Hellespont Drive GmbH & Co. KG 11,4 %;
 - der MT Hellespont Centurion GmbH & Co. KG 13,6 %;
 - der MT Hellespont Challenger GmbH & Co. KG 13,8 %;
 - der MT Hellespont Charger GmbH & Co. KG 13,8 %;
 - der MT Hellespont Chieftain GmbH & Co. KG 13,8 %
- binnen 14 Tagen zu bezahlen.

Die beklagte Partei ist schuldig, den klagenden Parteien die mit EUR 13.828,18 bestimmten Verfahrenskosten (darin enthalten EUR 1.818,31 USt und EUR 2.913,90 Barauslagen) binnen 14 Tagen zu ersetzen."

Die beklagte Partei ist weiters schuldig, den klagenden Parteien die mit EUR 8.072,42 bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens (darin enthalten EUR 988,82 USt und EUR 2.139,50 Barauslagen) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Kläger beteiligten sich nach Beratung durch einen Mitarbeiter der beklagten Bank im August 2008 mit einer Beteiligungssumme von EUR 100.000,-- an einem Schiffsfahrtsfonds („HCI Shipping Select 26“).

Wegen fehlerhafter Anlageberatung im Zusammenhang mit dieser Beteiligung begehren die Kläger mit ihrer am 27.06.2012 beim Erstgericht eingelangten Klage die Zahlung von EUR 116.248,58 s.A. Zug um Zug gegen Übertragung der „Kommanditbeteiligungen laut Zeichnungsschein vom 28.08.2008“ (Beil./A) an acht im Einzelnen angeführten Schiffskommanditgesellschaften, allenfalls Zug um Zug gegen die Abtretung ihrer

Kommanditansprüche an den genannten Gesellschaften, in eventuelle die Feststellung der Haftung der Beklagten für jenen Schaden, der ihnen aus der erwähnten Beteiligung entstehe.

Die Beklagte bestritt, beantragte Klagsabweisung und stellte jeden Beratungsfehler in Abrede. Die Ansprüche seien im Hinblick auf den zwischen dem Erwerbszeitpunkt und der Klageeinbringung liegenden Zeitraum längst verjährt.

Mit dem angefochtenen Urteil in seiner berichtigten Fassung gab das Erstgericht dem Zahlungsbegehren hinsichtlich eines Teilbetrages von EUR 63.936,72 samt Zinsen (ohne Ausspruch einer Zug-um-Zug-Verpflichtung) statt und wies das Zahlungsmehrbegehren von EUR 52.311,86 samt Zinsen ab. Dem Eventual-Feststellungsbegehren gab es im Sinne eines Ausspruchs der Haftung der Beklagten für jenen Schaden statt, der den Klägern daraus entstehe, dass sie aus ihrer Beteiligung an vier konkret genannten Schiffskommanditgesellschaften weniger als EUR 52.311,86 erhielten. Auf die in diesem Urteil getroffenen Feststellungen (AS 155-162 = S 6-14 der Urteilsausfertigung) wird verwiesen. In rechtlicher Hinsicht verneinte das Erstgericht zunächst die Verjährung der geltend gemachten Ansprüche, weil die Kläger erst mit Zusendung des Schreibens vom 07.02.2012 (Beil./C), womit sie über die Insolvenz mehrerer Schiffsbeteiligungsgesellschaften informiert worden waren, Kenntnis von der Möglichkeit eines Totalverlustes hätten erlangen können. Aufgrund zahlreicher, im Rechtsmittelverfahren nicht mehr angezweifelter Beratungsfehler habe die Beklagte den Klägern Ersatz zu leisten. Deren Schaden sei bisher nur hinsichtlich der Insolvenz von vier Beteiligungsgesellschaften bezifferbar, weshalb ihnen der darauf entfallende Anteil

von 55 % des Klagsbetrages - mangels Mitverschuldens ungekürzt - zuzusprechen sei. Im darüber hinausgehenden Ausmaß seien sie auf ihre Feststellungsansprüche zu verweisen.

Gegen dieses Urteil richten sich die Berufungen der Kläger und der Beklagten. Die Kläger bekämpfen die Abweisung des Zahlungsmehrbegehrens wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung und beantragen, das angefochtene Urteil in klagsstattgebendem Sinn abzuändern. Die Beklagte wendet sich (erkennbar) gegen den Teilzuspruch von EUR 63.936,72 s.A. aus den Berufungsgründen der Mangelhaftigkeit des Verfahrens, der unrichtigen Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil in klagsabweisendem Sinn abzuändern. Alle Berufungswerber stellen hilfsweise einen Aufhebungsantrag und beantragen wechselseitig, der Berufung der Gegenseite jeweils nicht Folge zu geben.

Beiden Berufungen kommt - jener der Beklagten allerdings nur teilweise - Berechtigung zu. Wegen ihres Sachzusammenhanges werden sie gemeinsam behandelt.

Die Beklagte moniert in ihrer Verfahrensrüge die unbedingte Teilstattgabe des Zahlungsbegehrens trotz entsprechenden Zug-um-Zug-Begehrens. Darin erblickt sie einen Verstoß gegen § 405 ZPO.

Die damit zusammenhängenden Rechtsfragen werden aufgrund ihres Zusammenhanges mit der Rechtsrüge der Kläger dort behandelt.

Die Beweisrüge der Beklagten bekämpft die Feststellung, dass die Kläger durch Übermittlung des Schreibens vom 07.02.2012 (Beil./C) erstmals erfahren hätten, dass ihr eingesetztes Kapital verlustgefährdet war. Aufgrund der Aussage des Erstklägers wäre die

Ersatzfeststellung zu treffen gewesen, dass die Kläger bereits unmittelbar nach Zeichnung der Beteiligung bei Durchsicht der Verkaufsbroschüre Kenntnis davon erhalten hätten, dass sie keine werterhaltenden Kapitalanteile gezeichnet hatten (Urteil Seite 14; Berufung Beklagte Seiten 5 ff).

Der von der Berufung ins Treffen geführten Aussage des Erstklägers ist entgegen der Auffassung der Beklagten nur zu entnehmen, dass er nach Unterfertigung des Zeichnungsscheins den umfangreichen Verkaufsprospekt (Beil./5) erhalten und die ihm bereits anlässlich einer früheren Besprechung übergebene (kürzere) Verkaufsbroschüre Beil./6, die allerdings keine Risikohinweise enthielt, gelesen habe. Dass er auch die umfangreiche Risikohinweise enthaltende Beil./5 gelesen hätte, ist seiner Aussage gerade nicht zu entnehmen. Vielmehr ist nach dem Gesamtzusammenhang davon auszugehen, dass dies nicht der Fall war (vgl. ON 10 Seite 6 zur Beil./5 und Seite 5 zur Beil./6); die bekämpfte Feststellung ist auch in diesem Sinn zu verstehen.

Für die begehrte Ersatzfeststellung besteht daher kein Raum.

Das Berufungsgericht übernimmt somit die erstgerichtlichen Feststellungen und legt sie seiner rechtlichen Beurteilung zu Grunde (§ 498 ZPO).

Ausgehend davon ist nur die Rechtsrüge der Kläger berechtigt:

1. Zur Verjährung:

1.1. Nach der ständigen Judikatur des Obersten Gerichtshofs beginnt die Verjährungsfrist nach § 1489 ABGB mit Kenntnis des Verletzten vom Schaden und von der Person des Schädigers zu laufen (RIS-Justiz RS0034374). Diese Kenntnis wird durch verschuldete Unkenntnis nicht

ersetzt (RIS-Justiz RS0034686). Die bloße Möglichkeit der Kenntnisnahme genügt grundsätzlich ebenso wenig wie die bloße Möglichkeit der Ermittlung einschlägiger Tatsachen; kennen müssen reicht daher grundsätzlich nicht aus (RS0034366 [T3, T6]). Im Fall der Verschuldenshaftung muss der Geschädigte auch Klarheit über das Verschulden des Schädigers haben.

Der Geschädigte darf sich jedoch nicht einfach passiv verhalten und es darauf ankommen lassen, dass er von der Person des Ersatzpflichtigen eines Tages zufällig Kenntnis erhält (RIS-Justiz RS0065360). Es trifft ihn eine Erkundigungspflicht, wenn er die für die Erfolg versprechende Anspruchsverfolgung notwendigen Voraussetzungen ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung bringen kann. Ist dies der Fall, gilt die Kenntnisnahme schon als in dem Zeitpunkt erlangt, in dem sie ihm bei angemessener Erkundigung zuteil geworden wäre (RIS-Justiz RS0034327). Erkundigungsobliegenheiten dürfen dabei aber nicht überspannt werden (RS0034327).

1.2. Die kurze Verjährung von Ersatzansprüchen beginnt nicht vor dem tatsächlichen Eintritt des Schadens zu laufen (RIS-Justiz RS0083144). Mit dessen positiver Kenntnis wird sie aber nach ständiger Rechtsprechung auch schon dann in Gang gesetzt, wenn der Geschädigte die Höhe seines Schadens noch nicht beziffern kann und ihm noch nicht alle Schadensfolgen bekannt oder diese auch noch nicht zur Gänze eingetreten sind. Der drohenden Verjährung muss er mit einer Feststellungsklage begegnen (RS0087615).

1.3. Zur Frage, wann die Verjährungsfrist bei Schäden im Zusammenhang mit einer Veranlagung zu laufen beginnt, hat der Oberste Gerichtshof bereits mehrfach Stellung genommen:

Geht man davon aus, dass eine risikolose Veranlagung

gewünscht wurde, so tritt der Schaden in dem Moment ein, in dem sich herausstellt, dass die erworbenen Papiere tatsächlich risikobehaftet sind, also die gewünschte Eigenschaft nicht aufweisen. 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. Erlangt der Geschädigte etwa 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 hat (OGH 03.12.1997, 7 Ob 253/97z). Entscheidend ist, zu welchem Zeitpunkt der Geschädigte erkennt, dass ein Gesamtkonzept den Zusagen nicht entsprochen hat (OGH 19.06.2013, 7 Ob 18/13t mwN).

1.4. Versuchen von Anlageberatern, nach Kursverlusten nervös gewordene Anleger zu beschwichtigen, kann nach der Judikatur in zweifacher Hinsicht Bedeutung zukommen. Sie können die Erkennbarkeit des Schadenseintritts und damit den Beginn der Verjährungsfrist hinausschieben oder dazu führen, dass dem Verjährungseinwand des Schädigers die Replik der Arglist entgegengehalten werden kann (RS0014838; vgl. OGH 14.03.2013, 1 Ob 12/13s).

1.5. Nach Auffassung der Beklagten seien die klägerischen Ansprüche in Anbetracht der Aushändigung des „detaillierten Verkaufsprospekts“ unmittelbar nach Eingehen der Beteiligung verjährt. Es fehlten Feststellungen, wann den Klägern erkennbar gewesen sei, dass die erworbene Beteiligung nicht ihrem Anlagewunsch entsprochen habe (Berufung Seiten 3 f).

Dass die Feststellung, wonach die Kläger durch das Schreiben Beil./C erstmals von der Verlustgefährdung

ihres eingesetzten Kapitals erfahren haben, in dem Sinne zu verstehen ist, dass sie den ihnen erst nach Zeichnung der Veranlagung übergebenen umfangreichen Verkaufsprospekt Beil./5 nicht gelesen haben, wurde bereits im Rahmen der Beweisrüge erläutert. Der Erstkläger sprach bloß davon, den (kurzen) Prospekt Beil./6 gelesen zu haben (ON 10, Seite 6). Es steht demnach fest, dass den Klägern vor Unterfertigung der Unterlagen nur die (keine Risikohinweise enthaltende) Broschüre Beil./6 übergeben wurde (Urteil Seite 9). Die umfangreiche Beil./5 wurde ihnen erst nach Abschluss der Veranlagung überreicht. Ausgehend davon liegt kein Feststellungsmangel vor, weil auf dieser Tatsachengrundlage die Erkennbarkeit der Risiken eine Rechtsfrage ist.

Haben die Kläger auf die Äußerungen ihres Beraters vertraut und standen die aus der Broschüre Beil./6 resultierenden Kenntnisse in keinem Gegensatz dazu, ist ihnen kein Vorwurf daraus zu machen, dass sie den umfangreichen, an den Kapitalmarktprospekt heranreichenden Verkaufsprospekt Beil./5, welcher ihnen bezeichnenderweise erst im Nachhinein überreicht wurde, nicht mehr auf dessen Übereinstimmung mit den Angaben ihres Beraters überprüft haben.

An diesem Ergebnis ändert auch der Umstand nichts, dass es zweifellos im Interesse eines Anlegers liegt, auch diesen umfangreichen Prospekt eingehend durchzulesen. Im Regelfall misst jedoch der Anleger, der bei seiner Entscheidung die besonderen Erfahrungen und Kenntnisse seines Anlageberaters in Anspruch nimmt, dessen im persönlichen Gespräch erteilten Ratschlägen, Auskünften und Mitteilungen besonderes Gewicht bei. Demgegenüber sind Prospektangaben oft notwendigerweise allgemein gehalten und deren Detailfülle, angereichert

mit volks-, betriebswirtschaftlichen und steuerrechtlichen Fachausdrücken, die viele Anleger von einer näher Lektüre abhält, tritt demgegenüber regelmäßig in den Hintergrund.

Ausgehend von diesen Überlegungen hat die Verjährung entgegen der Auffassung der Beklagten nicht bereits mit dem Erhalt des detaillierten Verkaufsprospektes unmittelbar nach Vertragsabschluss im August 2008 zu laufen begonnen.

Auf die Frage, ob angesichts der Beschwichtigungsversuche des Beraters nach Auftreten erster Probleme im September 2009 (Urteil Seite 13, Beil./9) die Verjährung bereits damals oder, wie vom Erstgericht angenommen, erst mit Zusendung des Schreibens vom Februar 2012 (Beil./C) zu laufen begonnen hat, muss nicht eingegangen werden, weil die in Juni 2012 eingebrachte Klage auch bei Bejahung des erstgenannten Zeitpunktes rechtzeitig war.

2. Zum Mitverschulden:

2.1. In der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs ist anerkannt, dass bei unrichtiger Anlageberatung auch ein Mitverschulden des Kunden in Betracht kommen kann, das die Schadenersatzpflicht des Anlageberaters mindert (RIS-Justiz RS0102779; 5 Ob 35/11z). Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Kunde selbst auf dem Anlagesektor hervorragende Kenntnisse besitzt und ihm daher die Unrichtigkeit der Anlageberatung hätte auffallen müssen (RS0102779). Auch wurde bereits ausgesprochen, dass sich ein Kunde als Mitverschulden anrechnen lassen muss, wenn er Informationsmaterial nicht beachtet oder Risikohinweise nicht gelesen hat (9 Ob 128/06y; 8 Ob 132/10k; RIS-Justiz RS0102779 [T7]). Ein Anleger handelt auch sorglos in eigenen Angelegenheiten, wenn er unreal hohe Gewinnversprechen nicht hinterfragt (RIS-Justiz

RS0078931 [T6]). Demgegenüber wurde bei Unerfahrenheit eines Anlegers mit Veranlagungen und bei mündlichen Zusicherungen des Beraters über die Sicherheit des Investments ein Mitverschulden verneint, wenn der Anleger etwa ganz klein gedruckte Risikohinweise im Beratungsprotokoll nicht gelesen hat (OGH 20.12.2012, 2 Ob 238/12g).

Bei der Verschuldensabwägung geht es um die Frage der subjektiven Vorwerfbarkeit, die gerade im Zusammenhang mit der Anlageberatung nicht losgelöst vom Wissensstand und den (intellektuellen) Fähigkeiten des einzelnen Geschädigten beantwortet werden kann (RS0022681 [T8]). Maßgeblich sind damit immer die konkreten Umstände des Einzelfalls.

2.2. Für den hier zu beurteilenden Sachverhalt sind zunächst die das wahre Risiko verschleiern den Angaben des Beraters anlässlich des ersten Gespräches mit den Klägern zu beachten (Urteil Seite 8). Die damals ausgehändigte Verkaufsbroschüre (Beil./6) konnte mangels konkreter Risikohinweise dieses unrichtige Bild nicht entkräften. Darüber hinaus wurden offenbar aufkommende Zweifel des Erstklägers im Zuge der Unterfertigung der vom Berater bereits vorausgefüllten Unterlagen insofern ausgeräumt, als ihm erklärt wurde, dass das Ankreuzen einer höheren Risikobereitschaft („dynamisch-risikobewusst“) im Anlegerprofil auf das Vorhandensein von Aktien im Portfolio zurückzuführen sei (Urteil Seite 10). Wenn die Kläger aufgrund dieser Beschwichtigungen im Vertrauen auf ihren Berater das ihnen mündlich gezeichnete Bild von der Sicherheit des Produkts zur Grundlage ihrer Entscheidung machten, ohne die Auskünfte des Beraters zu hinterfragen und auf ihre Richtigkeit zu überprüfen, fällt das ihnen grundsätzlich zum Vorwurf gereichende Unterlassen der Lektüre der ihnen erst kurz vor Unterfertigung

vorgelegten und vorausgefüllten Unterlagen nur wenig ins Gewicht. Der umfangreiche Verkaufsprospekt Beil./5 wurde ihnen ohnehin erst im Nachhinein ausgefolgt (Urteil Seite 11), was nicht gerade dafür spricht, dass der Berater an einer rechtzeitigen und umfassenden Aufklärung der Kläger interessiert war, und daher besonders schwer wiegt. Die Versäumnisse der Kläger sind daher zu vernachlässigen, zumal sie darauf vertrauen durften, dass ihr Berater über die Eigenschaften des von ihm vorgeschlagenen Produkts ausreichende Kenntnisse besaß und sie vollständig aufgeklärt hatte.

3. Zur Zulässigkeit eines Leistungsbegehrens:

3.1. Nach ständiger Rechtsprechung steht einem schuldhaft fehlberatenen Erwerber eines in Wahrheit nicht gewollten Anlageprodukts der Anspruch zu, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn ihn der Anlageberater pflichtgemäß aufgeklärt hätte. Hätte der Anleger in diesem Fall das Finanzprodukt nicht gekauft, kann er den rechnerischen Schaden ersetzt verlangen, der sich aus dem Stand seines Vermögens nach der Fehlberatung und dem hypothetischen Stand bei richtiger Beratung (allenfalls, sofern geltend gemacht, unter Berücksichtigung der Wertentwicklung einer Alternativanlage) ergibt. Entschließt sich der Geschädigte, die unerwünschte Anlage vorläufig noch zu behalten, besteht ein vereinfacht als „Naturalrestitution“ bezeichneter Anspruch, der auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Übertragung des noch vorhandenen Finanzprodukts an den Schädiger gerichtet ist. Da der Schaden des Anlegers bereits im Erwerb des ungewollten Finanzprodukts lag, ist der Ersatzanspruch grundsätzlich nicht von dessen späterer Kursentwicklung abhängig; die Herausgabe der Wertpapiere ist nur eine Form des Bereicherungsausgleichs (OGH 24.10.2012, 8 Ob 39/12m).

Für diese Form der „Rückabwicklung“ im Verhältnis zwischen Anleger und Berater, die die Kläger mit ihrem Hauptleistungsbegehren grundsätzlich anstreben und die auch ihrem Hauptfeststellungsbegehren (Ersatzpflicht des Beraters für künftige mit dieser „Rückabwicklung“ verbundene Kosten) zu Grunde liegt, werden in Lehre und Judikatur (zum Teil) zwei weitere Voraussetzungen genannt: Zum Einen wird verlangt, dass der Anleger das erworbene Finanzprodukt noch hält und nicht bereits verkauft hat. Zum Anderen hält ein Teil der Lehre die hier geforderte „Rückabwicklung“ dann für zulässig, wenn der geschädigte Anleger im hypothetischen Fall der ordnungsgemäßen (also richtigen und vollständigen) Aufklärung keine andere („verlustträchtige“, also nicht etwa das sichere Spargbuch) Anlageform gewählt hätte. Hätte er sein Geld aber anders veranlagt, wird die Berücksichtigung der hypothetischen Entwicklung seines Vermögens, teils aus Kausalitätsgründen, verlangt (OGH 22.12.2011, 1 Ob 208/11m).

Die ältere Rechtsprechung (vgl. 9 Ob 53/03i; 8 Ob 123/05d), wonach vor Verkauf der Anteile nur ein Feststellungs-, nicht aber ein Leistungsbegehren zulässig sei, ist damit überholt.

3.2. Dem (ungekürzten) Zahlungsanspruch stehen auch allfällige Ausschüttungen in einem Insolvenzverfahren nicht entgegen, träte die Beklagte doch in einem solchen Fall im Wege der Legalzession in die Ansprüche der Kläger ein (§ 1358 ABGB; vgl. auch OGH 18.10.2012 4 Ob 140/12k).

Auch der Umstand, dass nur über einige der Schiffskommanditgesellschaften ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde, behindert den Zahlungsanspruch der Kläger im Wege der Naturalrestitution nicht, haben sie doch Anspruch darauf, dass der von ihnen nicht gewünschte Erwerb rückgängig gemacht wird.

Das leitet über zur Frage der

4. Tunlichkeit der Naturalrestitution:

Nach § 1323 ABGB ist ein Schaden in erster Linie durch Zurückversetzung in den vorigen Stand auszugleichen. Der Vorrang der Wiederherstellung des vorigen Stands beruht auf dem Gedanken, dass die Naturalrestitution der beste und vollständigste Ersatz ist. Sie wahrt das Integritätsinteresse und ist am besten geeignet, den Ausgleichsgedanken zu verwirklichen. Bei Unmöglichkeit oder Untunlichkeit kommt die Naturalrestitution nicht in Betracht (RS0112887 [T5] mwN).

Im Fall der Beteiligung an einem Bauherrenmodell hat der Oberste Gerichtshof - nach Einwand der dort beklagten Beraterin - die Tunlichkeit bzw. Möglichkeit der von den Anlegern geforderten Naturalrestitution in Frage gestellt (vgl. OGH 22.12.2011, 1 Ob 208/11m). Auf eine Untunlichkeit hat sich die Beklagte aber in erster Instanz gar nicht berufen: Sie selbst brachte zwar die zuletzt zitierte Entscheidung ins Spiel, brachte dazu aber nur vor, dass eine Naturalrestitution bisher nur bei handelbaren Wertpapieren bejaht worden sei. Abgesehen von diesem Hinweis erstattete sie trotz Erörterung der Beil./E, Seite 76, durch das Erstgericht und trotz des auf den Sachverhalt der zitierten Entscheidung abstellenden Hinweises der Kläger, eine Naturalrestitution sei mangels Erforderlichkeit einer Aufsandungserklärung nicht unmöglich (ON 10, Seite 14), kein weiteres Vorbringen. Erst im Berufungsverfahren bringt sie dazu - nunmehr allerdings infolge des Neuerungsverbotes verspätet - etwas vor (Berufungsbeantwortung Seite 5). In Anbetracht dessen sind Fragen der Untunlichkeit der Naturalrestitution nicht weiter zu erörtern.

Einem ungekürzten Zuspruch des begehrten, der Höhe nach sonst nicht mehr strittigen Betrages, allerdings - um auf die Verfahrensrüge der Beklagten zurückzukommen - nur unter Auferlegung der von der Klägerin ohnehin begehrten Zug-um-Zug-Verpflichtung, steht daher nichts im Wege. Auch aus materiellrechtlichen Gründen ist die Berufung der Beklagten insoweit berechtigt.

Es war daher der Berufung der Beklagten teilweise, jener der Kläger zur Gänze Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 40 bzw. §§ 41, 50 ZPO. Die Beklagte hat nur mit der Korrektur der Zug-um-Zug-Verpflichtung obsiegt, die jedoch kostenmäßig nicht ins Gewicht fällt. Den Klägern steht daher voller Kostenersatz zu. Bei der Berechnung der Kosten ihrer Berufungsbeantwortung war jedoch eine Bemessungsgrundlage von EUR 63.936,72 zu Grunde zu legen.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig (§ 500 Abs 2 Z 3 ZPO), da das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit der zitierten Rechtsprechung entschieden hat und Rechtsfragen von erheblicher Bedeutung im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO nicht zu beurteilen waren.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 4, am 2. Dezember 2013

Dr. Curd Steinhauer
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG