



REPUBLIK ÖSTERREICH
Handelsgericht Wien

60 R 5/19v

Im Namen der Republik

Das Handelsgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Präsidentin Dr.ⁱⁿ Wittmann-Tiwald (Vorsitzende), Richterin Mag.^a Hotter-Kaiser und KR Ing. Dytrich in der Rechtssache der klagenden Parteien [REDACTED]

[REDACTED] beide vertreten durch Dr. Wolfgang Leitner, Priv.-Doz. Dr. Max Leitner, Dr. Mara-Sophie Häusler, Rechtsanwälte in 1010 Wien, wider die beklagte Partei **Raiffeisenlandesbank NÖ-Wien AG**, 1020 Wien, Friedrich-Wilhelm-Raiffeisen-Platz 1, vertreten durch Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, und deren Nebenintervenientin **1. CPM Anlagen Vertriebs GmbH in Liquidation**, 1010 Wien, Annagasse 5/2/16, und **2. Erste Lloyd Fonds Holland GesmbH & Co KG**, 20354 Hamburg, Amelungstraße 8-10, beide vertreten durch Wess Kux Kispert & Eckert Rechtsanwalts GmbH in 1010 Wien, wegen € 15.570,94 samt Anhang und Feststellung (Streitwert: € 18.570,94) über die Berufung der klagenden Parteien (Berufungsinteresse: Zinsen; EUR 150 RATG) und der beklagten Partei gegen das Urteil des Bezirksgerichts für Handelssachen Wien vom 22.10.2018, GZ 6 C 482/16z-30, in der berichtigten Fassung laut Beschluss vom 5.11.2018, GZ 6 C 482/16z-32 in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt und beschlossen:

I. Der Berufung der beklagten Partei wird **nicht** Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird mit der Maßgabe bestätigt, dass

die Zahlung zu den Punkten 1) und 2) jeweils Zug-um-Zug

gegen Übertragung der jeweiligen Beteiligungen zu erfolgen,

die Feststellungsbegehren anstelle von „für alle Schäden“ „für alle künftigen Schäden“ zu lauten hat

und die Kosten von insgesamt EUR 15.489,62 den klagenden Parteien je zur Hälfte zu ersetzen sind.

Die beklagte Partei ist schuldig, den klagenden Parteien die mit EUR 1.450,61 (darin enthalten EUR 348,15 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens je zur Hälfte binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 5.000,--, aber nicht EUR 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

II. Der Berufung der Kläger wird **Folge** gegeben.

Das angefochtene Urteil wird **in seinem Punkt 3. (Abweisung des Zinsenmehrbegehrens) auf-**

gehoben und die Rechtssache zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht **zurückverwiesen**.

Die Kosten des Berufungsverfahrens bilden weitere Verfahrenskosten.

Entscheidungsgründe

Übersicht

A. Erstinstanzliches Verfahren.....	5
I. Sachverhalt - Feststellungen des Erstgerichts.....	5
II. Parteilichvorbringen.....	15
III. Urteil erster Instanz.....	16
B. Berufungen der Beklagten und der Kläger.....	17
I. Berufung der Beklagten.....	18
I.1. Entscheidung des OGH vom 29.8.2019 1 Ob 78/19f.....	18
I.2. Vorbemerkung.....	21
I.3. Rechtsrüge - Keine Ansprüche wegen Innenprovision.....	21
I.4. Beweistrüge zur Kausalität der Innenprovision.....	22
I.5. Rechtsrüge - Mangelndes Verschulden - Ausschluss der Haftung gemäß § 1304 ABGB.....	27
I.6. Rechtsrüge - Keine Haftung mangels Fehlberatung über die Beteiligungen.....	28
I.7. Rechtsrüge zur Innenprovision.....	28
I.7.2. Sekundäre Feststellungsmängel zum Interessenkonflikt - Konkrete Empfehlung maßgeblich.....	29
I.7.3. Sekundäre Feststellungsmängel - Kein Interessenkonflikt.....	30
I.7.4. Rechtsrüge - Keine Aufklärungspflicht aufgrund der Entgeltflüsse.....	32
I.8. Beweistrüge zur Vermittlung ohne Innenprovision.....	32
I.9. Rechtsrüge - Schaden.....	34
I.10. Beweistrüge - Schaden.....	35
I.11. Unglaubwürdigkeit der Kläger.....	39
I.12. Rechtsrüge - Verjährung.....	39
I.13. Beweistrüge - Verjährung.....	45
I.14.1. bis 4. Rechtsrüge - Mitverschulden des Klägers.....	49
I.14.5. Sekundäre Feststellungsmängel zum Mitverschulden.....	52
I.15. Unschlüssigkeit des Urteilspruches und des Urteilsbegehrens.....	53
I.16.1. und 2. Rechtsrüge - Feststellungsbegehren.....	54
I.16.3. Unzulässiger doppelter Zuspruch desselben Schadens.....	55
I.17. Ergebnis, Kostenentscheidung, Zulässigkeitsausspruch.....	55
II. Berufung der Kläger.....	56

A. Erstinstanzliches Verfahren

I. Sachverhalt - Feststellungen des Erstgerichts

Das Erstgericht ging für seine Entscheidung von folgendem Sachverhalt aus. Dabei sind die bekämpften Feststellungen unterstrichen hervorgehoben:

„Vorauszuschicken ist, dass die Zweitklägerin sämtliches dem Erstkläger überließ, lediglich nach dessen Beratung Unterschriften leistete, im Übrigen sich voll auf ihn verließ und damit einverstanden war, dass er für sie handelte.

Der Erstkläger war als Kassier in der RZB beschäftigt in welcher er keine Produkte vertrieb. Er kaufte erstmals 2005 ein ähnliches Produkt, davor Wertpapiere, zum Beispiel Aktien der Austria Tabak im Werte von EUR 5.000,-- - 8.000,--, seine Erfahrungen mit Wertpapieren waren bescheiden, er hatte jedenfalls keine Fonds gekauft gehabt.

Der Erstkläger hatte nach Antritt seiner Pension eine Abfertigung in Höhe von etwa EUR 30.000,-- für die Anlage und ca. im Jahr 2004 trat der Filialberater Friedrich Straka an ihn heran.

Straka pries zunächst 57 Sachwert Rendite-Fonds Holland GmbH & Co KG Beteiligung an, wobei er erklärte, dieses habe einen Ertrag von etwa 3,5 - 7,5% und sei daher besser als ein Sparbuch, man werde Miteigentümer an einem Grundstück oder Bürohaus, es sei aber sicher.

Straka erklärte, dass es sich um eine Veranlagung mit Unternehmensbeteiligung handle, mit Chancen und Risiken, erklärte ihm, was eine geschlossene Beteiligung sei, dass es hohe Mieterträge geben werde, der Totalverlust unwahrscheinlich sei. Er erklärte auch, was eine Kommanditbeteiligung sei und dass das Kapital auch verloren gehen könne.

Straka hatte seine Kenntnis von dem Produkt aus Schulungen der Erstnebenintervenientin, welche das Produkt in Österreich vertrieb.

Den Kapitalmarktprospekt hatte er nicht gelesen, allfällige mögliche Rückzahlungen des Kommanditanteiles waren kein Thema

und es war Straka nicht bewusst, dass Bilanzverluste geplant waren und Ausschüttungen trotzdem erfolgen sollten. Er erklärte, dass die Mieter sehr gut seien und Vorauszahlungen leisten müssten, das Risiko von Mietausfällen sei als gering einzuschätzen. Kein Thema waren allfällige Innenprovisionen, es wurde lediglich das Agio besprochen. Nicht festgestellt wird, dass über Steuern gesprochen wurde und über eine Pauschalbesteuerung. Es wurde dem Kläger eine Modellrechnung gezeigt (./L) sowie eine persönliche Prognoserechnung (./M) übergeben. Es wurde weiters ein Folder übergeben (./4), den er auch mitnahm und durchblätterte. In den übergebenen Unterlagen befanden sich weiters die Verträge und Beitrittsunterlagen (./3), in dessen § 1 als Rechtsform aufscheint, dass die Gesellschaft eine Kommanditgesellschaft sei und der Erreichung des Gesellschaftszweckes im § 2 diene. Im § 3 Ziffer 8 ist angeführt: Im Übrigen haften die Gesellschafter nach Maßgabe des Gesetzes. Die Ausschüttungen liquider Mittel, die keinem Gewinn der Gesellschaft entsprechen, können zu einem Wiederaufleben der beschränkten Kommanditistenhaftung führen.

Unter § 6 Investition und Finanzierung sind Kapitalbeschaffungskosten von 1,2 Millionen ausgewiesen sowie Fremdfinanzierungsvermittlung mit 1,1 Millionen. Weiters das Fremdkapital mit 28,5 Millionen Eigenkapital/Kommanditkapital mit 23,7 Millionen. Weiters ist in § 16 angeführt, dass eine Übertragung von Kommanditanteilen nur mit Zustimmung aller Gesellschafter zum Jahresende im Wege der Sonderrechtsnachfolge möglich ist. In § 17, dass die Gesellschaft auf unbestimmte Zeit errichtet ist und weiters in § 18 das Ausscheiden von Gesellschaftern geregelt, wobei insbesondere die Kündigung angeführt ist. Und in § 20 wird das Erstellen einer Auseinandersetzungsbilanz geregelt sowie das Auseinandersetzungsguthaben, welches gemäß Ziffer 8 in drei gleichen Raten auszuzahlen ist, die erste Rate 12 Monate nach dem Stichtag der dem Guthaben zugrundeliegenden Auseinandersetzungsbilanz, jede weitere Rate jeweils 12 Monate später.

Weiters übertrug der Erstkläger mittels Treuhand- und Verwaltungsvertrag der TVP Treuhand- und

Verwaltungsgesellschaft für Publikumsfond in Hamburg als Treuhänderin die Rechte. Auf der letzten Seite befindet sich der Hinweis, dass ein Prospekt gemäß § 10 KMG veröffentlicht wurde, welche am Sitz der MPC Capital Austria AG vorliege und Interessierten kostenlos zur Verfügung gestellt werde.

Weiters wurde dem Erstkläger ein Verkaufsfolder (./4) übergeben, in welchem als Gesamtinvestitionsvolumen EUR 52,2 Millionen aufscheint, wovon 23,7 Millionen Eigenkapital, der Rest mit Fremdkapital finanziert werden solle. Weiters wurden auch hier die prognostizierten Ausschüttungen mit anfänglich 7% steigend bis 9% per anno im Jahr 2015 als geplant dargestellt, welche halbjährlich März und September eines jeden Jahres erfolgten. Gemäß Prognoserechnung könne innerhalb der ersten 10 vollen Kalenderjahre eine durchschnittliche Ausschüttung von 7,4% per anno an die Anleger ausgezahlt werden.

Die geplante Fondslaufzeit betrug 10 Jahre.

An Provisionen wurden mit dem Erstkläger 5% Agio besprochen.

Ihm wurde erklärt, dass Ausschüttungen die Rendite und Zinsen seien. Er hätte das Produkt nicht gekauft, hätte man ihm gesagt, dass die Ausschüttungen nur Kapitalrückzahlungen darstellten und dass er das Geld möglicherweise wieder herauszugeben hätte.

Insgesamt verstand der Erstkläger Diverses nicht, verabsäumte es aber auch, sich durch Lesen der Beitrittsunterlagen oder Nachfragen zu informieren. So las er weder die Beitrittserklärung noch die darin enthaltenen Risikohinweise noch das Anlegerprofil und die darin enthaltenen Risiken (./1 und ./2). Verträge und Beitrittsunterlagen las er ebenfalls nicht, er las nicht einmal das unmittelbar über seiner Unterschrift Stehende.

Obwohl es ihm von Friedrich Straka erklärt worden war, verstand der Kläger nicht, was eine unternehmerische Beteiligung ist, was eine Treuhand ist, dass Kapitalverlust möglich ist, dass ein, wenn auch laut Straka nur unwahrscheinlicher Totalverlust möglich ist. Über weitere Kosten oder Provisionen wurde nichts gesprochen. Der Erstkläger hätte nicht gekauft, weil ihm das Risiko zu groß erschienen wäre, wenn mehr Provisionen bezahlt

würden.

Der **Kläger** (gemeint: Erstkläger) machte sich keine weiteren Gedanken und vertraute Friedrich Straka, unterschrieb insgesamt dreimal auf der **Beitrittserklärung**, in welcher angeführt ist, dass der Kläger mittelbar über die TVP Treuhand und Verwaltungsgesellschaft für Publikums GmbH eine Kommanditbeteiligung an der **57 Sachwert Rendite-Fonds Holland GmbH & Co KG** (im Folgenden: Holland 57) erwerben wolle und er zu diesem Zweck die Treuhänderin in eigenem Namen aber auf seine Rechnung beauftrage, eine Kommanditbeteiligung an der Emittentin in der Höhe von nominale 10.000 zu erwerben. Hier unterfertigte der Kläger sowie unmittelbar unterhalb des nächsten Absatzes, in welchem er bestätigt, dass sein Beitritt vorbehaltlos und ausschließlich auf Grundlage des gemäß den Bestimmungen des KMG erstellten veröffentlichten geprüften und bei der österreichischen Kontrollbank hinterlegten Prospekts samt der in abgedruckten Verträge und Anhängen sowie der umseitig abgedruckten Beitrittsbedingungen erfolgt und keine hiervon abweichenden oder darüber hinausgehenden Erklärungen oder Zusicherungen abgegeben worden sind.

Weiters unterfertigte der Kläger auf der selben Seite ein drittes Mal, über seine Rücktrittsrechte belehrt worden zu sein und dass ihm bewusst sei, eine langfristige und unternehmerische Bindung eingegangen zu sein.

Die Seite 2 der Beitrittserklärung enthält den Hinweis, wo in den KMP Einsicht genommen werden kann, Risikohinweise, dass es sich um eine langfristige Beteiligung handle und eine ordentliche Kündigung erstmals zum 31.12.2015 unter Einhaltung einer 12 monatigen Kündigungsfrist möglich sei, dem Erstkläger bewusst sei, dass auch ein Totalverlust möglich sei, dass die Konzeption auf der in Österreich, Niederlanden und Deutschland geltenden Gesetzeslage basiere und die steuerlichen Rechtsfolgen nicht endgültig beurteilt werden könnten und Änderung einer Verwaltungspraxis als der Rechtsprechung ausschließlich die Sphäre des Klägers berührten.

Weiters unterfertigte der Erstkläger ein Anlegerprofil (./2), welches von Friedrich Straka vor ausgefüllt mit ihm

durchgegangen wurde und in welchem er sich des unternehmerischen Risikos der Veranlagung bewusst erklärte, dass es keinen Sekundärmarkt gibt und ein vorzeitiger Ausstieg nicht vorgesehen sei. Als Anlageziel wird Ansparen (Vermögensbildung) sowie Steuervorteile genannt und, dass ihm bekannt sei, dass zur Ermittlung seines niederländischen Einkommens sämtliche Investments in den Niederlanden heranzuziehen seien. Als Anlagedauer wurde „langfristig“ und Ertragsziel „regelmäßige Rückflüsse sowie Wertzuwachs“ genannt. Weiters sei über das Risiko von mitunternehmerschaftlichen Beteiligungen und weiter im Wesentlichen mit der Veranlagung verbundenen Risiken ausführlich informiert worden, dass ein Verkaufsprospekt übergeben worden sei, und er diese Risiken verstanden habe und er auch der Empfehlung der Konsultation eines Steuerberaters zur Kenntnis genommen habe. Hier unterfertigte er genau über dem Passus, die auf der Rückseite vorhandenen Risikohinweise zur Kenntnis genommen zu haben, insbesondere für das gegenständliche Produkt. Es werden generelle Risiken von Investitionen in Immobilien die Bonität der Mieter als Risiko genannt und mögliche Leerstandszeiten, ein Kostenrisiko für laufende Kosten und Instandhaltungen des Objekts sowie, dass der Erfolg auch von künftiger Wertentwicklung abhängt und mögliche Erlöse aus dem Verkauf unter die aushaftenden Darlehen fielen, in welchem Fall die Anleger ihr gesamtes eingesetztes Kapital verlören und eventuell sogar erhaltene Ausschüttungen zurückzahlen müssten.

Es wird genannt, dass der Anleger als Gesellschafter einer deutschem Recht unterliegenden KG beitrete und die Haftung grundsätzlich auf die Höhe der Einlage beschränkt sei, aber bei Entnahmen der Einlagen gegenüber den Gläubigern diese als nicht geleistet angesehen würden, und die auf das gezeichnete Kapital beschränkte Kommanditistenhaftung wieder aufleben könne, sofern Ausschüttungen erfolgten, die das Kapitalkonto negativ werden lassen.

All dies las der Erstkläger nicht durch, sondern konzentrierte sich nur auf den Ertrag und das 5%ige Agio, er machte sich auch keine Gedanken darüber, warum er hier dreimal unterschreiben musste und, warum hier „Beitrittserklärung“ stand, machte sich

auch keine Gedanken, dass Kleingedrucktes zwischen Großgedrucktem stand. Klar war ihm, dass es irgendetwas Deutsches sei. Seiner Vorstellung nach würde er nach 10 Jahren das einbezahlte Kapital mit dem Ertrag wieder herausbekommen.

Den Kapitalmarktprospekt erhielt er nicht, hätte ihn aber auch nicht sinnverstehend lesen können. Er hätte nicht abgeschlossen, hätte er gewusst, dass die Ausschüttungen eine Rückzahlung seiner Kommanditeinlage sein würden.

Er kannte die Rechtsfolgen einer Kapitalrückgewährung bei der KG nicht, das wurde ihm auch nicht erklärt.

Straka stellte das Produkt insbesondere wegen der Investition in eine Immobilie und der namhaften Mieter als sicher dar. Fremdfinanzierung war kein Thema des Beratungsgesprächs, ebenso wenig Weichkosten.

Es wird nicht festgestellt, dass der Erstkläger, hätte ihm Friedrich Straka gesagt, dass 20 bzw. 22% des von ihm eingesetzten Kapitals abfließen und nicht ins Investment, er das nicht gemacht hätte. Zahlen oder Mittelverwendungen waren aber auch nicht Thema des Beratungsgesprächs.

Der Erstkläger hätte das Investment in Frage gestellt, hätte er gewusst, dass die Bank weitere 3% über das 5%ige Agio hinaus als Innenprovision erhält. Wäre das Investment wie versprochen abgegangen, wäre ihm das aber auch egal gewesen.

Der Erstkläger vertraute auf Friedrich Straka und sah sich nicht veranlasst, dessen Angaben einer weiteren Überprüfung zu unterziehen. Dem Kläger sagt das Wort Liquiditätsausschüttung nichts.

Am **21.9.2006** zeichnete die **Zweitklägerin** betreffend **zweite Sachwertrendite - Fonds Deutschland Technology GmbH & Co KG (Deutschland II)** ohne weitere Beratung von Friedrich Straka einen Beitritt als Kommanditistin eine Nominale von EUR 10.000,--. Die Beitrittsunterlagen sind nahezu ident, die Zweitklägerin unterfertigte, nachdem der Erstkläger die Beitrittsunterlagen mit nach Hause genommen hatte über dessen Rat, dass das gut sei. Die Zweitklägerin unterfertigte die Beitrittserklärung (./10) auf der Vorderseite wie der Kläger

für Holland 57 dreimal, das Anlegerprofil sogar auf der Rückseite mit den Risikohinweisen. Auch hier wurden der Zweitklägerin ein Verkaufsfolder übergeben, in welchem sich idente Hinweise wie zu Holland 57 befinden sowie die Verträge und Beitrittsunterlagen mit nahezu identem Inhalt, lediglich die Kapitalbeschaffungskosten werden hier mit 2,34% in der Gesamtinvestition benannt, das Fremdkapital mit 58,73% und Eigenkapital mit 41,27%.

Mit Schreiben vom 23.5.2005 bestätigte die TVP die Beitrittserklärung zu der oben genannten Gesellschaft von MPC erhalten zu haben, und bestätigte als Treuhänderin die Annahme des Beitritts zum Holland 57. Weiters wird in dem Schreiben auf den Beitritt zur KG verwiesen. Ein ähnliches Schreiben erhielt die Zweitklägerin vom 27.9.2006.

Es folgten im August 2005 eine Anlegerbestätigung gemäß KMG § 14 an den Erstkläger, betreffend Holland 57 in welcher festgehalten wird, dass er durch die Beteiligungen wie ein typischer Kommanditist nach deutschem Handelsrecht behandelt werde und jederzeit die Stellung eines direkt im Handelsregister eingetragene Kommanditisten einnehmen könne und dass seine Kommanditbeteiligung von der TVP Treuhand und Verwaltungsgesellschaft treuhändig gehalten werde. Es handle sich um die Beteiligung an einer Gesellschaft, welche auf unbestimmte Zeit errichtet sei und von jedem Kommanditisten erstmals zum 31.12.2015 mit 12 monatiger Kündigungsfrist gekündigt werden könne. Die Haftung sei beschränkt auf den Treuhandbetrag. Die aus dieser Beteiligung erzielten laufenden Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung und Kapitalvermögen seien in Österreich befreit und unterlägen ausschließlich niederländischer Besteuerung, ein vollständiger KMP könne jederzeit kostenlos angefordert werden. Am **19.4.2007** unterfertigte der **Erstkläger** eine weitere Beitrittserklärung mit identem Inhalt betreffend **Erste Lloyd Fonds Holland GmbH & Co KG (Holland I)**, wiederum wurde ein Anlegerprofil erstellt, welches der Kläger ebenfalls unterfertigte.

Auch hierbei wurden die nahezu identen Unterlagen übergeben, in welchem sich die schon festgestellten Hinweise befinden.

Die Kapitalmarktprospekte, welche dem jeweiligen Fonds zugrunde liegen, haben nahezu inhaltsgleiche Hinweise auf folgendes: Laufzeit: Die Gesellschaft wird auf unbestimmte Zeit errichtet und könne mit einer Frist von 6 bzw. 12 Monaten zum Ablauf eines Geschäftsjahres erstmals nach Ablauf von 10 Jahren gekündigt werden.

Zur Haftung wurde erklärt, dass eine Nachschussverpflichtung ausgeschlossen sei, soweit die Einlage voll geleistet und nicht wieder entnommen oder zurückgezahlt worden sei. Die Ausschüttungen liquider Mittel, die keinen Gewinn der Gesellschaft entsprechen können daher zu einem Wiederaufleben der beschränkten Kommanditistenhaftung führen. Betreffend Holland I betrug die ins Handelsregister einzutragende Haftsumme 20% der Kommanditeinlage. Weiters wurde auf Eigenkapital- und Fremdkapitalfinanzierung verwiesen. Darüber, dass die genaue Laufzeit noch nicht feststehe, trotz sorgfältiger Planung zukünftige Umstände eintreten könnten, die die Auswirkungen einer Neuvermietung oder den Immobilienmarkt haben. Es wird darauf verwiesen, dass die vertraglichen Grundlagen der Gesellschaftsvertrag, Treuhand- und Verwaltungsvertrag und der Mittelverwendungskontrollvertrag maßgeblich seien und in diesem Prospekt voll inhaltlich abgedruckt seien. Die Rechtsform als Kommanditgesellschaft wird festgestellt, sowie das Vorliegen einer Treuhandenschaft. Es wird neuerlich die Auflösung und Kündigung der Gesellschaft entsprechend detaillierter dargestellt. Die Rechtsform der Veranlagung stellt klar, dass der Anleger wie ein Kommanditist nach deutschem Handelsrecht behandelt wird.

Es wird dargestellt, dass die erforderliche Gesamtinvestitionssumme durch Fremd- und Eigenkapital aufgebracht wird, es ist wiederholt angeführt, dass die Realisierung des Gesellschaftszwecks zum Teil über Darlehen erfolgen werde, für deren Vermittlung und Erstellung eines Finanzierungskonzeptes eine Gebühr fällig werde, dass zukünftige Ausschüttungen in keiner Weise garantiert seien, dass es keinen Sekundärmarkt für geschlossene Immobilienfonds gebe.

Weiters finden sich Investitionspläne und Finanzierungspläne, welche die Kapitalbeschaffungskosten im Verhältnis zur Gesamtinvestitionssumme ausweisen, sowie Risikohinweise, was zum Totalverlust des eingesetzten Kapitals führen könnte, was auch an Fremdfinanzierung, Baumängeln, Altlasten, Verwaltungskosten sowie an Versicherungskosten sowie Veräußerungserlösen liegen könne. Weiters wird darauf verwiesen, dass die Haftung auf die Beteiligungssumme beschränkt ist und nur soweit Auszahlungen nicht aus Überschüssen der Einnahmen der Emittentin erbracht werden, schon geleistete Einlagen zurückgezahlt werden, die Außenhaftung der Kommanditisten gemäß § 172 Abs. 4 deutsches HGB insoweit wieder auflebe.

Noch am 22.10.2007 unterfertigte der Kläger ein Risikoprofil, worin er angab, seine Kenntnisse durch berufliche Tätigkeit erworben zu haben und seit ca. 5 Jahren gelegentlich Geschäfte in Anleihen, Rentenfonds, Aktien bzw. Mischfonds und Immobilienfonds sowie Aktiennebenwerten, Fonds aller Kategorien getätigt zu haben. Insgesamt wurde er in die dortige Kategorie 4 als spekulativer Anleger gestuft, bereit auch Totalverlust des eingesetzten Kapitals zu akzeptieren. Es seien ihm allgemeine Informationen zum Anlagegeschäft zu den Veranlagungsrisiken und Risikohinweise zu Aktien und Investmentfonds übergeben worden und mit ihm erläutert worden.

Der Erstkläger las nichts, alle auch in Folge erhaltenen Schreiben las der Kläger nicht, legte sie jedoch säuberlich zu Hause ab. Es kann generell gesagt werden, dass er Ausdrücke bzw. Vorgänge, die er nicht verstand, sich auch nicht erklären ließ.

Die weiteren Käufe des Erstklägers und der Zweitklägerin erfolgten ohne gesonderte Beratung, jedoch nach Übergabe der mit Holland 57 inhaltlich weitgehendst identen Unterlagen.

Insgesamt sind von den Ausschüttungen an die Zweitklägerin EUR 4.504,58, verrechnet mit Steuerberatungskosten in Höhe von EUR 199,40 feststellbar, betreffend den Erstkläger Ausschüttungen in Höhe von EUR 1.777,88. Der Zweitklägerin liefen EUR 252,30 an Steuerberatungskosten an und sie bezahlte von 2008 - 2012

insgesamt EUR 362,-- an Einkommenssteuer.

Es kann nicht festgestellt werden, dass die Kläger ./23 und ./24 tatsächlich erhielten.

Die Beklagte erhielt von ihren jeweiligen Vertriebspartnern über das Agio hinaus für Deutschland 2 3% und für Holland 1 4% vom Nominale an Innenprovision, welche in dem Kapitalmarktprospekt unter dem Titel „Kapitalbeschaffungskosten“ subsumiert sind, jedoch nicht extra ausgewiesen. Ebenso wenig in den Geschäftsberichten (./4, ./8 und ./13).

Die Kläger hätten bei Kenntnis, dass über das vereinbarte Agio hinaus Innenprovisionen bezahlt würden, die Veranlagung nicht vorgenommen. In diesem Falle hätten sie alternativ in ihr Gartenhaus investiert oder das Geld auf ein Sparbuch gelegt.

Die Beklagte war der Meinung, dass gemäß geltendem Recht Innenprovisionen nicht offenzulegen wären.

Es kann nicht festgestellt werden, dass die Beklagte geschlossene Immobilienfonds auch vertrieben hätte, hätte sie keine Innenprovision über das Agio hinaus erhalten. Die Innenprovision wurde vor allem bezahlt für den Aufbau einer Vertriebsstruktur bei der Beklagten, Prüfung und Beratungsstruktur. Der Berater hätte kein Konkurrenzprodukt ohne Betriebsvereinbarung und somit mit vereinbarter Innenprovision empfehlen können. Die Innenprovisionen wurden mit den jeweiligen Vertriebspartnern ausverhandelt.

Erstmalig im Jahr 2014 erhielten die Kläger durch Information des Klagevertreter Kenntnis davon, dass die Beklagte über das Agio hinaus gehende Provisionen der Vertriebspartner erhalten hatte. Diese waren in einem Gespräch des Erstklägers mit Mitarbeitern der Beklagten 2012 kein Thema.

Mit Schreiben vom 1.6.2016 (./0) forderte der Klagevertreter von der Beklagten die Rückzahlung für sämtliche drei von den Klägern gekauften Fonds zuzüglich Zinsen, Steuern und abzüglich der empfangenen Ausschüttungen sowie Kosten in Höhe von EUR 37.162,62.

Bei Holland I wurde die Ausschüttung im Jahr 2011 eingestellt,

bei Deutschland II im Jahre 2013."

(Hervorhebungen durch das Berufungsgericht)

II. Parteivorbringen

Die **Kläger** beehrten mit der **am 29.8.2016** eingebrachten **Klage** Schadenersatz wegen falscher Anlageberatung sowie die Feststellung der Haftung der Beklagten. Die Beklagte habe sie weder über das Risiko von Totalverlusten und der Haftung noch über die lukrierten Innenprovisionen und den damit zusammenhängenden Interessenskonflikt informiert. Die Kläger treffe kein Mitverschulden, weil sie als Anleger keine Obliegenheit hätten, den Berater zu kontrollieren. Die Ansprüche seien nicht verjährt, weil erst die vom Klagevertreter erhaltenen Informationen eine Erkundigungsobliegenheit ausgelöst hätten. Die Kläger stellten zwar kein Zug um Zug Begehren, boten aber ausdrücklich an, an einer Rückübertragung der Beteiligungen mitzuwirken. Die begehrte Naturalrestitution sei möglich und tunlich.

Die **Beklagte** bestritt das Klagebegehren dem Grunde und der Höhe nach. Soweit im Berufungsverfahren noch relevant, wandte sie ein, dass ihr Mitarbeiter die Kläger umfassend aufgeklärt habe. Auch die Beitrittsunterlagen hätten die Kläger ausführlich informiert. Die Beklagte sei nach dem WAG 1996 nicht verpflichtet gewesen, auf die Innenprovisionen als übliches Vermittlungsentgelt hinzuweisen. Diese hätten keinen Interessenskonflikt für die Beklagte bewirkt. Die Kläger hätten ihren Schaden mangels kapitalerhaltender Alternativveranlagung nicht nachgewiesen. Die Kläger treffe ein massives Mitverschulden, weil sie die Beitrittsunterlagen nicht ausreichend studiert hätten. Außerdem wandte die

Beklagte Verjährung ein: Bereits die Übergabe der Beitrittsunterlagen 2005, 2006 und 2007, jedenfalls aber die Einstellung von Ausschüttungen im Jahr 2010, 2011 und 2013 hätten bei den Klägern zumindest eine Erkundigungspflicht ausgelöst. Das Urteilsbegehren sei unschlüssig bzw. um eine Zug-um-Zugverpflichtung zu ergänzen. Es fehle am Feststellungsinteresse. Durch das Leistungs- und das Feststellungsbegehren werde ein identischer Schaden doppelt zugesprochen.

III. Urteil erster Instanz

Das Erstgericht gab der Klage mit Ausnahme eines Zinsenmehrbegehrens statt. Es verneinte - ausgehend von der Trennungsthese - die Verjährung, weil die erstmalige Aufklärung über die Innenprovision 2014 erfolgt sei. Die Beklagte habe die Kläger vor der Anlageentscheidung nicht über das Bestehen von Innenprovisionen und Kick-back-Zahlungen aufgeklärt. Eine über das Agio hinausgehende Innenprovision sei auch aus den Unterlagen nicht erkennbar, in denen nur die gesamten Kapitalbeschaffungskosten ersichtlich seien. Der Einwand der Beklagten des mangelnden Verschuldens ziehe nicht, weil gemäß § 1013 ABGB jede Art von Zuwendung eine bestehende Treue- und Interessenwahrungsverpflichtung des Beauftragten beeinträchtigen könne. Es liege eine Interessenkollision vor, weil die Beklagte ohne Erhalt der Gesamtprovision den Vertrieb nicht vorgenommen hätte. Ein Mitverschulden treffe die Kläger wegen der Pflichtverletzung der Beklagten nicht. Bei der Schadensberechnung ging das Erstgericht von einer kapitalerhaltenden Alternativveranlagung aus, deren Höhe es nicht bestimmte. Das Feststellungsinteresse der

Kläger ergebe sich aus der Gefahr der Rückforderung von Ausschüttungen (§ 172 dHGB) und auflaufender Steuerberatungskosten. Die Zinsen aus Schadenersatz stünden erst ab der Geltendmachung, sohin ab 1.6.2016 zu. Das darüber hinausgehende Zinsenmehrbegehren sei daher abzuweisen. Zum Zug-um-Zug-Einwand der Beklagten: Die Kläger boten bereits in der Klage die Übertragung der Rechte aus den Treuhandschaften an, dieses Anbot könne durch einseitige Annahme der Beklagten angenommen werden.

B. Berufungen der Beklagten und der Kläger

Gegen den klagestattgebenden Teil des Urteils richtet sich die **Berufung der Beklagten (I.)** aus den Berufungsgründen der unrichtigen Beweiswürdigung, Mangelhaftigkeit des Verfahrens und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das Ersturteil abzuändern und die Klage abzuweisen. Hilfsweise stellt sie einen Aufhebungsantrag.

Gegen die Abweisung des Zinsenmehrbegehrens (Punkt 3 des Urteilsspruchs) richtet sich die **Berufung der Kläger (II.)** aus dem Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, dem Zinsenbegehren zur Gänze stattzugeben.

Die Streitteile beantragen, jeweils der Berufung der Gegenseite nicht Folge zu geben.

Die **Berufung der Beklagten ist nicht berechtigt**, jene **der Kläger** ist im Sinne eines Aufhebungsantrages **berechtigt**.

I. Berufung der Beklagten

I.1. Entscheidung des OGH vom 29.8.2019 1 Ob 78/19f

1. Zur Thematik Innenprovision hat der Oberste Gerichtshof jüngst zu 1 Ob 78/19f entschieden:

„1. Der Oberste Gerichtshof hat in mehreren, vergleichbare Anlagen betreffenden Entscheidungen klargestellt, dass eine Aufklärungspflicht betreffend die Innenprovision schon vor Inkrafttreten des WAG 2007 bestand. Über Innenprovisionen ist gesondert aufzuklären, wenn der Anleger - etwa weil er (wie im vorliegenden Fall) ohnedies ein Agio leistet - nicht davon ausgehen muss, ein Wertpapierberater werde zusätzlich noch Zahlungen von dritter Seite erhalten (RIS-Justiz RS0131382). Die Rechtswidrigkeit eines derartigen Aufklärungsmangels liegt im Verschweigen der damit in der Regel verbundenen Interessenkollision, die grundsätzlich unabhängig von der Höhe der Innenprovision besteht (1 Ob 137/18f mwN = RS0131382 [T5]).

Beide Kläger wurden vom beklagten Kreditinstitut nicht darüber aufgeklärt, dass dieses (zusätzlich zum vereinbarten Agio als Vermittlungsprovision) eine weitere Provision (Innenprovision) von 3,125 % aus dem von ihnen gezeichneten Beteiligungsnominale von der Emittentin erhielt. Die Kläger hätten ihre Beteiligung nicht gezeichnet, hätten sie von der zusätzlichen Innenprovision gewusst. In diesem Fall hätten sie das Geld kapitalerhaltend, nämlich auf einem Sparbuch, angelegt. Damit steht fest, dass die Verletzung der Aufklärungspflicht einen Schaden der Kläger verursachte. Zweck der im konkreten Fall verletzten Informationspflicht war die Aufklärung über eine allfällige Interessenkollision. Nach der zitierten

Rechtsprechung hätte die Beklagte den Erhalt einer Innenprovision gegenüber den Klägern offenzulegen gehabt, was sie nicht tat. Insofern besteht auch ihr Verschulden, weil sie nicht damit rechnen durfte, dass den Klägern die (zusätzliche) Innenprovision bewusst war, nachdem diese selbst zur Zahlung eines Entgelts (Agio) verpflichtet waren (vgl nur 2 Ob 99/16x).

2. Eine Interessenkollision wäre im konkreten Fall dann zu verneinen, wenn die Beklagte die strittigen Beteiligungen auch dann empfohlen hätte, wenn sie dafür keine Vergütungen vom Immobilienfonds erhalten hätte. Die Beweislast für diesen Umstand trifft sie (RS0131382 [T2, T3]).

Das Erstgericht hat dazu die Negativfeststellung getroffen, es könne nicht festgestellt werden, dass die Beklagte den Klägern die strittigen Beteiligungen auch dann empfohlen oder angeboten hätte, wenn sie dafür (abgesehen vom Ausgabeaufschlag von 5 % der Beteiligungssumme) keine zusätzliche Vergütung von 3,125 % der Beteiligungssumme von ihrem Vertragspartner erhalten hätte. Diese Negativfeststellung bekämpfte die Beklagte in der Berufung mit Beweisrüge, die das Berufungsgericht nicht behandelte, weil es davon ausging, der Beklagten stünde als Schädigerin im Zusammenhang mit dem von ihr zu erbringenden Nachweis des Nichtvorliegens einer Interessenkollision das reduzierte Beweismaß der bloß überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu. Das trifft - wie der Oberste Gerichtshof bereits zu 2 Ob 25/19v ([Punkt 1.2.]; zustimmend S. Schumacher in VbR 2019, 114 [Glosse zu 8 Ob 166/18x]) aussprach - nicht zu. Gründe für eine Beweiserleichterung sind nämlich nicht erkennbar. Das Regelbeweismaß der ZPO ist die hohe Wahrscheinlichkeit

(RS0110701). Ein die Herabsetzung des Beweismaßes allenfalls rechtfertigender Beweisnotstand liegt nicht vor, weil die Beklagte einen hypothetischen Willensentschluss in ihrer eigenen Sphäre zu beweisen hat. Sie kann sich daher ebensowenig auf ein herabgesetztes Beweismaß berufen wie ein Anleger, der seine (hypothetische) Anlageentscheidung (also ebenfalls einen Willensentschluss) nachzuweisen hat (9 Ob 26/14k [Punkt I.7.]; 6 Ob 98/15b [Punkt 4.]; 10 Ob 57/16d [Punkt 1.1.]; 6 Ob 59/17w [Punkt 2.]; RS0110701 [T15]). Das Berufungsgericht wird daher im fortzusetzenden Verfahren die Beweisrüge der Beklagten zu dieser Feststellung zu erledigen haben.

3. Sollte die genannte Negativfeststellung Bestand haben, wäre der Beklagten der ihr obliegende Beweis des Fehlens einer konkreten Interessenkollision nicht gelungen (vgl 1 Ob 137/18f). Zwar stellte das Erstgericht fest, dass der **Berater** der Beklagten keine Kenntnis von der Innenprovision hatte, jedoch ist dieser Umstand schon deshalb irrelevant, weil sich die fragliche Feststellung auf die beklagte **Bank** bezieht, die als Vertragspartnerin der Kläger - durch alle ihre Beschäftigten - dafür zu sorgen hat, dass ein Konflikt mit ihren eigenen Interessen vermieden wird. Die getroffene Negativfeststellung lässt also auch die Möglichkeit offen, dass andere Mitarbeiter etwa durch vertriebsfördernde Maßnahmen Einfluss auf die Beratungstätigkeit und damit auf die Anlageentscheidung des Kunden genommen haben (vgl 8 Ob 166/18x [Punkt 2.2]; 2 Ob 25/19v [Punkt 1.1.])
(...)"

I.2. Vorbemerkung

Das Berufungsgericht folgt nun in Anbetracht der umfangreichen Berufung zur leichteren Zuordnung der Struktur und Bezeichnung (arabische Ziffern) in der Berufung der Beklagten:

I.3. Rechtsrüge - Keine Ansprüche wegen Innenprovision

Ausgehend von den (bekämpften) Feststellungen „*Der Erstkläger hätte das Investment in Frage gestellt, hätte er gewusst, dass die Bank weitere 3% über das 5%ige Agio hinaus als Innenprovision erhält. **Wäre das Investment wie versprochen abgegangen, wäre ihm das aber auch egal gewesen.***“ bestreitet die Berufungswerberin die Kausalität der unterbliebenen Information für die falsche Anlageentscheidung.

Hier übersieht die Berufungswerberin, dass das Erstgericht klar festgestellt hat, dass der Erstkläger bei Aufklärung über die Innenprovision das Investment in Frage gestellt und die Veranlagung nicht vorgenommen hätte (siehe auch US 26).

Gleichzeitig stellt das Erstgericht zwar fest, dass (aus dem Zusammenhang erkennbar: - zeitlich später, daher nicht ex ante, sondern aus heutiger Sicht) die Kläger trotz fehlender Aufklärung bei der Verwirklichung der in Aussicht gestellten Entwicklung des angekauften Anlageproduktes die Innenprovision nicht thematisiert und offenbar keinen Prozess geführt hätten.

Wie die Berufungswerberin aber selbst richtig ausführt, ist für die Frage der Kausalität nur die ex ante-Betrachtung der Kläger relevant, sodass der zweite Satz, der eindeutig eine ex post-Betrachtung

beinhaltet, für die Kausalität irrelevant ist.

Daraus lässt sich jedenfalls nicht ableiten, dass sich der Erstkläger bei umfassender Information vor der Veranlagung über die Innenprovision bei allen drei Produkten dennoch für die Investition bzw. die Weiterempfehlung an seine Frau entschieden hätte.

I.4. Beweisrüge zur Kausalität der Innenprovision

Die beklagte Partei bekämpft folgende Feststellungen:

„Der Erstkläger hätte nicht gekauft, weil ihm das Risiko zu groß erschienen wäre, wenn mehr Provisionen gezahlt (richtig: bezahlt) würden. (US 21, vorletzter Absatz)

Der Erstkläger hätte das Investment in Frage gestellt, hätte er gewusst, dass die Bank weitere 3% über das 5%ige Agio hinaus als Innenprovision erhält. (US 23, drittletzter Absatz)

Die Kläger hätten bei Kenntnis, dass über das vereinbarte Agio hinaus Innenprovisionen bezahlt würden, die Veranlagung nicht vorgenommen.“ (US 26, Mitte)

Die beklagte Partei beantragt folgende Ersatzfeststellungen:

„Die Kläger hätten die Innenprovision als Kostenfaktor für die Kapitalbeschaffung akzeptiert. Die Kläger wären damit einverstanden gewesen, dass die beklagte Partei von den Nebenintervenientinnen neben dem Agio zusätzlich die Innenprovision erhält; sie hätten die Beteiligungen auch bei Kenntnis der Innenprovision erworben.“

Dazu begehrt sie noch folgende Eventualfeststellung:

„Es kann nicht festgestellt werden, dass die Kläger bei mündlicher Information über die Innenprovision der beklagten Partei die Beteiligungen nicht erworben hätten.“

Die Ersatz- und Eventualfeststellungen ergäben sich aus der Aussage des Erstklägers, den Allgemeinen Informationen zum Anlagegeschäft ./23 und Fact-Sheets ./74.

Der Erstkläger sei unglaubwürdig und die Beweiswürdigung des Erstgerichts nicht lebensnah. Unter Heranziehung einzelner Aussagen des Erstklägers verweist die Berufungswerberin darauf, dass dem Erstkläger die Innenprovision egal gewesen sei. Dies gelte auch für die Zweitklägerin, deren Aussage das Erstgericht nicht gewürdigt habe.

Zur Beweisrüge:

Das österreichische Zivilprozessrecht ist vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung beherrscht. Das Gericht hat unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse der gesamten Verhandlung und Beweisführung nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine tatsächliche Angabe für wahr zu halten ist oder nicht (§ 272 Abs 1 ZPO). Vom Richter wird die Überzeugung verlangt, hinsichtlich einer tatsächlichen Angabe sei ein solcher Wahrscheinlichkeitsgrad erreicht, der es unter Berücksichtigung seiner persönlichen Lebenserfahrung, des von ihm erworbenen Spezialwissens und des durchschnittlichen Erfahrungs- und Wissensschatzes verständiger Menschen unseres Lebenskreises rechtfertigt, als Richter die fragliche Tatsache für wahr zu halten (*Rechberger in Fa-*

sching/Konecny, ZPO² § 272 Rz 5).

Es gehört zum Wesen der freien Beweiswürdigung, dass sich der Richter für eine von mehreren widersprechenden Darstellungen aufgrund seiner Überzeugung entscheidet, dass diese mehr Glaubwürdigkeit beanspruchen kann (RIS-Justiz RS0043175). Die Beweiswürdigung kann vielmehr nur dadurch erfolgreich angefochten werden, dass stichhaltige Gründe gegen deren Richtigkeit ins Treffen geführt werden. Die gesetzmäßige Ausführung der Beweisrüge erfordert, dass der Rechtsmittelwerber darlegt, welche konkrete Feststellung bekämpft wird, aufgrund welcher unrichtigen Beweiswürdigung sie getroffen wurde, welche Feststellung begehrt wird und aufgrund welcher Beweisergebnisse und Erwägungen diese zu treffen gewesen wäre (*E. Kodek in Rechberger*, ZPO⁴ § 471 Rz 8 mwN; RIS-Justiz RS0041835).

Der bloße Umstand, dass nach den Beweisergebnissen allenfalls auch andere Feststellungen möglich gewesen wären oder dass es punktuell einzelne Beweisergebnisse gibt, die für den Prozessstandpunkt der Beklagten sprechen, reicht noch nicht aus, die Unrichtigkeit oder die Bedenklichkeit der Beweiswürdigung aufzuzeigen (RIS-Justiz RES0000012).

Das Erstgericht ging von der glaubwürdigen Aussage der Kläger, wobei die Aussage des Erstklägers in Übereinstimmung mit der Zweitklägerin zur Durchführung der Veranlagung erfolgte, aus. In der Beweiswürdigung setzte es sich durchaus differenziert mit der Darstellung des Erstklägers auseinander und stufte diesen als im Wertpapiergeschäft unerfahrenen Anleger ein, der dem Kundenberater des eigenen Instituts, bei dem er (vormals) als Kassier tätig war, vollständig

vertraute. Das Erstgericht erkannte hiebei sehr wohl, dass sich dieser im Zuge der Einvernahme zu allgemein bekannten Bankbegriffe zunehmend unwissender gab. Dennoch stufte das Erstgericht, das den unmittelbaren Eindruck von den Klägern gewann, insbesondere den Erstkläger zur Frage des Verhaltens bei Kenntnis der Innenprovision, zur Alternativveranlagung als glaubwürdig ein.

Zur Veranlagung der Kläger steht unbekämpft fest, dass sich die Zweitklägerin voll auf den Erstkläger verließ, mit dessen Handlungen einverstanden war und sie lediglich nach dessen Beratung Unterschriften leistete. Ferner, dass die weiteren Käufe des Erstklägers und der Zweitklägerin ohne gesonderte Beratung, jedoch nach Übergabe der mit Holland 57 inhaltlich weitgehendst identen Unterlagen erfolgten.

Das Erstgericht legte ausführlich dar, warum die Aussagen der Kläger - soweit sie den Feststellungen zugrunde gelegt wurde - in Zusammenhang mit der Aussage des Beraters nachvollziehbar und plausibel erscheinen.

Ein Widerspruch zwischen der Beweiswürdigung und der zu I.3. bekämpften Feststellung liegt nicht vor. Zur ex ante/ex post Betrachtung wird auf I.3. verwiesen.

Entgegen den Ausführungen der Berufungswerberin ergibt sich aus der sehr differenzierten Beweiswürdigung des Erstgerichts eben nicht eine zur Gänze unglaubwürdige Aussage des Erstklägers. Richtig ist, dass der Erstkläger im Zuge seiner sehr ausgedehnten Vernehmung verschiedenste Nuancen ausgesagt hat. Wenn die Berufungswerberin nunmehr ausschließlich die zu ihren Gunsten (überdies noch um das Wort Innenprovision

anstelle von "das" ergänzt) herausnimmt, ist das nicht geeignet, den persönlichen Eindruck des Erstgerichts samt der ebenfalls möglichen festgestellten Version zu widerlegen. Die Innenprovision wäre dem Erstkläger ex post - wenn alles gut gegangen wäre - egal gewesen.

Bei einer richtigen Beratung über die Innenprovision überzeugt aber die Aussage des Erstklägers, wonach er "in Anbetracht der Provisionszahlungen, das auch nicht gekauft hätte" (ON 16 Seite 3), "Ich habe nicht gewusst, dass die Bank noch zusätzliche Leistungen erhält. Hätte ich gewusst, dass die Bank noch weitere drei Prozent erhält. Bzw. Vier, hätte ich gesagt, nein, wir sind ja nicht beim Gemüsehandel." (ON 16 und ON 22 Seite 11). "... 5 % Prozent, jedes Prozent mehr hätte ich nicht unterschrieben." (ON 23 Seite 2).

Dies wird auch durch die Zweitklägerin bestätigt: "Hätte ich gewusst, dass die Bank nicht eine Provision von 5 %, sondern 8% kriegt, hätte ich gesagt, machen wir das nicht." (ON 23 Seite 5)

Ausgehend von der Aussage des Erstklägers "Desto mehr damit zu tun haben, desto schwieriger erscheint mir das Produkt." (ON 23 Seite 4), erscheint die Skepsis des Erstklägers am angebotenen Produkt nachvollziehbar. Eine korrekte Aufklärung hätte beinhaltet, dass offengelegt wird, dass die Emittentin die Provision zahlt und hätte damit auch für einen unerfahrenen Anleger dargelegt, dass die Beklagte selbst ein Interesse am Verkauf dieses Produkts hat.

Die Ausführungen der Berufungswerberin überzeugen das Berufungsgericht nicht. Das Berufungsgericht legt diese Feststellungen dem weiteren Verfahren zugrunde (§ 498

ZPO).

Die beantragten Ersatzfeststellungen in diesem Punkt wurden „aus anwaltlicher Vorsicht“ auch im Zuge der unrichtigen rechtlichen Beurteilung als sekundäre Feststellungsmängel geltend gemacht.

Die Feststellungsgrundlage ist nur dann mangelhaft, wenn Tatsachen fehlen, die für die rechtliche Beurteilung wesentlich sind, und sie Umstände betrifft, die nach dem Vorbringen der Parteien und den Beweisergebnissen des Verfahrens zu prüfen waren (RIS-Justiz RS0053317).

Da das Erstgericht zum angesprochenen Themenkreis Feststellungen getroffen hat, liegen die behaupteten sekundären Feststellungsmängel nicht vor.

I.5. Rechtsrüge - Mangelndes Verschulden - Ausschluss der Haftung gemäß § 1304 ABGB

Die Berufungswerberin moniert, dass ein Verschulden der Beklagten ausgeschlossen sei, weil der Erstkläger den Kundenbetreuer über sein fehlendes Verständnis über die Anlageform der Beteiligung getäuscht und damit dem Berater Straka die Möglichkeit genommen habe, diesen verständlich aufzuklären.

Das Erstgericht hat den Sachverhalt primär zur Fehlberatung betreffend die Innenprovision überprüft. In diesem Punkt geht die angebliche Täuschung durch den Kläger über das fehlende Verständnis der Anlageform der Beteiligung ins Leere, weil Straka angab, im Zuge seiner Einvernahme erstmals über die Innenprovision informiert worden zu sein. Selbst die Offenlegung durch die Kläger zum fehlenden Verständnis über die

Anlageform hätte zu keiner Information zur Innenprovision führen können.

Entgegen der Ansicht der Berufungswerberin ist von einer verschuldeten mangelhaften Beratung der Kläger auszugehen. Ebenso wenig ist ein Mitverschulden der Kläger anzunehmen, wie in Punkt I.14. näher ausgeführt wird.

I.6. Rechtsrüge - Keine Haftung mangels Fehlberatung über die Beteiligungen

Die Berufungswerberin rügt fehlende Feststellungen darüber, dass die Beteiligungen nicht den Vorstellungen und Anlagewünschen der Kläger entsprachen bzw. sie für ihre Anlageentscheidung relevante Informationen nicht gehabt hätten. Die Kläger hätten mit den Beteiligungen eine geeignete Veranlagung erworben, weil für die Beteiligungen die von den Klägern gewünschte Rendite prognostiziert gewesen sei. Über Aspekte und Risiken, welche für die Entscheidung des Anlegers bedeutungslos seien, müsse ein Anleger auch nicht aufgeklärt werden. Die empfohlenen Beteiligungen seien für die Kläger geeignet gewesen. Es liege keine Fehlberatung vor. Es sei eine Aufklärung durch Übergabe der Beitrittsunterlagen erfolgt.

Hier übersieht die Berufungswerberin, dass das Erstgericht die Haftung auf die fehlende Aufklärung zur Innenprovision stützte.

I.7. Rechtsrüge zur Innenprovision

Aufgrund der Feststellung "Die Beklagte war der Meinung, dass gemäß geltenden Recht Innenprovisionen nicht offenzulegen wären." sei ein Verschulden der

Beklagten ausgeschlossen. Damit beruft sie sich der Sache nach auf einen ihr unterlaufenen Rechtsirrtum.

Auf die Unkenntnis des Gesetzes kann sich die Beklagte nicht stützen (§ 2 ABGB; RIS-Justiz RS0008652), die Umstände des Beratervertrages waren ihr definitiv bekannt. Auch vor Inkrafttreten des WAG 2007 hatte ein Anlageberater den Anleger auf ihm von dritter Seite zufließende Provisionen hinzuweisen, wenn der Anleger – etwa wegen der Verrechnung eines Ausgabeaufschlags durch den Berater – nicht mit solchen (weiteren) Zahlungen und der damit verbundenen Gefahr einer Interessenkollision rechnen musste. Eine Verletzung dieser Pflicht begründet den Anspruch auf Ersatz des im Erwerb einer nicht gewünschten Anlage liegenden Schadens (RIS-Justiz RS0131382).

Ein Rechtsirrtum ist aber jedenfalls dann vorwerfbar, wenn sich der Täter mit den einschlägigen Vorschriften nicht bekannt gemacht hat, obwohl er nach seinem Beruf, seiner Beschäftigung oder sonst den Umständen nach dazu verpflichtet gewesen wäre (RIS-Justiz RS0118363 [T1]). Der der Beklagten als Kreditinstitut unterliegende Rechtsirrtum ist daher vorwerfbar.

Zur Thematik Innenprovision kann auf die Rechtsprechung des OGH verwiesen werden, u.a. insbesondere auf 1 Ob 78/19f mwN. Diese Entscheidung, der ein vergleichbarer Sachverhalt zu Grunde liegt, ist auch für dieses Verfahren wegweisend.

I.7.2. Sekundäre Feststellungsmängel zum Interessenkonflikt - Konkrete Empfehlung maßgeblich

Die Berufungswerberin führt aus, es sei für die Beurteilung des Gemeinschaftsrechtswidrigkeit die

Motivation des Zeugen Straka entscheidend. Die Feststellung zu Kenntnis und Motiv desselben fehle. Das Erstgericht hätte den Rechtswidrigkeitszusammenhang verneinen müssen.

Der Wissensstand und das Motiv des einzelnen Kundenbetreuers ist irrelevant, weil die mögliche Interessenkollision und die daraus folgende Aufklärungspflicht die Bank trifft (8 Ob 166/18x, 2 Ob 25/19v Punkt 1.1, 1 Ob 78/19f Punkt 3).

I.7.3. Sekundäre Feststellungsmängel - Kein Interessenkonflikt

Nach Ansicht der Berufungswerberin hätte das Erstgericht die folgenden Feststellungen treffen müssen:

„Die beklagte Partei hat mit der Vermittlung der Beteiligungen in den Jahren 2002 bis 2010 EUR 3,25 Mio. an Innenprovision lukriert, wobei dies nur 0,12% der Gesamterträge von rund EUR 2.778 Mio. bzw. 0,44% der Provisionserträge von rund EUR 738 Mio. ausmacht.

Die beklagte Partei hätte mit der Vermittlung von anderen Veranlagungen („Produkten“) höhere Entgelte („höhere Provisionen“) als bei den Beteiligungen erzielen können; beispielsweise sind die Raiffeisen-Investmentfonds mit einem Entgelt bis zu 17% über 10 Jahre verbunden.

Bei der beklagten Partei sind Investmentfonds (Wertpapierfonds) die häufigste Veranlagungsform, die Kunden tätigen. Rund 50% des Depotvolumens ist in Investmentfonds (Wertpapierfonds) veranlagt.

Hätte die beklagte Partei ein Interesse an möglichst hohen Entgelten gehabt, hätte sie die Beteiligungen

anderer Emittenten, die ihren Vertriebspartnern eine wesentlich höhere Innenprovision bezahlt haben, vermitteln müssen. Beispielsweise wurde der beklagten Partei auch die Vermittlung von HCI-Beteiligungen mit einer Innenprovision von bis zu 7% zusätzlich zum Agio von 5% angeboten. Die beklagte Partei hat die Vermittlung von HCI-Beteiligungen aber abgelehnt, weil ihrer Beurteilung nach die von MPC und Lloyd emittierten geschlossenen Fonds besser strukturiert waren. Andere Emittenten wie Dr. Peters haben (zusätzlich zum Agio von 5%) sogar eine Innenprovision von 8,9% an die Vermittler bezahlt.

Die beklagte Partei erhielt für die Vermittlung der Beteiligungen keine Bestands- oder Folgeprovisionen.“

Dies ergäbe sich jeweils aus konkret genannten Belegstellen für die Aussagen der Zeugen Mag. Schoder und Dr. Cowling sowie aus konkret bezeichneten Urkunden.

Die behaupteten Feststellungsmängel liegen nicht vor, weil das Erstgericht zum Themenkomplex „Interessenkonflikt wegen Innenprovision“ Feststellungen getroffen hat (US 26). Mit der Behauptung fehlender Feststellungen bekämpft sie in Wahrheit die Beweiswürdigung zu diesen Feststellungen. Diese Ausführungen werden der Beweisrüge zu I.8. zugeordnet.

Soweit die Berufungswerberin eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens, insbesondere in Punkt I.7.2.6 und 7.3.4 der Berufung, behauptet, unterlässt sie es, eine solche darzustellen.

I.7.4. Rechtsrüge - Keine Aufklärungspflicht aufgrund der Entgeltflüsse

Die Berufungswerberin führt aus: Da die Kläger das Agio an die Emittentinnen gezahlt hätten, hätten sie selbst kein Entgelt für die Beratung und Vermittlung der Veranlagungen an die beklagte Partei bezahlt. Daher sei eine Pflicht zur Information über die Innenprovision nach dem OGH-Urteil 2 Ob 99/16x ausgeschlossen.

Aber auch wenn der Anleger Kenntnis davon habe, dass der Anlageberater das Agio erhalte (welches er an die Emittentin gezahlt habe, was der Anleger wisse, weil er das Agio an die Emittentin gezahlt habe), bedürfe es keiner Information des Anlegers darüber, dass der Anlageberater noch ein weiteres Entgelt von der Emittentin bzw. deren Vertriebspartner erhalte. Der Anleger könne nämlich nicht den Schluss ziehen, dass sein Anlageberater von der Emittentin bzw. deren Vertriebspartner kein weiteres Entgelt erhalten würde.

Bei der Frage, ob die Beklagte die Beteiligungen auch ohne Innenprovisionen in ihr Portfolio aufgenommen hätte, handle es sich um einen fiktiven Geschehensablauf; deshalb sei das Beweismaß erheblich reduziert. Auch die Feststellung eines Unterlassens führe zu einem reduzierten Beweismaß. Ein reduziertes Beweismaß hätte zu einer Klageabweisung geführt.

Allerdings verneint der OGH in Fällen wie dem hier zu beurteilenden Sachverhalt eine Herabsetzung des Beweismaßes, wie sich aus der oben wiedergegebenen Entscheidung 1 Ob 78/19f ergibt.

I.8. Beweistrüge zur Vermittlung ohne Innenprovision

Die beklagte Partei bekämpft folgende Feststellungen:

„Es kann nicht festgestellt werden, dass die Beklagte geschlossene Immobilienfonds auch vertrieben hätte, hätte sie keine Innenprovision über das Agio hinaus erhalten.“(US 26 vorletzter Absatz)

Die beklagte Partei beantragt - neben den unter Punkt I.7.2.3 und 7.3.2 begehrten - folgende Ersatzfeststellungen:

„Die beklagte Partei hätte Beteiligungen an geschlossenen Fonds auch dann in ihr Produktportfolio aufgenommen und vertrieben, wenn sie keine über das Agio hinausgehende Provision erhalten hätte.“

Dies ergäbe sich aus der Aussage der Zeugen Mag. Schoder und Straka unter Angabe konkreter Belegstellen.

Entgegen der Behauptung der Berufungswerberin gelangt ein reduzierter Beweismaßstab nicht zur Anwendung (1 Ob 78/19f).

Die Berufung verweist auf die Aussage des Zeugen Mag. Schoder, wonach den Mitarbeitern keine Vorgaben gemacht worden seien, sowie auf das fehlende Wissen über die Innenprovision von Straka. Daraus leitet sie ab, dass die Innenprovision keine entscheidende Rolle gespielt habe. Dies erscheint jedoch zu kurz gegriffen: Nach der Rechtsprechung zum Interessenkonflikt geht es nicht um den einzelnen Berater, sondern um die Stellung der Bank. Eine Interessenkollision wäre im konkreten Fall dann zu verneinen, wenn die Beklagte die strittigen Beteiligungen auch dann empfohlen hätte, wenn sie dafür (abgesehen vom offen gelegten Ausgabeaufschlag) keine Vergütungen von ihrem Vertriebspartner erhalten hätte. In diesem Fall wäre

kein unzulässiges besonderes Eigeninteresse der Beklagten am Vertrieb (gerade) dieser Beteiligung vorgelegen (RIS-Justiz RS0131382[T2]).

Entgegen der Ansicht der Beklagten steht dieser Feststellung sehr wohl die unbekämpfte Feststellung des Erstgerichts entgegen, wonach der Berater Konkurrenzprodukte ohne Betriebsvereinbarung (Vertriebsvereinbarung) und somit mit vereinbarter Innenprovision nicht hätte anbieten können. Die Negativfeststellung des Erstgerichts ist in Zusammenhalt mit den unbekämpften Feststellungen nachvollziehbar und unbedenklich.

I.9. Rechtsrüge - Schaden

Ausgehend von der Feststellung „In diesem Falle hätten sie alternativ in ihr Gartenhaus investiert oder das Geld auf ein Sparbuch gelegt.“ (US 26 Mitte) sei der Schaden nicht nachgewiesen. Da die rechtliche Beurteilung, dass der Kapitalerhalt durch die festgestellte Alternativveranlagung Bausparvertrag oder Gold sowie Investition in ihr Gartenhaus anzunehmen sei (US 30 oben), sei unrichtig und widersprüchlich. Das Erstgericht habe nämlich weder einen Bausparvertrag noch Gold als Alternativveranlagung festgestellt.

Aufgrund dieser Feststellungen sei ein Kapitalerhalt und damit ein Schaden ausgeschlossen. Es sei unklar geblieben, wie die Kläger die in die Beteiligungen veranlagten Beträge alternativ verwendet hätten. Bei einer Investition in das Gartenhaus, welche ebenso wahrscheinlich wie die Veranlagung auf einem Sparbuch sei, wäre kein Kapitalerhalt gegeben. Es sei gerichtsnotorisch, dass Investitionen in ein Gartenhaus an Wert

verlieren. Hätten die Kläger beispielsweise Malerarbeiten durchgeführt, wären diese nach zehn Jahren wertlos, weil der Anstrich erneuert werden müsse. Ein Werterhalt sei jedenfalls ausgeschlossen, weil es keine Feststellungen zur Art der Investition und auch kein diesbezügliches Vorbringen der Kläger gebe.

Zudem habe das Erstgericht zum Sparbuch nur festgestellt, dass in den Jahren 2006 und 2007 eine Veranlagung auf einem Sparbuch erfolgt wäre. Es habe aber nicht festgestellt, dass das Guthaben bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz auf dem Sparbuch auch verblieben wäre, also insbesondere nicht, dass die Kläger das Guthaben nicht behoben und verbraucht hätten.

Zu diesem Vorbringen wird sogleich unter I.10. Stellung genommen werden.

I.10. Beweisrüge - Schaden

Die beklagte Partei bekämpft folgende Feststellung:

„In diesem Falle hätten sie alternativ in ihr Gartenhaus investiert oder das Geld auf ein Sparbuch gelegt.“
(US 26 Mitte)

Die beklagte Partei beantragt folgende Feststellungen:

„Es kann nicht festgestellt werden, welche Veranlagung die Kläger anstatt der prozessgegenständlichen Beteiligungen erworben hätten. Der (gemeint Die) Kläger hätten alternativ jedenfalls Veranlagungen mit einem prognostizierten Ertrag in derselben Höhe und damit auch mit einem ähnlichen (Total-)Verlustrisiko erworben sowie einen Kapitalverlust erlitten, wobei nicht festgestellt

werden kann, wie hoch der Kapitalverlust ist."

Die Berufungswerberin beruft sich auf die ./21 und ./22 sowie die Aussage des Erstklägers.

Allerdings gibt die Berufungswerberin die Aussage des Erstklägers aus dem Zusammenhang gerissen und nur bruchstückhaft wieder. Der Erstkläger gab an, dass das Geld für die Abfertigung zunächst noch am Konto verblieben und dann ein Bausparvertrag abgeschlossen worden wäre. Dann stellt der Erstkläger offensichtlich Überlegungen an, was man noch machen hätte können und was er gemacht hat. Er besaß ein paar Aktien und 100g Gold im Wert von EUR 4.000,-- (ON 16 Seite 8). Richtig ist, dass der Kläger auch in Aktien - aber nicht über Straka - investierte und dadurch, dass er über diese in der Bank einen direkten Einblick nehmen konnte, den Eindruck hatte, diese sofort bei Sinken abgeben zu können. Es hatte ihm niemand in Bezug auf Aktien gesagt, dass es einen Totalverlust geben könnte (ON 23 Seite 3). Die aus ./21 belegten Aktienzugänge im Zeitraum 2006 bis April 2007 (der Zeitraum der Erwerbe der Beteiligungen durch den Erstkläger) bewegen sich zwischen rund EUR 2.500,-- und knapp über EUR 7.000,--, wobei der Erstkläger offenbar nur Aktien im Wert von etwa max EUR 7.000,-- in diesem Zeitraum besaß, weil er die anderen bereits wieder mit einem Gewinn verkauft hatte. Genau diese Größenordnung gab der Erstkläger auch in seiner Einvernahme an. Die von der Berufungswerberin behauptete Größenordnung der Aktienkäufe im relevanten Zeitraum ist daher nicht zuordenbar.

Zum Gartenhaus sagte der Erstkläger, dass er ein Gartenhaus zu betreuen habe. Die immer wieder aufzuwendenden Kosten wollte er allerdings mit den Erträgen aus

der Goldveranlagung abdecken. Dies ergibt sich daraus, dass er unmittelbar davor über seine Goldveranlagung mit Minimalbeträgen spricht (ON 23 Seite 7).

Die Beurteilung des Erstgerichtes, wonach der Erstkläger - abgesehen von zwei betragsmäßig abgegrenzten Bereichen (Gold EUR 4.000,--, Aktien EUR 7.000,--) - kapitalerhaltend mit seiner Abfertigung umgehen wollte, erscheint daher nachvollziehbar. Die von der Berufungswerberin behauptete generell hohe Risikobereitschaft des Erstklägers und dass er als spekulativer Anleger einzustufen sei, teilt das Berufungsgericht nicht.

Das Berufungsgericht übernimmt daher die Feststellung des Erstgerichts mit der Einschränkung, dass die Feststellung zu lauten hat: *„In diesem Falle hätten sie das Geld auf ein Sparbuch gelegt.“*, da sich ein Investment ins Gartenhaus aus der Aussage des Erstklägers nicht ergibt (RIS-Justiz RS0043057 [T4]). Präzise hat der Erstkläger auch von einem Bausparvertrag gesprochen, ein solcher kann aber unter dem Oberbegriff „Sparbuch“ subsumiert werden.

Es werden daher die Feststellungen des Erstgerichts im dargestellten eingeschränkten Umfang als Ergebnis einer nachvollziehbaren Beweiswürdigung übernommen.

Zu den Punkten I.9 und 10. ist aus rechtlicher Sicht auszuführen, dass der Beweis der hypothetischen Alternativenanlage nur entscheidend ist, wenn der Geschädigte bei der Beratung bereits einen vorgefassten Anlageentschluss hatte (4 Ob 67/12z). Im vorliegenden Fall geht das Erstgericht von keinem vorgefassten Anlageentschluss aus, weil sich der Berater an den Erstkläger wandte. Da sich der hypothetische Verlauf nie mit letz-

ter Sicherheit feststellen lässt, genügt die überwiegende Wahrscheinlichkeit, dass der Schaden auf das Unterlassen des pflichtgemäßen Handelns zurückzuführen ist (RIS-Justiz RS0022900, 4 Ob 67/12z mwN). Zutreffend ist, dass der Oberste Gerichtshof dem Anleger die Behauptungs- und Beweislast dafür überträgt, was er mit seinem Geld gemacht hätte, wenn er nicht auf jene Weise investiert hätte, die er nun als das Ergebnis einer Fehlberatung darstellt, es sei denn, es stehe fest, dass der Kläger anstelle der vorliegenden Investitionen gar nicht investiert hätte (grundlegend 4 Ob 67/12z). In dieser Entscheidung hat der Oberste Gerichtshof auch dargelegt, dass der Anleger den Eintritt des Schadens nur „plausibel“ zu machen habe.

Es liegt in der Natur der Sache, dass ein Anleger, der auf die Angaben des Anlageberaters vertraut hat, im Nachhinein häufig nicht ganz konkret angeben kann, welche andere Vermögensanlage er gewählt hätte, wenn er sich nicht für das ihm vorgeschlagene Anlageprodukt entschieden hätte. Im Nachhinein wird er regelmäßig nur in der Lage sein, eine gewisse „Gruppe“ von möglichen Anlageprodukten, etwa im Sinn einer bestimmten „Risiko-klasse“ zu nennen, die seinen Anlagezielen entsprochen hätte und aus der er letztlich häufig nach den Empfehlungen des Beraters ein konkretes ausgewählt hätte.

In Fällen, in denen konkrete Angaben des Anlegers und Feststellungen zur alternativen „Anlageart“ nur schwer möglich sind, reicht es aus, festzustellen, für welche Anlageart sich der Geschädigte bei ordnungsgemäßer Beratung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit entschieden hätte. Maßgebend für den Schadenersatzanspruch [in Geld] ist dann die typische Entwicklung solcher An-

lagen, wobei Ausreißer nach oben und unten unbeachtlich sind; gegebenenfalls kann auf § 273 ZPO zurückgegriffen werden (RIS-Justiz RS0030153 [T41][T42]).

Die Kläger konnten entgegen der Ansicht der Berufungswerberin den Schadenseintritt beweisen. Es steht sowohl fest, dass der Erstkläger eine Veranlagung ohne zusätzliche Provisionen wollte, als auch, dass er aufgrund des Beratungsgesprächs davon ausging, dass es sich bei den Ausschüttungen um Renditen und Zinsen handelt. Weiters verstand der Erstkläger nicht, dass ein Kapitalverlust möglich sei, wenn auch laut Straka ein Totalverlust unwahrscheinlich sei. Ihm war nicht bewusst, dass Bilanzverluste geplant waren und dennoch Ausschüttungen erfolgen sollten. Aus den Angaben des Erstklägers lässt sich ableiten, er hätte kapitalerhaltend investiert. Hingegen liegen keine Beweisergebnisse dafür vor, dass der Kläger alternativ das veranlagte Geld in nicht kapitalerhaltende Produkte investiert hätte.

I.11. Unglaubwürdigkeit der Kläger

Hiezu wird auf die Ausführungen zur Beweisrüge in Punkt I.10. verwiesen.

I.12. Rechtsrüge - Verjährung

Die Beklagte hält alle Ansprüche der Kläger für verjährt, weil diese zu verschiedenen konkret benannten Zeitpunkten bereits unerwünschte Aspekte des Anlageprodukts erkennen hätten können und sie daher zumindest eine Erkundigungspflicht getroffen habe. Außerdem stellen sie die Richtigkeit der vom OGH vertretenen Trennungsthese in Frage (I.12.1.4).

Zur Verjährung

Im Fall einer fehlerhaften Anlageberatung liegt der Primärschaden bereits darin, dass sich das Vermögen des Anlegers anders zusammensetzt, als es bei pflichtgemäßem Verhalten des Beraters der Fall wäre. Ein Schaden ist also schon durch den Erwerb des in Wahrheit nicht gewollten Finanzprodukts eingetreten (RIS-Justiz RS0129706; RS0022537 [T22, T24]).

Die dreijährige Verjährungsfrist nach § 1489 ABGB beginnt aber erst zu laufen, wenn der Geschädigte sowohl den Schaden, die Schadensursache als auch den Schädiger so weit kennt, dass eine Klage mit Aussicht auf Erfolg erhoben werden kann (RIS-Justiz RS0034524, RS0034374, RS0034951, RS0034686).

Der Geschädigte darf sich zwar nicht einfach passiv verhalten (RIS-Justiz RS0065360). Wenn er die für die erfolgversprechende Anspruchsverfolgung notwendigen Voraussetzungen ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung bringen kann, gilt die Kenntnisnahme schon als in dem Zeitpunkt erlangt, in dem sie ihm bei angemessener Erkundigung zuteil geworden wäre (RIS-Justiz RS0034327, RS0034335). Diese Erkundigungsobliegenheit darf aber nicht überspannt werden (RIS-Justiz RS0034327 [T6]). Sie setzt deutliche Anhaltspunkte für einen Schadenseintritt im Sinn konkreter Verdachtsmomente voraus, aus denen der Anspruchsberechtigte schließen kann, dass Verhaltenspflichten nicht eingehalten wurden (RIS-Justiz RS0034327 [T42]).

Muss der Geschädigte jedoch bestimmte Umstände nicht als wahrscheinlich betrachten, so beginnt für die dadurch bedingten Schäden die Verjährungsfrist erst mit deren positiver Kenntnis zu laufen (RIS-Justiz

RS0034378). Relevanter Zeitpunkt für den Beginn des Laufs der Verjährungsfrist im Anlegerprozess ist daher jener Moment, in dem sich herausstellt, dass die erworbene Anlage die gewünschte Eigenschaft nicht erfüllt (6 Ob 90/15a, Pkt 1). Dies ist etwa der Fall, wenn der Anleger erkennt, dass er anstelle eines risikolosen ein Kursschwankungen unterworfenen Wertpapier erworben hat (10 Ob 39/11z); dass mit einer Nettorendite von bloß 5 bis 5,5 % anstelle der zugesagten mindestens 6,5 % zu rechnen ist (7 Ob 18/13t); oder dass ein aus einer Kombination von Fremdwährungskrediten mit verschiedenen Tilgungsträgern bestehendes Gesamtkonzept nicht im zugesagten Ausmaß risikolos ist (5 Ob 177/15p).

In gewissem Umfang wird aber dann eine Erkundigungsobliegenheit angenommen, wenn der Geschädigte die für die erfolgversprechende Anspruchsverfolgung notwendigen Voraussetzungen ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung bringen kann. Sie setzt regelmäßig deutliche Anhaltspunkte für einen Schadenseintritt voraus. Es braucht konkrete Verdachtsmomente, aus denen der Anspruchsberechtigte schließen kann, dass Verhaltenspflichten nicht eingehalten wurden.

Nach der Rechtsprechung kann sich der Anleger nicht darauf berufen, dass er ihm übersandte Mitteilungen, aus denen sich weitere Erkundungsobliegenheiten ergeben, nicht gelesen habe. Maßgebend ist danach der Zugang solcher Mitteilungen, nicht deren konkrete Kenntnisnahme. Anderes gilt allerdings in Bezug auf übersandte Geschäftsberichte, wenn zu deren genauer Lektüre ein Anleger aufgrund der Umstände des Einzelfalls bei Fehlen von Anhaltspunkten für eine Fehlberatung keinen Anlass hatte. Wann im Einzelfall eine Erkundigungsob-

liegenheit entsteht, hängt ganz von den konkreten Umständen ab (6 Ob 118/16w mwN). Anleger, die ihnen übermittelte Unterlagen ignorieren und damit jede Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten vermissen lassen, sollen nicht besser gestellt sein als solche, die diese Unterlagen lesen (10 Ob 58/16a).

Nach der sogenannten Trennungsthese ist dabei die Verjährung für jeden Beratungsfehler getrennt zu beurteilen, wenn bei mehreren spezifischen Risiken jeweils eine gesonderte Verletzung von Aufklärungspflichten in Betracht kommt (stRsp; so ausdrücklich 1 Ob 112/17b unter Hinweis auf 3 Ob 112/15i, 5 Ob 133/15t, 10 Ob 70/15i, 2 Ob 99/16x).

Nach der Entscheidung 5 Ob 133/15t sprach der OGH aus, dass die Aufklärung über das Totalverlustrisiko in Bezug auf eine Beteiligung an einer deutschen Kommanditgesellschaft bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise die Aufklärung über die Rückforderbarkeit von aus der Substanz geleisteten Ausschüttungen nach deutschem Handelsrecht mitumfasse.

In der Entscheidung 6 Ob 118/16w ist das Unterbleiben einer erforderlichen Aufklärung über „Weichkosten“ im Verhältnis zum Risiko des Totalverlusts grundsätzlich nicht als eigener abgrenzbarer Aufklärungsfehler zu qualifizieren, weil erhebliche „Weichkosten“ die Werthaltigkeit des Investments selbst beeinflussen.

Allerdings hat der OGH für den Fall der unterbliebenen Aufklärung über das Vorliegen einer Innenprovision eine gesonderte Verjährungsfrist angenommen, weil das Verschweigen der Provisionen von den - angeblich oder tatsächlich - unterbliebenen Informationen über den Inhalt

der Veranlagung völlig unabhängig ist (2 Ob 99/16x; 8 Ob 109/16m).

Entgegen der in der Berufung vertretenen Meinung löste nämlich die Übergabe der Beitrittsunterlagen zu den jeweiligen Holland-Fonds an die Kläger trotz der auf den Rückseiten abgedruckten Risikohinweise weder Erkundigungspflichten noch den Lauf der Verjährungsfrist aus, weil die Kläger sie nach den Feststellungen nicht lasen.

Ob einem Anleger (zB aufgrund von eigenen Kenntnissen zum Anlegersektor) die Unrichtigkeit der Anlageberatung hätte auffallen müssen, ist nach Ansicht des Obersten Gerichtshofs ausschließlich für die Ermittlung eines Mitverschuldens relevant. Hätte ein Anleger nämlich entsprechend sorgfältig gehandelt und die ihm vorgelegten Unterlagen samt Risikohinweisen vollständig gelesen, hätte er das entsprechende Investment gar nicht getätigt und so den Schaden vermieden. Gerade im Hinblick auf ein Vertrauensverhältnis zum Berater haben Anleger - wie hier auch die Kläger - keine Anhaltspunkte, seinen mündlichen Zusicherungen zu misstrauen, die gerade dazu führten, dass sie die Beitrittsunterlagen ungelesen unterfertigten.

Eine Erkundigungsobliegenheit unmittelbar bei oder nach diesem Termin ist daher zu verneinen (so 1 Ob 112/17b sowie 10 Ob 70/15i zu vergleichbaren Sachverhalten). Daran ändert sich auch nichts dadurch, dass die Zweitklägerin die Beteiligung zu Hause unterfertigte. Sie verließ sich auf die Empfehlungen ihres Mannes, der den Zusicherungen des Beraters Glauben geschenkt hat, und aufgrund der weitergegebenen Information selbst eine Beteiligung gezeichnet hat. Es gab bis dahin keine Hin-

weise auf Fehlinformationen in der Beratung oder darauf, dass sich die Beteiligung an Deutschland II inhaltlich von der zuvor gezeichneten unterscheiden werde.

Soweit die Berufung unter dem Aspekt Totalverlustrisiko, Rückforderbarkeit der Ausschüttungen, Reduktion oder Einstellungen der Ausschüttungen die Verjährung thematisiert und einfordert, übersieht sie, dass sich das Erstgericht auf die Innenprovision bezog.

Damit ist die in der Berufungen aufgeworfene Frage, ob die Lektüre oder der Zugang der Schreiben insofern den Beginn der Verjährungsfrist auslöste, irrelevant, weil kein Zusammenhang der Schreiben mit der Innenprovisionsthematik behauptet wird.

Auch die jährlichen Geschäfts- und Treuhandberichte, die teilweise Jahresverluste aufwiesen, sowie Schreiben der TVP mit Informationen über Leerstände und Abwertung der Immobilien ab dem Jahr 2011 boten keine ausreichenden Verdachtsmomente, aus denen die Kläger schließen hätten müssen, ihr Berater habe die Beratungspflicht hinsichtlich des Innenprovision verletzt. Für die Kläger, die weder juristische Kenntnisse noch Erfahrungen mit derartigen Anlagemodellen haben, reichten diese Unterlagen für eine Verdachtslage, die eine Erkundigungsobliegenheit ausgelöst hätte, nicht (vgl 10 Ob 70/15i Punkt 3.8.4.).

Dazu ist zu beachten, dass die Kläger die Geschäfts- und Treuhandberichte nicht lasen und nach der Rechtsprechung dazu ohne besonderen Anlass auch nicht verpflichtet waren (RIS-Justiz RS0034327 [T44]).

Selbst wenn man davon ausgeht, dass bei oberflächlicher

Lektüre es den Kläger möglich gewesen wäre, die insbesondere auf der Rückseite der Beitrittserklärung abgedruckten Risikohinweise zu bemerken und daraus den Schluss zu ziehen, dass die gewählte Veranlagung nicht ihren Wünschen entsprach, vermag dies in Anbetracht der Trennungsthese nicht die Verjährung betreffend Innenprovision nach sich zu ziehen.

Nicht verjährt sind damit die Ansprüche, die die Kläger auf die Verletzung der Aufklärung über das Vorliegen einer Innenprovision stützen.

Zu den zu I.12.2.2., 12.3.2. und 12.4.1. begehrten sekundären Feststellungen wird einerseits auf den fehlenden Bezug zur Innenprovision, andererseits auf die obigen allgemeinen Ausführungen zu den sekundären Feststellungsmängeln I.4. verwiesen.

I.13. Beweisrüge - Verjährung

Die beklagte Partei bekämpft folgende Feststellungen:

„Es kann nicht festgestellt werden, dass die Kläger ./23 und ./24 tatsächlich erhielten.“ (US 26 Mitte)

Die beklagte Partei beantragt folgende Ersatzfeststellungen:

„Der Erstkläger hat am 22.10.2007 bei der Erstellung des RLB-Anlegerprofils die Formulare „Allgemeine Informationen zum Anlagegeschäft“ und „Allgemeine Veranlagungsrisiken“ (Beilagen ./23 und ./24) erhalten.“

Die **Berufungswerberin** bemängelt die Beweiswürdigung des Erstgerichts, wonach der Erhalt der ./23 und ./24 bestritten worden sei und weder ein Beweisanbot noch ein

Beweisergebnis für deren Zugang bestehe. Sie verwies auf ihr Vorbringen in ON 3 Punkt 4.1. und darauf, dass auf Seite 3 des RLB- Anlegerprofils (./22) Formulare angeführt seien, die den Kunden übergeben werden. Die Formulare „Allgemeine Informationen zum Anlagegeschäft“ und „Allgemeine Veranlagungsrisiken“ seien angekreuzt worden und daraus folge, dass die Beilagen ./23 und ./24 am 22.10.2007 von Hand übergeben worden seien und dies der Erstkläger bestätigt habe.

Richtig ist, dass die Beklagte in ihrem Schriftsatz ON 3 vorbrachte, die klagende Partei habe bestätigt, umfassende Risikoinformationen sowie die Allgemeinen Anlageinformationen erhalten zu haben sowie dass im Zuge der Geschäftsbeziehungen die Beklagte die klagende Unterlagen mit umfassenden Risikoinformationen (wie beispielweise die Allgemeinen Informationen zum Anlagegeschäft) übergeben habe.

Richtig ist auch, dass auf Seite 3 der ./22 festgehalten ist "5. Folgende Unterlagen wurden erläutert und ausgehändigt:" und dabei unter anderem „Allgemeine Informationen zum Anlagegeschäft“, „Allgemeine Veranlagungsrisiken“ angekreuzt wurden.

Diese Urkunden (Formularvordrucke), Allgemeine Informationen zum Anlagegeschäft ./23 und Allgemeine Veranlagungsrisiken ./24 weisen auf allen Seiten links unten ein Datum auf, und zwar „2/10“ (./23) und „09/07“ (./24); nach Ansicht des Gerichts bedeutet dies Stand Februar 2010 bzw Stand September 2007.

Das Anlegerprofil stammt offensichtlich vom 22.10.2007, laut handschriftlichem Datum auf Seite 4 der Urkunde, dies steht in Einklang mit dem Stand 9/07 und dem

Druckdatum 5.10.2007.

Die Beklagte führt aus, dass daraus folge, dass die von den Klägern behaupteten Ansprüche verjährt seien, da sich aus ./23 ergebe, dass zusätzlich zur Ausgabeaufschlagsvergütung eine Vermittlungsprovision (= Innenprovision) anfällt.

In ./23 ist angeführt:

„V. Finanzielle Anreize: Die Raiffeisenbank erhält regelmäßig derartige Provisionen, unter anderem von folgenden Partnern:

[...]

c. Emittenten von mitunternehmerischen Beteiligungen Ausgabeaufschlagsvergütung zwischen 0 und 5 % Zusätzlich zur Ausgabeaufschlagsvergütung eine Vermittlungsprovision zwischen 0 und 6 % des gezeichneten Nominale Die vorstehend angegebenen Prozentsätze können im Einzelfall unter- oder überschritten werden.

[...]

Über Wunsch erhält der Kunde von der Raiffeisenbank persönlich weitere Einzelheiten zu den vorstehend angesprochenen Provisionsvereinbarungen.“

Der **Klagevertreter** hat folgende **Urkundenerklärungen** abgegeben:

„./22 Die Urkunde wurde erst nach Erwerb der gegenständlichen Beteiligung erstellt und ist daher zeitlich irrelevant, aus der Beilage sei nicht ableitbar dass der Zweitkläger tiefergehende Kenntnisse über komplexe Finanzprodukte habe.

./23 Die Urkunde sei den Klägern unbekannt. Zu Punkt V. Die Kläger vereinbarten mit der Beklagten ein Entgelt von 5 % der jeweiligen Anlagesumme. Anlageinformatio-

nen, die aus 2010 stammen, können nicht die notwendige Aufklärung über den Kick-Back seit dem Jahr 2006 ersetzen. Die Information über eine Innenprovision von 0-6%, die unter- und überschritten werden könne, sei inhaltsleer und nicht als Aufklärung eines Anlegers geeignet.

./24 Es sei weder ersichtlich, dass die Urkunde dem Kläger jemals übergeben worden sei, noch wann diese erstellt worden sei. Da das Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 erwähnt werde, das mit 1.11.2007 in Kraft getreten sei, also nach Erwerb der Beteiligung, sei dies zeitlich irrelevant."

Der **Erstkläger** sagte über Vorhalt der ./23 aus, die Urkunde kenne er nicht (ON 22 Seite 11). Unter Vorhalt Punkt V der ./23: Hätte ich gewusst, dass ich mehr als 5% Agio zahle, hätte ich das gar nicht unterschrieben.

Der Erstkläger gab zu ./22 an, dass er sich daran nicht erinnern könne, dass er es aber unterschrieben habe.

Zur Risikobereitschaft auf Seite 3: „Das sind wir sicher nicht Punkt für Punkt durchgegangen.“

Zeuge Straka gab bei seiner Einvernahme an, es sei kein Thema gewesen, dass über das vereinbarte Agio hinaus noch sonstige Gelder des Investments abfließen würden. Wörtlich: „Ich habe nicht gewusst, dass die Beklagte über das vereinbarte Agio hinaus von Emissionsbanken Provisionen kassiert. [...] Das erfahre ich hier jetzt zum ersten Mal.“ (ON 26 Seite 5).

Zu ./22 erläuterte Zeuge Straka, dass diese Urkunde nach den Angaben des Klägers ausgefüllt worden sei. Es habe sich dabei um ein nach dem gegenständlichen Kauf erstelltes Anlageprofil speziell für geschlossene Be-

teiligungen gehandelt; ./22 sei ein allgemeines Anlageprofil, das seine gesamten Veranlagungen des Klägers betreffe und weil er Aktien gehabt hätte, habe er natürlich ein Totalverlustrisiko gehabt (Seite 6 in ON 26). Der Zeuge gab an, dass er den Begriff „Weichkosten“ nicht kenne; auch der Begriff Kickback sage ihm nichts (ON 26 Seite 7).

Entgegen der Ansicht der Berufungswerberin ergibt sich nicht eindeutig, dass dem Erstkläger tatsächlich die ./23 ausgehändigt wurde.

Selbst wenn man aber ausgeht, dass ihm diese Beilage übergeben wurde, liegt hier nur eine allgemeine Information über eine Bandbreite eines möglichen Ausgabeaufschlages vor. In Anbetracht der Aussage des Beraters Straka, wonach er selbst erstmals in seiner Einvernahme von einem Ausgabeaufschlag erfuhr, kann umso weniger eine für einen Kunden auffällige, für eine Veranlagung wesentliche Information angenommen werden. Daher hätte diese formularmäßige Information keine Erkundigungsobliegenheit der Kläger ausgelöst.

Selbst eine Aushändigung der Urkunde ./23 wäre rechtlich für die Beurteilung der Verjährung unerheblich.

I.14.1. bis 4. Rechtsrüge - Mitverschulden des Klägers

Die Berufungswerberin argumentiert, dass die Kläger ein erhebliches Mitverschulden treffe. Dem kann unter Berücksichtigung der Gesamtheit der Feststellungen aus folgenden Erwägungen nicht gefolgt werden:

Hat der Geschädigte selbst eine Ursache gesetzt, die gleichermaßen wie die vom Dritten gesetzte Ursache geeignet war, allein den Schaden herbeizuführen, haben

beide gemeinsam für den Schaden einzustehen. Das Mitverschulden des Geschädigten an der Herbeiführung seines eigenen Schadens im Sinn des § 1304 ABGB setzt die Sorglosigkeit gegenüber den eigenen Gütern voraus. Bei fehlerhafter Anlageberatung kann ein Mitverschulden nach den Umständen des Einzelfalls in Betracht kommen, wenn dem Kunden die Unrichtigkeit der Beratung hätte auffallen müssen, sei es aufgrund eigener Fachkenntnisse, oder weil er deutliche Risikohinweise nicht beachtet und Informationsmaterial nicht gelesen hat (10 Ob 58/16a mwN).

Die Behauptungs- und Beweislast für ein allfälliges Mitverschulden trifft den Beklagten (RIS-Justiz RS0022560). Während die Rechtsprechung in jenen Fällen, in denen ein Anleger als wirtschaftserfahrener Kunde „blind“ auf die Zusicherungen eines Anlageberaters vertraut und Risikohinweise in den ihm überreichten Unterlagen ignoriert, von einem erheblichen, zumeist gleichzeitigen Mitverschulden des Anlegers ausgeht, nimmt sie bei unerfahrenen Anlegern unter vergleichbaren Voraussetzungen entweder gar kein oder nur ein geringeres Mitverschulden an (2 Ob 133/16x mzwN).

Grundsätzlich muss ein Anleger nicht damit rechnen, dass die ihm übergebenen Unterlagen in wesentlichen Punkten von den mündlichen Zusicherungen des Beraters abweichen. Der Anleger lässt sich ja gerade deswegen von einem Fachmann beraten; nur wenn dem Geschädigten die Fehlerhaftigkeit der Beratung oder die unzureichende Sachkenntnis des Beraters aufgrund eindeutiger Hinweise oder wegen seines eigenen Wissensstandes auffallen hätte müssen, könnte eine Sorglosigkeit in eigener Angelegenheit angenommen werden (erneut 2 Ob 133/16x

mwN)).

Nach nunmehr einhelliger Rechtsprechung des OGH bedarf es keiner Korrelation zwischen dem sorglosen Verhalten des Geschädigten und dem kausalen Aufklärungsfehler. Die Annahme eines Mitverschuldens des Klägers im Zusammenhang mit einem die unterlassene Aufklärung über die Innenprovision betreffenden Fehlverhalten der Beklagten kommt also grundsätzlich auch dann in Betracht, wenn ihm die Fehlerhaftigkeit oder Unvollständigkeit gerade dieses Aufklärungsfehlers nicht spätestens bei Vertragsabschluss auffallen hätte müssen. Entscheidend für die grundsätzliche Möglichkeit der Annahme eines Mitverschuldens ist nur, dass sich die Sorgfaltswidrigkeit des Geschädigten auf denselben Schaden bezieht, für dessen Entstehen der Schädiger einzustehen hat (1 Ob 78/19f).

Im konkreten Fall war der Erstkläger trotz seiner Tätigkeit als Kassier in der Bank in Wertpapieren ein eher unerfahrener Anleger ohne - für die konkrete Veranlagung in einer Kommanditgesellschaft - relevante Vorkenntnisse. Die Beratung betonte klar die Sicherheit der Anlagen, ohne auf die besonderen Risiken hinzuweisen. Wenn der Erstkläger im Vertrauen - nicht zuletzt aufgrund der Nahebeziehung zur Bank - auf die Richtigkeit der vom Berater mündlich erteilten Informationen Unterschriften leistete, ohne die Unterlagen „wirklich durchzulesen“ (US 21 und 23), begründete dies im konkreten Einzelfall kein Mitverschulden, umso weniger, als nicht einmal dem Berater selbst die formularmäßigen Allgemeinen Informationen zu „Vergütungen für den Vertrieb von Produkten“ (./23 Punkt V) bewusst waren. Auch die unterlassene detaillierte Lektüre der ihm

übergebenen Unterlagen nach Vertragsabschluss kann nicht zur Annahme eines Mitverschuldens der Kläger, die auf die Richtigkeit der mündlichen Beratung vertrauten und über keinerlei Erfahrung mit Kommanditbeteiligungen oder vergleichbaren Veranlagungen verfügten, führen. Zu beachten ist überdies, dass den den Klägern übergebenen Unterlagen - wie bereits dargelegt - kein Hinweis auf das Bestehen einer Innenprovision zu entnehmen war (vgl 8 Ob 109/16m).

Ebenso wenig sind Anhaltspunkte ersichtlich, dass den Klägern, insbesondere dem Erstkläger, die Fehlerhaftigkeit der Beratung oder die unzureichende Sachkenntnis des Beraters aufgrund wesentlicher Hinweise oder wegen seines eigenen Wissenstandes hätte auffallen müssen.

I.14.5. Sekundäre Feststellungsmängel zum Mitverschulden

Die beklagte Partei beantragt die folgenden Feststellungen:

„Der Erstkläger wusste, dass mit einer höheren Rendite auch ein höheres Risiko verbunden ist. Er wusste zudem, dass bei der MPC Holland 57 KG wesentlich höhere Ausschüttungen als bei einem Sparbuch oder einem Bausparvertrag prognostiziert waren.

Der Erstkläger kennt unternehmerische Risiken und weiß, dass diese zur Insolvenz führen können.

Wenn der Erstkläger eines der von ihm unterfertigten produktspezifischen Anlegerprofile gelesen hätte, hätte er die Beteiligungen nicht erworben und auch nicht seiner Frau empfohlen.

Wenn der Erstkläger in den Unterlagen „Fremdfianzie-

rung", „Kommanditgesellschaft“, „Haftung“, „Kapitalkonto“ gelesen hätte, hätte ihn das nach seiner Aussage gestört und beunruhigt.

Die Kläger haben nach dem Erwerb der jeweiligen Beteiligungen zahlreiche Schreiben der TVP erhalten, in welchen sie auf die Fremdfinanzierung, Weichkosten, Kapitalbeschaffungskosten, Rückforderbarkeit und Totalverlustrisiko hingewiesen wurden.

Der Zeuge Straka hätte den Klägern die Beteiligungen nicht vermittelt, wenn er den Eindruck gehabt hätte, dass diese die Anlageform der Beteiligung nicht verstanden hätten."

Dazu führt die Berufungswerberin konkrete Belegstellen an. Diese ergäben sich aus den in Klammer zitierten Aussagen und angeführten Beweismittel.

Hiezu wird auf die Trennungsthese im Zusammenhang mit der Verjährung und die Verletzung der Aufklärung über die Innenprovision sowie auf die obigen Ausführungen zum Mitverschulden verwiesen. Nach Ansicht des Berufungsgerichtes begründen die Tatsachen, dass der Erstkläger den Ausführungen des Beraters folgte, diesem sein Nichtwissen über diverse Begriffe nicht offenbarte und im Vertrauen auf die richtige Information des Beraters, nicht zuletzt aufgrund der Nahebeziehung zum früheren Arbeitgeber, kein Mitverschulden, weil den Klägern eine unrichtige Beratung des Zeugen Straka nicht auffallen musste.

I.15. Unschlüssigkeit des Urteilspruches und des Urteilsbegehrens

Der Kläger kann in seinem Klagebegehren die Leistung des Beklagten mit seiner Gegenleistungspflicht verknüp-

fen. Tut er dies nicht und wendet der Beklagte die Zug-um-Zug-Leistungspflicht ein, dann hat das Gericht darüber zu verhandeln und kann den Beklagten auch ohne einen ausdrücklichen Urteilsantrag zur Leistung nur Zug um Zug mit der vom Kläger zu erbringenden Gegenleistung verurteilen. Voraussetzung für die Aufnahme einer Zug-um-Zug-Verpflichtung in den Urteilsspruch durch das Gericht ist entweder ein entsprechendes Klagebegehren oder zumindest eine entsprechende, im Klagevorbringen zum Ausdruck kommende Bereitschaft des Klägers zur Erbringung der Gegenleistung oder aber ein entsprechendes Einwendungsvorbringen des Beklagten (RIS-Justiz RS0107733).

Die Kläger boten ausdrücklich an, an einer Rückübertragung der Beteiligung mitzuwirken. Daher war die Zug-um-Zug Leistung in den Urteilsspruch aufzunehmen.

I.16.1. und 2. Rechtsrüge - Feststellungsbegehren

Zusätzlich zum Zahlungsbegehren in Form der Naturalrestitution kommt ein Feststellungsbegehren insoweit in Betracht, als ein Anleger behauptet und nachweist, dass ihm künftig derzeit noch nicht bekannte Schäden entstehen können (RIS-Justiz RS0129706).

Diese Gefahr kann im vorliegenden Fall darin bestehen, dass die Kläger aus gesellschaftsrechtlichen Gründen die erhaltenen Ausschüttungen zurückzahlen müssen (10 Ob 58/16a; 2 Ob 99/16x). Außerdem besteht das Risiko, dass die Kläger weitere Steuerberatungskosten und Steuern zu tragen haben, obwohl nur Verluste eintreten (US 26, 4. Absatz).

Das Feststellungsinteresse der Kläger ist daher grundsätzlich zu bejahen, ohne dass es auf die in der Beru-

fung behaupteten fehlenden Feststellungen ankommt.

I.16.3. Unzulässiger doppelter Zuspruch desselben Schadens

Berechtigt ist dagegen der Einwand, dass das Feststellungsbegehren sich nach seinem Wortlaut auch auf die bereits im Zahlungsbegehren bezifferten Schäden bezieht.

Das Gericht ist berechtigt und verpflichtet, dem Urteilsspruch eine klare und deutliche, vom Begehren abweichende Fassung zu geben, wenn sich letztere im Wesentlichen mit dem Begehren deckt (RIS-Justiz RS0039357, insbes auch [T19 und T41]). Dies kann auch durch ein Rechtsmittelgericht aus Anlass eines Rechtsmittels des Beklagten erfolgen (RIS-Justiz RS0039357 [T8]).

Da aus dem Vorbringen der Kläger klar hervorgeht, dass sie keinen doppelten Zuspruch der bereits bezifferbaren Schäden begehren, was auch in der Berufungsbeantwortung (Punkt 11.) zugestanden wird, kann entsprechend dem Einwand der Beklagten das Feststellungsbegehren durch Einfügen das Wort „künftig“ verdeutlicht werden.

I.17. Ergebnis, Kostenentscheidung, Zulässigkeitsauspruch

Der Berufung der Beklagten war daher nicht Folge zu geben und das Ersturteil mit der Maßgabe zu bestätigen, dass die Zug-um-Zug-Verpflichtung, die sich bereits aus dem Klagevorbringen ableiten lässt, aufgenommen und das Feststellungsbegehren klarer gefasst wird.

Da die Berufung zu keiner Änderung beim Hauptbegehren führt, ist von einem Obsiegen der Kläger im Berufungs-

verfahren auszugehen.

Die Kostenentscheidung gründet auf §§ 41, 50 iVm § 46 ZPO. Die Kläger machen in der Hauptsache keine Solidarforderung geltend und sind nur formelle Streitgenossen (§ 11 Z 2 ZPO). Sie haben daher gemäß § 46 Abs 1 ZPO wegen etwa gleicher Beteiligung am Rechtsstreit jeweils Anspruch auf die Hälfte der Gesamtkosten (*M. Bydlinski in Fasching/Konecny*³ II/1 § 46 ZPO [Stand 1.9.2014, rdb.at]). Das Gericht erachtet das Verfahren in Anbetracht der von den Parteienvertretern geführten zahlreichen Parallelverfahren als nicht den Voraussetzungen des § 21 RATG entsprechend.

Der Bewertungsausspruch beruht auf § 500 Abs 2 ZPO; das Berufungsgericht folgte der unbedenklichen Bewertung der Kläger.

Die ordentliche Revision ist gemäß § 502 ZPO nicht zulässig, weil eine Einzelfallentscheidung vorliegt und das Berufungsgericht von der dargestellten umfangreichen oberstgerichtlichen Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht der beklagten Bank über eine Innenprovision sowie zu damit zusammenhängenden Fragen, insbesondere des Mitverschuldens und der Verjährung, nicht abgewichen ist.

II. Berufung der Kläger

In ihrer Rechtsrüge zur Abweisung des Zinsenmehrbegehrens monieren die Kläger, dass das Erstgericht dem Zinsenbegehren der Kläger nur für einen Zeitraum ab dem Aufforderungsschreiben der Klagevertreter stattgegeben und zu Unrecht das Mehrbegehren seit der jeweiligen Zahlung der zu veranlagenden Beträge abgewiesen habe.

Den Klägern stünden die gesetzlichen Zinsen bei der Naturalrestitution bereits ab Schadenseintritt zu. Darüber hinaus hätten die Kläger die Zinsen alternativ auf die hypothetische Alternativanlage gestützt. Das Erstgericht habe keine Feststellung zum Ertrag beim hypothetischen Alternativverhalten getroffen. Da Geld ein Gut sei, das Früchte trage, wäre die Anwendung von § 273 ZPO geboten gewesen.

In erster Instanz haben die Kläger ihr Zinsenbegehren auf die gesetzlichen Zinsen in Höhe von 4 % gestützt und erkennbar auf eine Alternativveranlagung, weil sie vorbrachten, dass bei kapitalerhaltenden Produkten eine durchschnittliche Verzinsung von 4 % zu erzielen gewesen seien (ON 1 Seite 19 und ON 10 Seite 13f).

Gesetzliche Zinsen stehen erst ab Fälligkeit einer Forderung zu. Eine Schadenersatzforderung wie die der Kläger wird fällig, wenn der Geschädigte den Schaden zumindest ziffernmäßig bestimmt (RIS-Justiz RS0023392; 2 Ob 88/17f unter ausdrücklicher Ablehnung gegenteiliger Lehrmeinungen; vgl auch 2 Ob 99/16x Punkt B.2.2.). Die Fälligkeit wurde mit Schreiben des KV vom 1.6.2016 festgestellt.

Für die Zinsen aus der Alternativveranlagung als Teil des Schadenersatzes beginnt der Zinsenlauf bereits mit dem Erwerbszeitpunkt. Das Erstgericht hat es unterlassen festzustellen, welche Zinsen die Kläger aus einer Alternativveranlagung erzielen hätten können und ob sie mit ihrem Alternativinvestment jedenfalls 4 % lukriert hätten. Jedenfalls können den Klägern aus diesem Rechtsgrund maximal die von ihnen selbst behaupteten 4 % zugesprochen werden (§ 405 ZPO).

Allerdings lässt sich aus den Feststellungen nicht gesichert entnehmen, ob die von den Klägern begehrte Zinsstaffel den Ausschüttungen und Zinsenzahlungen entspricht. Bei Vorliegen von Feststellungsmängeln wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung schließt ein Abänderungsantrag in sich einen Aufhebungsantrag (RIS-Justiz RS0041774).

Das Erstgericht wird im fortzusetzenden Verfahren ausschließlich die Zinsenfrage mit den Streitteilen in diesem Sinn zu erörtern haben. Auf § 273 ZPO wird im Zusammenhang mit der Höhe der Zinsen verwiesen.

Die Voraussetzung für die Ergänzung des Verfahrens gemäß § 496 Abs 3 ZPO liegen angesichts der vom Erstgericht bereits aufgenommenen und von ihm verwertbaren Beweise nicht vor. Der Berufung der Kläger war im Sinne des hilfsweise gestellten Aufhebungsantrages Folge zu geben.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 ZPO.

Handelsgericht Wien
1030 Wien, Marxergasse 1a
Abt. 60, am 22. Oktober 2019

Dr.ⁱⁿ Maria WITTMANN-TIWALD
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG