



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

1 R 37/18w

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichts Dr. Jesionek als Vorsitzende, die Richterin des Oberlandesgerichts Mag. Janschitz und die KR Mag. Ehrlich-Adám in der Rechtssache der klagenden Partei [REDACTED], vertreten durch Dr. Wolfgang Leitner, Priv.-Doz. Dr. Max Leitner und Dr. Mara-Sophie Häusler, Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei **Raiffeisenlandesbank Niederösterreich-Wien AG**, Friedrich-Wilhelm-Raiffeisen-Platz 1, 1020 Wien, vertreten durch Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, und die Nebenintervenientin auf Seiten der beklagten Partei **CPM Anlagen Vertriebs GmbH in Liquidation**, Annagasse 5/2/16, 1010 Wien, vertreten durch Wess Kux Kispert & Eckert Rechtsanwalts GmbH in Wien, wegen EUR 27.640,48 sA und Feststellung (Streitwert EUR 4.000,-), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 19.12.2017, 58 Cg 2/16a-27, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben. Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass es insgesamt lautet:

1. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen, Zug um Zug gegen Abgabe aller Erklärungen, die notwendig sind, um die Hälfte der Rechte aus den von der klagenden Partei gehaltenen Treuhandschaften über die Beteiligungen an der Neunundfünfzigste Sachwert Rendite-Fonds Holland GmbH & Co KG und an der Zweite Lloyd Fonds Holland GmbH & Co KG zu übertragen, einen Betrag von EUR 13.820,24 samt

4% Zinsen aus EUR 6.348,- vom 2. September 2005 bis 19. Jänner 2006,

4% Zinsen aus EUR 6.224,33 vom 20. Jänner 2006 bis 19. Juli 2006,

4% Zinsen aus EUR 6.014,34 vom 20. Juli 2006 bis 1. Oktober 2006,

4% Zinsen aus EUR 10.031,34 vom 2. Oktober 2006 bis 29. Jänner 2007,

4% Zinsen aus EUR 9.738,67 vom 30. Jänner 2007 bis 24. Juli 2007,

4% Zinsen aus EUR 9.388,67 vom 25. Juli 2007 bis 14. Jänner 2008,

4% Zinsen aus EUR 9.038,67 vom 15. Jänner 2008 bis 8. Juli 2008,

4% Zinsen aus EUR 8.756,51 vom 9. Juli 2008 bis 21. Jänner 2009,

4% Zinsen aus EUR 8.406,51 vom 22. Jänner 2009 bis 13. Juli 2009,

4% Zinsen aus EUR 8.056,51 vom 14. Juli 2009 bis 11. Jänner 2010,

4% Zinsen aus EUR 7.788,42 vom 12. Jänner 2010 bis 15. Juli 2010,

4% Zinsen aus EUR 7.584,75 vom 16. Juli 2010
sowie

4% Zinsen aus EUR 7.762,50 vom 5. März 2008 bis 28. Juli 2008,
4% Zinsen aus EUR 7.668,75 vom 29. Juli 2008 bis 21. Jänner 2009,
4% Zinsen aus EUR 7.443,75 vom 22. Jänner 2009 bis 29. Juli 2009,
4% Zinsen aus EUR 7.218,75 vom 30. Juli 2009 bis 28. Jänner 2010,
4% Zinsen aus EUR 6.993,75 vom 29. Jänner 2010 bis 21. Juli 2010,
4% Zinsen aus EUR 6.768,75 vom 22. Juli 2010 bis 29. Juli 2011,
4% Zinsen aus EUR 6.528,41 vom 30. Juli 2011 bis 25. Jänner 2012,
4% Zinsen aus EUR 6.340,91 vom 26. Jänner 2012 bis 30. Jänner 2013,
4% Zinsen aus EUR 6.235,50 vom 31. Jänner 2013 zu zahlen.

2. Zwischen den Parteien wird festgestellt, dass die beklagte der klagenden Partei für die Hälfte aller künftigen Schäden haftet, die aus der am 1. September 2005 eingegangenen Beteiligung an der Neunundfünfzigste Sachwert Rendite-Fonds Holland GmbH & Co KG und aus der am 4. März 2008 eingegangenen Beteiligung an der Zweite Lloyd Fonds Holland GmbH & Co KG entstehen.

3. Die Begehren,

(a) die beklagte Partei sei schuldig der klagenden Partei binnen 14 Tagen, Zug um Zug gegen Abgabe aller Erklärungen, die notwendig sind, um eine weitere Hälfte der Rechte aus den Treuhandschaften über die Beteiligungen an der Neunundfünfzigste Sachwert Rendite-Fonds Holland GmbH & Co KG und an der Zweite Lloyd Fonds Holland

GmbH & Co KG zu übertragen, und einen weiteren Betrag von EUR 13.820,24 samt

4% Zinsen aus EUR 6.348,- vom 2. September 2005 bis 19. Jänner 2006,

4% Zinsen aus EUR 6.224,33 vom 20. Jänner 2006 bis 19. Juli 2006,

4% Zinsen aus EUR 6.014,34 vom 20. Juli 2006 bis 1. Oktober 2006,

4% Zinsen aus EUR 10.031,34 vom 2. Oktober 2006 bis 29. Jänner 2007,

4% Zinsen aus EUR 9.738,67 vom 30. Jänner 2007 bis zum 24. Juli 2007,

4% Zinsen aus EUR 9.388,67 vom 25. Juli 2007 bis 14. Jänner 2008,

4% Zinsen aus EUR 9.038,67 vom 15. Jänner 2008 bis 8. Juli 2008,

4% Zinsen aus EUR 8.756,51 vom 9. Juli 2008 bis 21. Jänner 2009,

4% Zinsen aus EUR 8.406,51 vom 22. Jänner 2009 bis 13. Juli 2009,

4% Zinsen aus EUR 8.056,51 vom 14. Juli 2009 bis 11. Jänner 2010,

4% Zinsen aus EUR 7.788,42 vom 12. Jänner 2010 bis 15. Juli 2010,

4% Zinsen aus EUR 7.584,75 vom 16. Juli 2010 sowie

4% Zinsen aus EUR 7.762,50 vom 5. März 2008 bis 28. Juli 2008,

4% Zinsen aus EUR 7.668,75 vom 29. Juli 2008 bis 21. Jänner 2009,

4% Zinsen aus EUR 7.443,75 vom 22. Jänner 2009 bis 29. Juli 2009,

4% Zinsen aus EUR 7218,75 vom 30. Juli 2009 bis
28. Jänner 2010,
4% Zinsen aus EUR 6.993,75 vom 29. Jänner 2010 bis
21. Juli 2010,
4% Zinsen aus EUR 6.768,75 vom 22. Juli 2010 bis
29. Juli 2011,
4% Zinsen aus EUR 6.528,41 vom 30. Juli 2011 bis 25.
Jänner 2012,
4% Zinsen aus EUR 6.340,91 vom 26. Jänner 2012 bis
30. Jänner 2013,
4% Zinsen aus EUR 6.235,50 vom 31. Jänner 2013
zu zahlen,

(b) es werde festgestellt, dass die beklagte der klagenden Partei für mehr als die Hälfte aller künftigen Schäden hafte, die aus der am 1. September 2005 eingegangenen Beteiligung an der Neunundfünfzigste Sachwert Rendite-Fonds Holland GmbH & Co KG und aus der am 4. März 2008 eingegangenen Beteiligung an der Zweite Lloyd Fonds Holland GmbH & Co KG entstehen,

werden abgewiesen.

4. Die beklagte Partei ist schuldig der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 353,50 (Barauslagen) bestimmten Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu ersetzen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei binnen 14 Tagen EUR 571,50 (Barauslagen) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

5. Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt EUR 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

Entscheidungsgründe :

Der Kläger ist Betriebswirt und war von 6.9.1993 bis 1.2.1997 Prokurist der Raiffeisen Investment Advisory GmbH, von 17.11.1995 bis 11.1.2007 Geschäftsführer der Raiffeisen Ost Invest Unternehmensbeteiligungsges.m.b.H. und von 1.11.2007 bis 7.6.2008 Prokurist der Meinl Capital Advisers Aktiengesellschaft (nunmehr Meinl Capital Advisers GmbH).

Er erwarb über Beratung der Mitarbeiterin der Beklagten, [REDACTED] (im Folgenden: Beraterin), am 1.9.2005 mittelbar über die Treuhänderin TVP Treuhand- und Verwaltungsgesellschaft für Publikumsfonds mbH (im Folgenden: TVP Treuhand) eine Kommanditbeteiligung an der Neunundfünfzigste Sachwert Rendite-Fonds Holland GmbH und Co KG (im Folgenden: Holland 59) im Nominale von EUR 20.000,-, wofür er inklusive 3,5 % Agio EUR 20.700,- zahlte. Am 4.3.2007 erwarb er, ebenfalls über Empfehlung der Beraterin, mittelbar über die Treuhänderin Lloyd Treuhand GmbH (im Folgenden: Lloyd Treuhand) eine Kommanditbeteiligung an der Zweite Lloyd Fonds Holland GmbH & Co. KG (im Folgenden: Lloyd II) und zahlte dafür inklusive 3,5 % Agio EUR 15.525,-.

Die Beklagte erhielt neben dem vom Kläger bezahlten Agio von der Emittentin für die Vermittlung der Veranlagung in Holland 59 3,125 % und für die Vermittlung der Beteiligung in Lloyd II 4 % der Beteiligungssumme. Über diesen Umstand wurde der Kläger von der Beraterin vor Erwerb der Beteiligungen nicht aufgeklärt.

Dem Kläger wurden von der Beraterin vor dem Erwerb der Beteiligung in Holland 59 keine Werbebroschüren oder Factsheets gezeigt. Die Beratung erfolgte anhand eines im

Voraus zusammengestellten Aktenordners mit einzelnen Dokumenten. Der Inhalt des Aktenordners steht nicht fest.

Der Kläger überflog die Beitrittserklärung und das Risikoprofil, überprüfte dabei die Beteiligungssumme und die Höhe des Agios, und unterfertigte in weiterer Folge diese Dokumente, wobei er die Informationen auf der Rückseite der Dokumente nicht wahrnahm. Die Dokumente enthielten keinen Hinweis auf die von der Beklagten vereinbarte Innenprovision.

Im Rahmen eines Beratungsgesprächs präsentierte die Beraterin dem Kläger die Beteiligung an Lloyd II. Sie teilte dem Kläger mit, dass er indirekt über einen Treuhänder Kommanditist an Lloyd II werde. Weder die Beraterin noch der Kläger lasen den Kapitalmarktprospekt. Werbebroschüren wurden im Rahmen der Beratung nicht verwendet. Der Kläger unterfertigte die Beitrittserklärung und das Risikoprofil, nachdem er die Unterlagen überflogen hatte. Die auf der Rückseite der Beitrittserklärung ersichtlichen „Vertraglichen Grundlagen“ und die auf der Rückseite vorhandenen Risikohinweise des Risikoprofils las er nicht.

Aus der Veranlagung in Holland 59 erhielt der Kläger in den Jahren 2006 bis 2010 „Ausschüttungen“ von insgesamt EUR 6.147,66 und aus der Veranlagung in Lloyd II in den Jahren 2008 bis 2013 von insgesamt EUR 3.054,01.

Der Kläger begehrt mit seiner am 10.2.2016 eingebrachten Klage die Zahlung von EUR 27.640,48 sA an Schadenersatz wegen fehlerhafter Anlageberatung sowie die Feststellung, dass die Beklagte für alle Schäden hafte, die ihm aus den Beteiligungen an Holland 59 und Lloyd II noch entstehen. Er brachte zusammengefasst vor, er habe die Kommanditbeteiligungen über Empfehlung der Beraterin

der Beklagten erworben. Die Beraterin habe nicht darüber aufgeklärt, dass die Anfangsausschüttungen Teilrückzahlungen der Kommanditeinlage seien und die Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gläubigern begründeten. Die Beklagte habe das Risiko der Veranlagung verharmlost.

Der Kläger habe mit diesem Investment kein derart hohes Totalverlustrisiko eingehen wollen. Die Veranlagung sei hochriskant und die Pauschalversteuerung in den Niederlanden berge das zusätzliche Risiko, dass auch im Fall eines Verlusts Steuern anfielen und damit sogar mehr als das eingesetzte Kapital verloren gehen könne. Auch darüber habe ihn die Beklagte nicht aufgeklärt. Außerdem habe sie ihm verschwiegen, dass sie zusätzlich zum Agio „Kick-Backs“ (Innenprovisionen) erhalte und aufgrund dessen ein erhebliches Eigeninteresse am Verkauf der Beteiligungen habe. Verschärfend komme hinzu, dass die „Weichkosten“ (Vertriebsspesen und sonstige Nebenkosten) von 23,17 % (bei Lloyd II) bzw. 21,62 % (bei Holland 59) die Werthaltigkeit des Investments stark beeinträchtigen würden.

In Kenntnis all dieser Umstände hätte er diese Beteiligungen niemals erworben und das Geld kapitalerhaltend investiert. Er begehre daher die Rückzahlung der Differenz zwischen seinen Einlagen samt Agio von insgesamt EUR 36.225,- und den bereits erhaltenen Ausschüttungen von EUR 8.584,52. Da nicht ausgeschlossen sei, dass er auch die Ausschüttungen zurückzahlen müsse und weitere Steuern anfallen könnten, sei ein Feststellungsbegehren berechtigt.

Seine Ansprüche seien nicht verjährt. Solange er keinen Verdacht habe hegen müssen, falsch aufgeklärt wor-

den zu sein, sei er nicht zu weiteren Erkundigungen verpflichtet gewesen.

Die Beklagte bestritt, beantragte die Klagsabweisung und wendete ein, dass die Beraterin die Beteiligungen nicht als sichere Veranlagung präsentiert habe, sondern den Kläger über alle Risiken, insbesondere das wirtschaftliche Risiko und die Möglichkeit des Totalverlusts, aufgeklärt und mit entsprechendem Informationsmaterial ausgestattet habe. Der Kläger sei ein versierter Anleger, der das unternehmerische Risiko der Beteiligungen gekannt habe. Er sei darüber aufgeklärt worden, dass es wegen der Ausschüttungen zu einer Haftung gegenüber Gesellschaftsgläubigern kommen könne. Über die Innenprovision habe der Kläger nicht aufgeklärt werden müssen. Es treffe ihn ein Mitverschulden, er habe einerseits aufgrund seiner beruflichen Tätigkeit umfassende Kenntnisse in der Vermögensveranlagung und andererseits habe er die Beitrittsunterlagen nicht gelesen. Zudem seien die Ansprüche bereits verjährt.

Die Nebenintervenientin auf Seiten der Beklagten beantragte ebenfalls die Abweisung der Klage und schloss sich im Wesentlichen dem Vorbringen der Beklagten an.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht dem Klagebegehren zur Gänze statt. Neben dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt stellte es noch den auf den Seiten 6 bis 14 der Urteilsausfertigung ersichtlichen Sachverhalt fest, auf den verwiesen wird. Darüber hinaus stellte es disloziert fest, dass der Kläger über gute Kenntnisse des Finanzanlagenmarktes verfügt; er sich selbst Kapitalanlagen aussuchte und einen Teil seines Portfolios selbst gestaltete (Seite 20 der Urteilsausfertigung).

Rechtlich ging das Erstgericht davon aus, dass die Verjährungsfrist für Ansprüche aus dem Umstand, dass die Beklagte ihre Innenprovision dem Kläger nicht offenlegte als eigenständiger Beratungsfehler zu sehen sei. Medienberichte, dass Banken beim Vertrieb von „Hollandfonds“ nicht offengelegte Kick-back-Zahlungen erhielten, seien erstmals im Juli 2013 aufgetaucht. Es habe nicht festgestellt werden können, dass der Kläger bereits drei Jahre vor Klagseinbringung Kenntnis über die von der Beklagten vereinnahmten Provisionen gehabt habe, weshalb die Verjährung der Klagsansprüche nicht eingetreten sei. Die Kausalität des Beratungsfehlers sei gegeben, weil der Kläger die Beteiligungen bei Kenntnis der Innenprovision nicht erworben hätte. Dadurch, dass die Beklagte nicht über die vereinnahmten Innenprovisionen im Zusammenhang mit dem Erwerb der Beteiligungen aufgeklärt habe, habe sie gegen die Bestimmungen des WAG verstoßen. Auch der in der Rechtsprechung geforderte Risikozusammenhang zwischen Schadenseintritt und der unterlassenen Offenlegung der Innenprovision sei gegeben. Ein Mitverschulden treffe den Kläger nicht.

Dem Feststellungsbegehren sei stattzugeben, weil die Gläubiger der Holland 59 sowie potentielle Gläubiger der Lloyd II entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen des deutschen HGB auf die vom investierten Kapital in Abzug gebrachten Ausschüttungen greifen könnten.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten wegen Aktenwidrigkeit, Mangelhaftigkeit des Verfahrens, unrichtiger Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung und unrichtiger rechtlicher Beurteilung einschließlich sekundärer Feststellungsmängel

mit dem Antrag, das Urteil in klagsabweisendem Sinn abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist teilweise berechtigt.

Vorweg ist festzuhalten, dass die Berufung die Berufungsgründe teilweise miteinander vermengt. Ausführungen, die nicht hinreichend deutlich erkennen lassen, welcher Berufungsgrund dargestellt werden soll, haben unbeachtet zu bleiben (Kodek in Rechberger, ZPO⁴ § 471 ZPO Rz 10 mwN).

1. Verfahrensrügen:

Die Beklagte rügt in den Punkten 7.1.3. und 7.2.5. und Punkt 19.2.(vi) der Berufung Stoffsammlungsmängel.

Als solche werden Mängel bezeichnet, die die Sammlung des Prozessstoffes und damit die Spruchreife betreffen (Fucik in Rechberger, ZPO⁴ § 196 Rz 2).

Die Rechtsmittelausführungen lassen nicht erkennen, welche Verfahrensvorschrift das Erstgericht verletzt haben und wie dadurch die Sammlung des Prozessstoffes zum genannten Thema im erforderlichen Ausmaß unterblieben sein soll. Die diesbezüglichen Verfahrensrügen sind damit nicht gesetzmäßig ausgeführt.

2. Aktenwidrigkeit:

2.1. Die Beklagte erblickt in der Feststellung (Punkt 9.1. der Berufung),

„Innerhalb der beklagten Partei wurde an deren Mitarbeiter kommuniziert, dass sie ihren Kunden KG-Beteiligungen anbieten sollten, da es für die Bank hohe Provisonerträge gebe (Beil. ./D).“, eine Aktenwidrigkeit, weil das E-Mail ./D nicht an die Mitarbeiter oder Teamleiter

der Beklagten, sondern an die Geschäftsleiter der niederösterreichischen Raiffeisenbanken gerichtet sei.

Aus der Urkunde ./D ergibt sich lediglich, dass dieses E-Mail in Blindkopie an alle „GL der RBen in NÖ“ ergeht. An welche anderen Adressaten - allenfalls auch in Blindkopie - dies E-Mail noch ergangen ist, ist aus der Urkunde nicht ersichtlich. Weder bei „Kopie“ noch bei „Blindkopie“ scheinen Empfänger auf. Der Adressat der E-Mail ist zudem auch nicht ersichtlich. Als Thema scheint folgendes auf: *„MPC-Holland-Fonds: Der nächste exklusive Fonds für RBG NÖ-W (Holland 54) - Erste Infos“*. Der gesamte Inhalt der Urkunde lässt nicht darauf schließen, dass dieses E-Mail nur an die Geschäftsleiter der (regionalen) niederösterreichisch Raiffeisenbanken und nicht auch an die Leiter der Filialen der Beklagten ergangen ist.

Aktenwidrigkeit haftet einer Entscheidung aber nur dann an, wenn die für die richterliche Willensbildung bestimmenden Verfahrenserklärungen oder Beweisergebnisse in der Begründung der Entscheidung in Abweichung vom Inhalt der Niederschriften, Eingaben oder Beilagen dargestellt wurden (RIS-Justiz RS0043397). Eine Aktenwidrigkeit liegt nur dann vor, wenn für die bekämpften Tatsachenfeststellungen überhaupt keine beweismäßige Grundlage besteht, nicht aber dann, wenn sie - wie hier - durch Schlussfolgerungen aus Urkunden gewonnen werden (RIS-Justiz RS0043397 [T 1]).

2.2. Auch die unter Punkt 9.2. der Berufung aufgezeigte Aktenwidrigkeit liegt nicht vor. Das Erstgericht stützte die bekämpfte Feststellung nicht ausschließlich auf die Beilage ./D, wo in Punkt ad) 4 neben dem Kundenagio von 5% auf die Zeichnungssumme eine Bankprovision in

Höhe von 6 % ausgewiesen ist, sondern auch auf die Aussage des Zeugen Dr. Cowling (Seite 16 der Urteilsausfertigung). Aktenwidrigkeit ist - wie oben bereits dargelegt - nur dann gegeben, wenn das Gericht den Inhalt einer Beweisurkunde, eines Vernehmungsprotokolls oder eines sonstigen Aktenstückes irrtümlich unrichtig wiedergegeben hat und infolgedessen bei der rechtlichen Beurteilung von einem fehlerhaften Sachverhaltsbild ausgegangen ist (RIS-Justiz RS RS0043298 [T1]). Steht die Feststellung aber nur mit einem der aufgenommenen Beweismittel im Widerspruch, so liegt eine Aktenwidrigkeit nicht vor (RIS-Justiz RS0043289 [T2]).

Darüber hinaus fehlt es auch an der notwendigen Relevanz, weil es für die Pflicht zur Offenlegung zum einen nicht auf die Höhe der vereinnahmten Innenprovision ankommt (vgl 2 Ob 172/17h) und zum anderen deren Höhe im Zeitpunkt des Ankaufes der beiden Beteiligungen durch den Kläger im Verfahren außer Streit steht.

2.3. In Punkt 16. der Berufung zeigt die Beklagte auf, dass sich aus dem Beilagenkonvolut ./68 ergebe, dass es bereits ab August 2012 und nicht erst - wie vom Erstgericht festgestellt - ab Dezember 2012 eine Berichterstattung über die an die Vermittler bezahlten Innenprovisionen gegeben habe. Im Rahmen der Behandlung der Rechtsrüge hat das Berufungsgericht die Medienberichterstattung der rechtlichen Beurteilung zugrunde gelegt. Dieser Zeitungsartikel konnte den Beginn der Verjährungsfrist nicht auslösen, weshalb der Feststellung eines unrichtigen Datums des Erscheinens dieses Artikels keine Bedeutung zukommt. Auch der Berufungsgrund der Aktenwidrigkeit kann nur dann mit Erfolg geltend gemacht werden, wenn er für die Entscheidung von wesentlicher Bedeutung ist.

3. Beweisrüge

3.1. Die Beklagte bekämpft in Punkt 5.1. der Berufung die Feststellungen:

„Eine Werbebroschüre [...] (Beil. ./6 und ./7) zeigte [REDACTED] dem Kläger nicht.“

„Es konnte nicht festgestellt werden, ob die Werbebroschüre Beil. ./71 dem Kläger gezeigt und übergeben wurde.“

und beantragt stattdessen nachstehende Ersatzfeststellungen:

„Die Zeugin [REDACTED] hat dem Kläger die Informationsbroschüre zur MPC Holland 59 samt eingelegtem Gesellschaftsvertrag beim Beteiligungserwerb vorgelegt und übergeben. Die Kapitalbeschaffungskosten waren im Gesellschaftsvertrag ausgewiesen. Die Informationsbroschüre enthält einen Hinweis auf die fiktive Rendite von 4%, die der Besteuerung in den Niederlanden zugrunde gelegt wird.

Die Zeugin [REDACTED] hat dem Kläger die Informationsbroschüre zur Loyd Holland 2 KG, Beilage ./71, beim Beteiligungserwerb vorgelegt und übergeben. In der Informationsbroschüre sind die Kapitalbeschaffungskosten ausgewiesen, wobei zusätzlich ausgeführt ist, dass die Lloyd Fonds AG mit der Vermittlung des Eigenkapitals der Fondsgesellschaft beauftragt ist und neben dem Agio von 5% eine weitere Vergütung von EUR 905.000,-- erhält. Die Informationsbroschüre enthält zudem einen Hinweis auf die fiktive Rendite von 4%, die der Besteuerung in den Niederlanden zugrunde gelegt wird. Der Informationsbroschüre ist der Gesellschaftsvertrag angeschlossen, der einen Hinweis auf die Haftung des Klägers mit seiner Einlage beinhaltet.“

Die Beklagte führt dazu ins Treffen, dass die Zeugin [REDACTED] sich zwar nicht an die mit dem Kläger geführten Beratungsgespräche erinnern habe können, sie jedoch angegeben habe, die jeweiligen Informationsbroschüren dem Anleger immer mitgegeben zu haben. Sie habe zudem ausgesagt, dass die Verträge und Beitrittsunterlagen in der Mappe (Informationsbroschüre) eingelegt gewesen seien. Hingegen seien die Angaben des Klägers, der aussagte, sich nicht an diese Informationsbroschüren erinnern zu können, unglaublich. Die Zeugin [REDACTED] habe im Gegensatz zum Kläger kein Eigeninteresse am Prozessausgang und sei nicht mehr Mitarbeiterin der Beklagten. Unter Verweis auf die Ausführungen in Punkt 13.1. ihrer Berufung weist die Beklagte auf die Unglaubwürdigkeit der Aussage des Klägers hin und unter Verweis auf Punkt 13.2. der Berufung darauf, dass die Zeugin [REDACTED] dem gegenüber glaubhaft sei. Auf die Frage, ob Antworten auf Suggestivfragen im Zivilprozess ein untaugliches Beweisergebnis sind, braucht nicht weiter eingegangen werden, weil sich die Beklagte im Zusammenhang mit den bekämpften Feststellungen nicht auf solcherart gewonnene Beweisergebnisse bezieht.

Zu vorderst ist darauf hinzuweisen, dass unbekämpft feststeht, dass die Zeugin [REDACTED] einen zusammengestellten Aktenordner mit Dokumenten, deren Inhalt nicht festgestellt werden konnte, zur Beratung des Klägers verwendete. Wenn das Erstgericht den Ausführungen der Zeugin zum Ablauf eines Beratungsgesprächs im Allgemeinen nicht den Bedeutungsinhalt beimisst, dass diese von ihr geschilderte Vorgehensweise auch auf die konkrete Beratungssituation des Klägers zutrifft, ist das nicht zu beanstanden. Das Erstgericht schloss aus dem Umstand,

dass die Zeugin den Inhalt der Mappe nicht angeben konnte, dass die Beilagen ./6 und ./7 dem Kläger nicht präsentiert wurden. Auch diese Schlussfolgerung ist nicht zu beanstanden. Die Zeugin [REDACTED] konnte nicht angeben, ob der Kläger Werbebroschüren und Factsheets beim Beratungsgespräche erhalten hat. Sie gehe lediglich davon aus, weil sie das immer so gemacht habe (AS 254). Zum Inhalt der zur Beratung verwendeten Mappe gab die Zeugin an, dass darin „verschiedene Folien, um die Konstruktion dieser Beteiligung besser aufzeigen zu können“ waren. Die Zeugin erklärte, dass sie sich nicht an die Beratung im Zusammenhang mit dem Erwerb der Beteiligung des Klägers in Lloyd II erinnern könne (AS 252). Der Kläger konnte hingegen angeben, dass er sich daran erinnere, dass [REDACTED] einen Folder, bestehend aus einem Doppelblatt, dabei hatte und er ausschließen könne, dass es sich um ein „stärkeres“ Konvolut an Seiten gehandelt habe (AS 282). Sowohl die Beilage ./6 als auch die Beilage ./7 bestehen aus mehr als 15 Seiten; die Beilage ./71 sogar aus 63 Seiten. Der Kläger gab zudem an, die Beilagen ./6 und ./7 nicht zu kennen und auch nicht erhalten zu haben (AS 285). Im Zusammenhang mit dem Erwerb der Beteiligung in Lloyd II habe er außer der Beitrittserklärung und dem Anlegerprofil nichts übergeben bekommen (AS 296). Die Tatsachenrüge kann die Feststellungen des Erstgerichts damit nicht erschüttern.

3.2. Die Beklagte bekämpft in Punkt 8.2. der Berufung die Feststellungen:

„Die beklagte Partei nutzte diese „Immobilienfonds“ um als alleiniger Anbieter in diesem Marktsegment auftreten zu können, um von ihr angebotene Anschlussveranlagungen mit dem ausgeschütteten Kapital abzuschließen (bei-

spielsweise Raiffeisen-Fondssparen), wodurch sie den Provisionsertrag aus dem „Ursprungsgeschäft KG-Beteiligung“ während der Laufzeit des Fonds mehr als verdoppeln konnte, und um Neukunden zu akquirieren (Beil. ./D).

Die beklagte Partei hätte die Vermittlung von KG-Beteiligungen nicht übernommen, wenn sie nicht eine über 3,5% hinausgehende Provision (Agio und Innenprovision) vom gezeichneten Beteiligungskapital der von ihr vermittelten Kunden erhalten hätte.

Es konnte nicht festgestellt werden, dass Organe der beklagten Partei davon überzeugt waren, dass nach dem WAG 1996 Innenprovisionen nicht offenzulegen seien.

Innerhalb der beklagten Partei wurde an deren Mitarbeiter kommuniziert, dass sie ihren Kunden KG-Beteiligungen anbieten sollten, da es für die Bank hohe Provisionserträge gebe (Beil. ./D). 2005 wurde[n] von Mitarbeitern der beklagten Partei die KG-Beteiligungen der MPC aktiv Privatkunden angeboten, dh sie fragten bei [den] Kunden nach, ob sie nicht ihr frei verfügbares Kapital in KG-Beteiligungen investieren wollen.“

und beantragt nachstehende Ersatzfeststellungen:

„Die beklagte Partei hätte die Beteiligungen in ihr Produktportfolio auch dann aufgenommen, wenn sie keine über das Agio hinausgehende Provision erhalten hätte.

Die beklagte Partei hat ihren Mitarbeitern nicht kommuniziert, dass sie ihren Kunden aufgrund der Provisionserträge KG-Beteiligungen anbieten sollten. Die Mitarbeiter der beklagten Partei waren frei in ihrer Entscheidung, welche Produkte sie ihren Kunden vorschlagen; sie haben den Kunden jene Produkte vorgeschlagen, die ihrer Beurteilung nach den Anlagezielen der Kunden entsprachen.“

Weiters begehrt die Beklagte in Punkt 8.3.(v) der Berufung noch die Ersatzfeststellung, dass die Beklagte überzeugt gewesen sei, dass sie nach dem WAG 1996 die Innenprovision nicht habe offenlegen müssen.

3.2.1. Soweit in Punkt 8.2. der Berufung der Entfall von Feststellungen begehrt wird, liegt keine gesetzmäßige Ausführung der Tatsachenrüge vor (vgl allgemein RIS-Justiz RS0041835; vgl zum „ersatzlosen Entfall“ von Feststellungen: RIS-Justiz RS0041835 [T3]; zuletzt 6 Ob 119/15s und 3 Ob 26/17w).

3.2.2. Wie die Behandlung der Rechtsrüge zeigen wird, hat das Erstgericht die bekämpfte Feststellung zu Recht auf Basis des Regelbeweismaßes der ZPO getroffen.

3.2.3. Das Erstgericht begründet die bekämpfte Feststellung zum Vertrieb der Beteiligungen ohne Innenprovision ausführlich auf den Seiten 15 bis 17 der Urteilsausfertigung. Die Berufungswerberin richtet sich nicht nur inhaltlich gegen die Richtigkeit der Feststellung sondern vermeint auch, dass das Erstgericht den persönlichen Eindruck, den es im Rahmen der Einvernahme vom Zeugen Mag. Schoder gewonnen hat, nicht verwerten dürfe, weil die vermeintlichen Erinnerungen des Erstgerichts nicht durch das Protokoll gedeckt seien. Die Berufungswerberin wendet sich dabei insbesondere gegen den Eindruck des Erstrichters, dass der Zeuge bei vielen Fragen des Gerichtes den Blickkontakt mit den Beklagtenvertreter gesucht habe.

Gerade dem persönlichen Eindruck des erkennenden Richters kommt bei einer Tatsachenfeststellung, die in erster Linie (oder ausschließlich) aufgrund der Aussagen der beteiligten Personen zu treffen ist, eminente Bedeutung zu. Diese Überzeugungsbildung hat die Ergebnisse der gesamten Verhandlung miteinzubeziehen (ist daher auch

„Verhandlungswürdigung“), das heißt, dass alles Vorbringen der Prozessbeteiligten, ihr Verhalten während der Verhandlung und der persönliche Eindruck von den Prozessbeteiligten in die Würdigung einfließen sollen (*Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 272 Rz 1). Das Erstgericht setzte sich mit der Aussage des Zeugen Mag. Schoder, wonach die Beklagte auch ohne Innenprovision die MPC-Fonds veräußert hätte, auseinander. Dass es der Aussage des Mag. Schoder über weite Strecken keine Glaubwürdigkeit zumaß, begründete das Erstgericht nachvollziehbar. Der Erstrichter konnte sich eben nicht des Eindrucks erwehren, dass der Zeuge von Seiten der Beklagten auf die Verhandlung besonders vorbereitet wurde. Aufgrund seines Verhaltens bei der Einvernahme zog der Erstrichter den Schluss, dass der Zeuge nur jene Angaben machte, die mit der Rechtsvertretung der Beklagten abgestimmt waren. Wenn daher das Erstgericht seinen im Rahmen der Einvernahme gewonnenen persönlichen Eindruck in die Beweismwürdigung einfließen ließ, ist das nicht zu beanstanden.

3.2.4 Soweit die Beklagte in ihrer Tatsachrüge aufzeigen will, dass ausschließlich der Zeuge Mag. Schoder Auskunft darüber geben könne, ob der Vertrieb von Beteiligungen auch ohne Provision erfolgt wäre und demgegenüber ein Mitglied des Vorstandes nichts dazu ausführen hätte können, ist dem entgegenzuhalten, dass das Erstgericht im Rahmen der Beweismwürdigung nachvollziehbar darauf hinwies, dass derlei Entscheidungen vom Vorstand der Beklagten getroffen werden. Dies deckt sich auch mit der Aussage des Zeugen Mag. Schoder; er sagte aus, dass letztlich die Entscheidung darüber, ob eine Vertriebspartnerschaft eingegangen wird oder nicht, vom Vorstand getroffen wird (AS 347 1. Absatz), und er am Abschluss

der Vereinbarungen mit MPC und Lloyd nicht beteiligt gewesen war (AS 347 7. und 8. Absatz).

3.2.5. Ausgehend von der Aussage des Mag. Schoder (AS 354) steht der Zweck der Innenprovision fest, nämlich sollte damit zum einen der Vertriebsaufwand der Beklagten gedeckt werden und zum anderen eine Abgeltung bezahlt werden, dass die Kunden der Beklagten in die Kommanditbeteiligungen der MPC und nicht in andere ertragreichere Veranlagungsformen investieren. Wenn Mag. Schoder - worauf sich die Berufungswerberin stützt - auch angibt, dass die Beteiligungen auch ohne Innenprovision vertrieben worden wären (AS 351 letzter Absatz), steht dies im offenkundigen Widerspruch zu den oben zitierten Aussagen. Der Zeuge hat auch angegeben, dass die Beklagte „betriebswirtschaftlich orientiert“ sei (AS 350). Wenn das Erstgericht daraus den Schluss zieht, die Beklagte hätte die Beteiligungen nicht vermittelt, wenn sie keine Innenprovision erhalten hätte, ist dies nicht zu beanstanden. Dass das Gericht zwingend der für die Beklagte günstigeren Aussage hätte folgen müssen, widerspricht dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung.

Wieso der Umstand, dass die Nebenintervenientin der Beklagten die Innenprovision von sich aus angeboten habe, einen zwingenden Rückschluss darauf zulassen sollte, dass die Beklagte die Produkte auch ohne Innenprovision vertrieben hätte, legt die Berufung nicht nachvollziehbar dar.

Die Beklagte vermeint, allein die bessere Ertragslage bei anderen Produkten zeige, dass die Innenprovision für die Beklagte keine Rolle spiele. Das überzeugt nicht, steht doch fest, dass sie die Innenprovision als Abgeltung dafür erhalten hat, dass ihre Kunden in die

Kommanditbeteiligungen der MPC und nicht in andere ertragreichere Veranlagungsformen investiert haben. Auch die Behauptung der Berufungswerberin, dass andere Emittenten von geschlossenen Fonds der Beklagten höhere Provisionen angeboten hätten, lässt nicht den zwingenden Rückschluss zu, dass die Beklagte auch ohne jegliche Innenprovision bereit gewesen wäre, die Kommanditbeteiligungen in Holland 59 und Lloyd II zu vertreiben.

Wenn die Berufungswerberin damit argumentiert, dass die Beklagte immerhin bei einigen Kunden das Agio bis 1 % reduzierte habe und damit nur insgesamt 4,125 % - also weniger als das Agio von 5% - lukrierte und sie damit „selbstredend“ auch zur Vermittlung ohne Innenprovision bereit gewesen sei, ist dieses Argument durch kein Beweisergebnis gedeckt. Zudem lässt der Umstand, dass nur einigen Kunden, so auch dem Kläger, eine Reduktion des Agios angeboten wurde, nicht den Schluss zu, dass die Beklagte bereit gewesen wäre, auf die durch den Vertrieb der gesamten Kommanditbeteiligungen vereinnahmte Innenprovision zu verzichten. Vielmehr liegt der Schluss nahe, dass die Innenprovision der Beklagten erst den Spielraum eröffnete, manchen Kunden eine Reduktion des Agios zu gewähren.

3.2.6. Die Berufungswerberin moniert noch, die Negativfeststellung zur Frage, ob Organe der Beklagten davon überzeugt gewesen seien, dass eine Innenprovision nach dem WAG 1996 nicht offenzulegen sei, sei ohne Begründung getroffen worden. Das Erstgericht führte auf Seite 17 der Urteilsausfertigung aus, dass Mag. Schoder - der selbst kein Organ der Beklagten ist - keine Wahrnehmungen zum Wissen der Organe in diesem Punkt hatte. Davon, dass die Negativfeststellung ohne jegliche Begründung getroffen

worden wäre, kann keine Rede sein. Mag. Schoder gibt lediglich an, dass er von keiner Verpflichtung zur Offenlegung ausgegangen sei. Die Negativfeststellung ist daher nicht zu beanstanden. Wenn die Beklagte ausführt, das Erstgericht berufe sich auf „einzelne Entscheidungen des OLG Wien, wonach dem Einwand des mangelnden Verschulden nicht zu folgen wäre“, ist die Beweisrüge nicht gesetzmäßig ausgeführt.

3.3. Die Beklagte bekämpft in Punkt 10.1. der Berufung weiters die Feststellungen:

„Die Beklagte erhielt zusätzlich zum vom Kunden zu bezahlenden Agio von den Emittenten für die Vermittlung der Beteiligungen an der „Holland 59 KG“ 3,125%, für die Vermittlung der Beteiligung an der Lloyd II KG 4% von der Zeichnungssumme.

In dieser Rahmenvereinbarung war festgehalten, dass neben dem Agio, welches der Kunde für die Vermittlung der KG-Beteiligung zu entrichten hatte, aus dem vereinnahmten Kapital der KG eine weitere Provision an die beklagte Partei gezahlt werde.

Der Kläger ging davon aus, dass die Bank das von ihm zu zahlende Agio von 3,5% bekomme.“

Die begehrten Ersatzfeststellungen stehen mit den bekämpften Feststellungen in keinem Widerspruch. Auch sie räumen ein, dass die Beklagte neben dem Agio eine Innenprovision von 3,125% (Holland 59) bzw 4 % (Lloyd II) erhielt. Es ist auch kein Unterschied erkennbar zwischen der Feststellung, dass diese Innenprovision aus dem Beteiligungsbetrag des Klägers geleistet wurde, und der begehrten Ersatzfeststellung, wonach die Innenprovision von der Emittentin aus dem Gesellschaftsvermögen, welches sich aus Eigenkapital und Fremdkapital zusammensetze,

gezahlt wurde. Die Beteiligungsbeträge des Klägers waren nämlich dazu bestimmt, eben jenem Gesellschaftsvermögen zuzufließen. Warum „bei einem solchen Entgeltfluss“ an die Beklagte keine entgeltliche Beratung der Beklagten und damit kein Interessenkonflikt vorliegen sollte, erschließt sich dem Berufungsgericht nicht.

3.4. Die Beklagte bekämpft unter anderem noch die Feststellungen (Punkt 11.1. der Berufung):

„Hätte er gewusst, dass die Bank mehr als 3,5 % an Provision bekommt, hätte er das gegenständliche Rechtsgeschäft nicht abgeschlossen und wäre der Holland 59 KG nicht beigetreten.“

„Hätte er gewusst, dass die Bank mehr als 3,5 % an Provision bekommt, hätte er das gegenständliche Rechtsgeschäft nicht abgeschlossen und wäre er der Lloyd 2 KG nicht beigetreten.“

und beantragt demgegenüber folgende Ersatzfeststellungen:

„Der Kläger wusste als Investmentbanker, Senior-Fondsmanager der Capital Markets Group der Raiffeisen Zentralbank, Generaldirektor eines Private Equity Fonds, Chefanalyst mit jahrzehntelanger Erfahrung der Raiffeisen Investment AG, Geschäftsführer der Raiffeisen Ost Invest, dass Emittenten zusätzlich zum Agio eine Provision an den Vermittler leisten.“

Wäre der Kläger über die Innenprovision der beklagten Partei mündlich informiert worden, hätte der Kläger die Beteiligungen dennoch erworben. Die Entgelte der beklagten Partei und die mit einer Veranlagung verbundenen Kosten waren für den Kläger generell kein Aspekt für seine Anlageentscheidung.“

Die Beklagte begehrt neben den Ersatzfeststellungen in Punkt 11.1. der Berufung ohne nähere Begründung noch „Eventualfeststellungen“.

Das Erstgericht stützt die bekämpften Feststellungen auf die Aussage des Klägers, der das Erstgericht zusammengefasst davon überzeugen konnte, dass er den Kommanditgesellschaften deshalb nicht beigetreten wäre, weil er bei Kenntnis der der Beklagten zufließenden Innenprovision an der Objektivität der Beratung durch die Beklagte gezweifelt hätte. Gemäß § 272 Abs 1 ZPO hat das Gericht 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. 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). Das Berufungsgericht hat daher nach Erhebung einer Beweisrüge immer nur zu prüfen, ob das Erstgericht die Beweisergebnisse nach der Aktenlage schlüssig gewürdigt hat, nicht aber, ob seine Feststellungen mit der objektiven Wirklichkeit übereinstimmen (*Kodek in Rechberger, ZPO⁴, § 482 ZPO Rz 3*). Der bloße Umstand, dass die Beweisergebnisse möglicherweise auch andere als die vom Erstgericht getroffenen Feststellungen ermöglicht hätten, kann daher nicht zu einer erfolgreichen Bekämpfung der Beweiswürdigung und der darauf gegründeten Tatsachenfeststellungen führen (RIS-Justiz RES0000012). Vielmehr müsste der Berufungswerber die Überschreitung des dem Verhandlungsrichter durch § 272 ZPO eingeräumten Bewertungs-

spielraumes aufzeigen. Diesen Anforderung genügt die Tatsachenrüge nicht.

3.5. In Punkt 12.2. der Berufung bekämpft die Beklagte noch die Feststellungen:

„Hätte der Kläger das eingesetzte Kapital nicht in die Beteiligung bei der Holland 59 KG investiert, hätte er in die Produkte Raiffeisen-Osteuropa-Rent und Raiffeisen-Euro-Rent investiert und damit das Kapital erhalten sowie einen Wertzuwachs in der Höhe von jedenfalls 4% gehabt.“

„Hätte der Kläger das eingesetzte Kapital nicht in die Beteiligung bei der Lloyd II KG investiert, hätte er in die Produkte Raiffeisen-Osteuropa-Rent und Raiffeisen-Euro-Rent investiert und damit das Kapital erhalten sowie einen Wertzuwachs in der Höhe von jedenfalls 4% gehabt.“

und begehrt folgende Ersatzfeststellungen:

„Es kann nicht festgestellt werden, welche Veranlagung der Kläger anstatt der prozessgegenständlichen Beteiligungen erworben hätte. Der Kläger hätte alternativ jedenfalls Veranlagungen mit (Total-) Verlustrisiko erworben.“

Es kann nicht festgestellt werden, welche Rendite der Kläger mit seiner Alternativveranlagung erzielt hätte.“

Die Feststellungen zur Alternativveranlagung stützt das Erstgericht auf die Aussage des Klägers und den Performancereport ./21. Daraus ergibt sich, dass der Kläger bereits Ende des Jahres 2003 in das Produkt Raiffeisen-Euro-Rent investierte. Richtig zeigt die Berufung auf, dass der Kläger in das Produkt Raiffeisen-Osteuropa-Rent im Jahr 2009 investierte. Dieser Umstand spricht jedoch gerade nicht gegen die Annahme, dass der Kläger statt in

die gegenständlichen Beteiligungen in Raiffeisen-Osteuropa-Rent investiert hätte. Wenn die Beklagte in diesem Punkt aufzeigt, dass der Kläger in noch risikoreichere Produkte investiert habe, lässt sich daraus nicht zwingend schließen, dass er das gegenständlich eingesetzte Kapital auch solcherart veranlagt hätte. Das Erstgericht hat in seiner Beweiswürdigung schlüssig dargelegt, aufgrund welcher Beweisergebnisse und welcher Erwägungen es zu dem festgestellten Sachverhalt kommen konnte.

Es stellt ein wesentliches Gestaltungselement des modernen Zivilprozesses dar, dass das Gesetz dem Richter die Wertung der Ergebnisse des Beweisverfahrens nicht vorschreibt, sondern seiner persönlichen Überzeugung überlässt. Somit ist der Richter bei der Bildung der Überzeugung, ob die für die Feststellung einer Tatsache notwendige Wahrscheinlichkeit vorliegt, frei. Richtig weist das Erstgericht in diesem Zusammenhang auf die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs hin, wonach bei der Feststellung eines hypothetischen Kausalverlaufs, der sich naturgemäß nie mit letzter Sicherheit feststellen lässt, die überwiegende Wahrscheinlichkeit genügt, dass der Schaden auf das Unterlassen des pflichtgemäßen Handelns zurückzuführen ist (RIS-Justiz RS0022900). Die Berufungswerberin vermag unter dem Blickwinkel des vorliegend anzuwendenden Beweismaßes nicht darzustellen, dass die Beweiswürdigung des Erstgerichts und die darauf fußenden Feststellungen zwingend unrichtig wären. Der Tatsachenrüge war ein Erfolg daher zu versagen.

3.6. Die Beklagte bekämpft noch die Feststellungen (Punkt 15.1. der Berufung):

„Er nahm nicht wahr, dass die Formulare beidseitig bedruckt waren [...].

Es konnte nicht festgestellt werden, dass der Kläger drei Jahre vor Klagseinbringung erkannte, dass die beklagte Partei neben dem Agio eine weitere Provision in der Höhe von 3,125 bzw. 4% für die Vermittlung der KG Beteiligungen erhalten hatte.“

und beantragt stattdessen folgende Ersatzfeststellungen:

„Der Kläger wusste und nahm wahr, dass die Formulare beidseitig bedruckt waren. Der Kläger erklärte mit seinen Unterschriften auf diesen Formularen, dass er die Rückseiten mit den Beitrittsbedingungen und Risikohinweisen zustimmend zur Kenntnis genommen hat.

Der Kläger hat vor mehr als drei Jahren vor Klags- einbringung erfahren, dass die beklagte Partei neben dem Agio eine weitere Provision für die Vermittlung der KG- Beteiligungen erhalten hatte.“

Das Erstgericht stützt diese Feststellungen auf die Aussage des Klägers in ON 18, Seite 13 ff. Wenn das Erstgericht davon überzeugt war, dass er die bedruckten Rückseiten der Beilagen ./1 und ./2, als er diese unterfertigte, nicht wahrnahm, ist das nicht zu beanstanden, zumal der Kläger die Formulare ./1 und ./2 überflog und dabei nur die Beteiligungssumme und die Höhe des Agios kontrollierte. Stichhaltige Argumente, dass der Kläger die Rückseiten bei Unterfertigung der Urkunden (tatsächlich) wahrgenommen hat, zeigt die Berufungswerberin nicht auf.

Die bekämpfte Negativfeststellung zum Zeitpunkt der Kenntnis der Innenprovision durch den Kläger stützt das Erstgericht auf die Aussage des Klägers. Der Kläger sagte im Rahmen seiner Einvernahme aus, dass er sich im Jahr 2014 rechtlich beraten ließ und er von der Klagevertreterin von den von der Beklagten vereinnahmten Innenprovi-

sionen erfahren habe. Er gab auch an, dass er eine Recherche angestellt habe, ihm aber dieser Umstand nicht zur Kenntnis gelangt sei. Die dazu von der Berufungswerberin ins Treffen geführten Erwägungen gründen sich lediglich darauf, dass der in Anlagesachen sehr versierte Kläger bereits ab 2010 Nachforschungen angestellt haben soll und ihm die Beilage ./18 vorgelegen sei. Das Erstgericht konnte jedoch nicht feststellen, dass der Kläger die Beilage ./18 erhalten hatte.

Es gehört zum Wesen der freien Beweiswürdigung, dass die Tatsacheninstanz, die sich nicht zuletzt insbesondere auch einen persönlichen Eindruck von den vernommenen Personen verschaffen und diesen verwerten kann, sich für eine von mehreren widersprüchlichen Darstellungen aufgrund ihrer persönlichen Überzeugung, dass diese mehr Glaubwürdigkeit beanspruchen kann, entscheidet und einer von mehreren einander widersprechenden Versionen von Geschehensabläufen Glauben schenkt (RIS-Justiz RS0043175; *Klauser/Kodek*, ZPO¹⁷ § 272 ZPO E 24a).

Der bloße Umstand, dass ein anderer Geschehensablauf möglich ist bzw war, ist für sich allein nicht geeignet, Bedenken gegen die erstgerichtliche Beweiswürdigung zu erwecken. Für eine wirksame Bekämpfung der Beweiswürdigung des Erstgerichts und der von diesem getroffenen Tatsachenfeststellungen genügt es damit nicht, bloß auf einzelne, für den Prozesstandpunkt des Berufungswerbers günstige Beweismittel zu verweisen und darzulegen, dass auf Basis der vorliegenden Beweisergebnisse auch andere Rückschlüsse als jene, die das Erstgericht gezogen hat, möglich gewesen wären. Vielmehr muss aufgezeigt werden, dass die getroffenen Feststellungen zwingend unrichtig sind oder wenigstens bedeutend überzeugendere Beweiser-

gebnisse für andere Feststellungen vorliegen und das Erstgericht diesen und nicht anderen Beweismitteln Glauben hätte schenken müssen.

Der Berufung gelingt es auch unter diesem Blickwinkel nicht, Bedenken gegen die erstgerichtliche Beweiswürdigung zu wecken.

3.7. Das Berufungsgericht übernimmt daher die erstgerichtlichen Feststellungen als Ergebnis eines mangelfreien Verfahrens und einer schlüssigen Beweiswürdigung und legt sie der rechtlichen Beurteilung zu Grunde (§ 498 ZPO).

4. Rechtsrüge:

4.1. Vorauszuschicken ist, dass im Verfahren vorgelegte Urkunden, die ihrem Inhalt nach unstrittig sind (Firmenbuchauszüge ./26, ./28, ./29), der Entscheidung des Berufungsgerichtes ohne weiteres zugrunde zu legen ist (RIS-Justiz RS0121557), wobei deren Inhalt zur besseren Verständlichkeit bereits eingangs wiedergegeben wurde.

4.2.1. Die Beklagte moniert an verschiedenen Stellen in ihrer Berufung, dass die Beklagte den Kläger, ausgehend von seiner beruflichen Tätigkeit und Ausbildung, nicht habe über den Erhalt der Innenprovisionen aufklären müssen.

In diesem Zusammenhang vermisst die Beklagte die in Punkt 3.2. der Berufung ersichtlichen Feststellungen. Sie begründet die rechtliche Relevanz dieser Feststellungen damit, dass der Kläger aufgrund seiner beruflichen Stellungen als „Chefanalyst, Investmentbanker, Fondsmanager etc“ über die Existenz der Innenprovision Bescheid gewusst habe und nicht über die Innenprovision informiert hätte werden müssen. Hätten ihn die Entgelte interes-

siert, hätte er diese erfragen müssen. Einer diesbezüglichen Aufklärung durch die Beklagte habe es nicht bedurft.

Den begehrten Feststellungen fehlt es, soweit sie über die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen hinausgehen, wie die nachstehenden Ausführungen zeigen, an Relevanz.

4.2.2. Der Kläger erwarb am 1.9.2005 die Beteiligung an der Kommanditbeteiligung in Holland 59 und am 4.3.2008 eine Beteiligung in Lloyd II. Auf den Erwerb im Jahr 2005 finden die allgemeinen Bestimmungen des § 13 Z 2 und Z 4 WAG 1996 und auf den Erwerb im März 2008 die Wohlverhaltensregeln der §§ 38 ff WAG Anwendung.

Der Entscheidung 2 Ob 99/16x lag der Erwerb von Kommanditbeteiligungen unter Zwischenschaltung eines Treuhänders an mehreren deutschen Kommanditgesellschaften („Holland-Fonds“) durch eine Rechtsanwältin, welche häufig als Insolvenzverwalterin bestellt worden war, zugrunde. Zur Nichtoffenlegung der Innenprovision bestätigte der Oberste Gerichtshof die Rechtsansicht der Untergerichte, dass der Berater die in diesem Verfahren auftretende Klägerin über die der Beklagten zufließenden „Innenprovisionen“ aufklären hätte müssen. Aus den Bestimmungen des § 13 Z 2 und 4 WAG 1996, wonach der Wertpapierdienstleister verpflichtet war, sich bei der Erbringung der Dienstleistung um die Vermeidung von Interessenkonflikten zu bemühen und dafür zu sorgen, dass bei unvermeidbaren Interessenkonflikten der Kundenauftrag unter der gebotenen Wahrung des Kundeninteresses ausgeführt werde (Z 2) und dem Kunden alle zweckdienlichen Informationen mitzuteilen, soweit dies zur Wahrung der Interessen des Kunden und im Hinblick auf Art und Umfang der beabsichtigten Geschäfte erforderlich war (Z 4), lei-

tet sich die Verpflichtung ab, dem Kunden Kick-back-Vereinbarungen (Retrozessionen) offenzulegen. Wenn der Kunde selbst ein Entgelt für die Beratung und Vermittlung der Anlage leistet, muss er nicht annehmen, dass der Wertpapierdienstleister bei Auswahl bestimmter Produkte zusätzlich Vergütungen von anderer Seite erhält und dadurch - wie auch im Fall einer Vermögensverwaltung (6 Ob 110/07f) - die Gefahr entsteht, dass der Dienstleister nicht ausschließlich in seinem Interesse tätig wird.

Ein solcher Fall liegt hier zweifellos vor. Der Kläger leistete der Beklagten mit dem Ausgabeaufschlag (Agio) ein - noch dazu im Einzelfall ausgehandeltes - Entgelt für die Vermittlung der Anlage und die damit zusammenhängende Beratung. Daher durfte er darauf vertrauen, dass die Beklagte nicht zusätzlich auch noch vom Emittenten oder dessen Vertriebspartner eine Provision erhielt. Unter diesen Umständen war die Beklagte verpflichtet, auf die einen möglichen Interessenkonflikt herbeiführenden Provisionen hinzuweisen. Insofern ist auch ein Verschulden der Beraterin zu bejahen, weil sie nicht damit rechnen durfte, dass dem Kläger die (zusätzlichen) Innenprovisionen bewusst waren.

Selbst ein aufgrund seiner beruflichen Ausbildung und Tätigkeiten ableitbarer Kenntnis- und Erfahrungsstand des Klägers ließe nicht darauf schließen, dass er daraus angesichts der festgestellten, nur rudimentären mündlichen und schriftlichen Informationen wesentliche weitere Erkenntnisse - insbesondere zu den festgestellten zusätzlich zum Agio lukrierten Provisionen der Beklagten - gewinnen hätte können.

Die Berufungswerberin reduziert ihre Darstellung der Entscheidungsrelevanz auf allgemeine Ausführungen, dass der Kläger aufgrund seiner verschiedenen beruflichen Tätigkeiten „im Detail alle Entgelte, welche Banken für die Vermittlung von Anlageprodukten erhalten und welche Kostenbelastung Anleger im Zusammenhang mit ihren Veranlagungen wirtschaftlich tragen müssen“, habe. Selbst wenn der Kläger ein Spezialist in Veranlagungsfragen ist, bleibt damit aber offen, warum er daraus auf die ihm gegenüber gerade nicht offengelegte Provision zu den von ihm erworbenen Beteiligungen schließen hätte sollen und ihn entgegen den gesetzlichen Bestimmungen des WAG eine diesbezügliche Erkundungspflicht treffen sollte.

4.2.3. Beim Erwerb der Beteiligung Lloyd II KG lasen weder die Beraterin [REDACTED] noch der Kläger den Kapitalmarktprospekt (Beil./14). Die Werbebroschüre Beilage ./13 wurde von [REDACTED] bei der Beratung nicht verwendet. Es konnte nicht festgestellt werden, ob die Werbebroschüre ./71 dem Kläger gezeigt und übergeben wurde. Es konnte auch nicht festgestellt werden, dass dem Kläger vor Abschluss des Rechtsgeschäfts das Formularblatt „Allgemeine Information zum Anlagegeschäft“ (Beilage ./18) übergeben wurde und er von dessen Inhalt Kenntnis nahm. Keines der dem Kläger vorgelegten Formulare enthielt einen Hinweis darauf, dass die Beklagte neben dem Agio eine weitere Provision in der Höhe von 4% des Einlagekapitals erhalte.

Der Erwerb der Beteiligung des Klägers an der Lloyd II liegt im zeitlichen Anwendungsbereich des WAG 2007. Das WAG 2007 sieht gegenüber dem WAG 1996 erweiterte Wohlverhaltensregeln vor:

Der 5. Abschnitt des 2. Hauptstücks (§§ 38 f - „Verpflichtung zum Handeln im besten Interesse des Kunden“) sieht in § 38 („Allgemeine Pflichten“) unter anderem vor, dass ein Rechtsträger „ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse seiner Kunden zu handeln“ hat.

§ 39 WAG 2007 („Gewährung und Annahme von Vorteilen“) legt in Abs 1 fest, dass ein Rechtsträger dann nicht ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse seiner Kunden gemäß § 38 handelt, wenn er im Zusammenhang mit der Erbringung von Wertpapier- oder Nebendienstleistungen einen Vorteil gewährt oder annimmt. „Vorteile“ sind nach Abs 2 Gebühren, Provisionen, sonstige Geldleistungen oder nicht in Geldform angebotene Zuwendungen.

§ 39 Abs 3 WAG 2007 umschreibt besondere Ausnahmetatbestände, wonach die Gewährung oder Annahme von Vorteilen unter anderem dann zulässig ist, wenn sie von einem Dritten oder einer in seinem Auftrag handelnden Person gewährt werden und die Existenz, die Art und der Betrag des Vorteils dem Kunden vor Erbringung der betreffenden Wertpapier- oder Nebendienstleistung in umfassender, zutreffender und verständlicher Weise offen gelegt werden und der Vorteil darauf ausgelegt ist, die Qualität der für die Kunden erbrachten Dienstleistungen zu verbessern, und der Vorteil den Rechtsträger nicht dabei beeinträchtigt, pflichtgemäß im besten Interesse des Kunden zu handeln (Z 2).

Zulässig sind Vorteilszuwendungen auch, wenn sie die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen ermöglichen oder dafür erforderlich sind, wie Verwahrungsgebühren, Abwicklungs- und Handelsplatzgebühren, Verwaltungsgebühren oder gesetzliche Gebühren und ihrer Natur nach keine

Konflikte mit der Verpflichtung des Rechtsträgers hervorgerufen können, im besten Interesse seiner Kunden zu handeln (Z 3).

Dass diese Wohlverhaltensregeln - in Abkehr von der Rechtslage nach dem WAG 1996 - keine zivilrechtlichen Auswirkungen dahin haben sollten, dass sie vor- und nebenvertragliche Verpflichtungen umfassen, ist weder dem Gesetz noch den Materialien zu entnehmen (4 Ob 94/17b).

Der Ausnahmetatbestand des § 39 Abs 2 Z 3 WAG 2007 kommt der Beklagten nicht zugute, weil dieser technische, die Dienstleistung ermöglichende oder für diese erforderliche Vorteile erfasst, die schon ihrer Natur nach keine Konflikte mit der Verpflichtung zum Handeln im Kundeninteresse hervorrufen können. Umsatzbezogene Provisionen wie hier fallen daher schon deshalb nicht unter diesen Ausnahmetatbestand, weil eine zumindest mögliche Konfliktslage zwischen den Interessen des Dienstleisters und denen des Kunden hier auf der Hand liegt; ob solche Konfliktslagen typischerweise vorkommen oder nicht ist nicht maßgeblich (4 Ob 94/17b).

Nach der Rechtslage nach dem WAG 2007 ist über Innenprovisionen unabhängig davon aufzuklären, ob der Anleger darauf vertrauen durfte, die Beklagte werde keine Provisionen von dritter Seite erhalten (RIS-Justiz RS0131382 [T4]).

4.2.4. Selbst ein in Veranlagungen versierter Kläger hat daher Anspruch darauf, im Sinne der oben dargestellten Rechtslage von der Beklagten über die Innenprovisionen beim Erwerb der strittigen Beteiligungen aufgeklärt zu werden. Das Erstgericht hat festgestellt, dass der Kläger die strittigen Beteiligungen nicht erworben hätte, wenn er über die Innenprovision informiert worden wäre. Damit

steht nun fest, dass er vom Bestand der Innenprovision keine Kenntnis hatte. Kennenmüssen reicht in diesem Zusammenhang nicht aus. Zudem zeigt die Berufungswerberin keine Umstände auf, aus welchen sich ergeben würde, dass der Kläger von den im Zusammenhang mit den konkreten Beteiligungserwerben von der Beklagten vereinnahmten Kick-back-Zahlungen wissen hätte sollen. Damit steht der bei fehlerhafter Anlageberatung bereits durch den Erwerb des nicht gewünschten Vermögenswerts eingetretene (reale) Schaden fest (2 Ob 99/16x mwN; vgl RIS-Justiz RS0129706).

4.3. Der Oberste Gerichtshof hat in der eben genannten Entscheidung schon dahin Stellung genommen, dass eine Verletzung der Pflicht zur Offenlegung der Innenprovisionen - unabhängig von deren Höhe - den im Erwerb der nicht gewünschten Anlage liegenden Schaden dann begründet, wenn der Berater nicht nachweist, dass der Erwerb der Anlage mangels Interessenkollision nicht im Rechtswidrigkeitszusammenhang mit der Pflichtverletzung steht. Eine solche Interessenkollision wäre dann nicht relevant, wenn die Beklagte die strittige Beteiligung auch dann empfohlen hätte, wenn sie diese Vergütung von ihrem Vertriebspartner nicht erhalten hätte (vgl 4 Ob 94/17b).

Die Beklagte führt in ihrer Berufung aus, dass der Oberste Gerichtshof damit klargestellt habe, dass der Rechtswidrigkeitszusammenhang nur durch das konkrete schädigende Verhalten verwirklicht werden könnte. Wesentlich sei also, ob die konkrete Beteiligung dem konkreten Anleger von seinem Kundenbetreuer bei den konkreten Erwerben empfohlen worden wäre, wenn die Beklagte keine Innenprovision erhalten hätte.

Der Oberste Gerichtshof verwendet die Begriffe „Beklagte“ und „Berater“ in den Entscheidungen zu „Hol-

land-Fonds" im Zusammenhang mit der Frage des Rechtswidrigkeitszusammenhangs/der Interessenskollision als bedeutungsgleiches Wort. So heißt es in 2 Ob 99/16x [...] „wenn die Beklagte die strittigen Beteiligungen empfohlen hätte" oder in 7 Ob 95/17x „wenn der Berater nicht nachweist, dass der Erwerb der Anlage mangels Interessenskollision nicht im Rechtswidrigkeitszusammenhang mit der Pflichtverletzung steht. Eine solche wäre zu verneinen, wenn die Beklagte die strittige Beteiligung auch dann empfohlen hätte, wenn sie diese Vergütung vom Vertriebspartner nicht erhalten hätte." [...]. Auch wenn der OGH das Wort „Berater" verwendet, ist damit nicht die Person des die Beratung durchführenden Kundenbetreuers, sondern immer die beklagte Bank bzw der beklagte Wertpapierdienstleister gemeint. Der Rechtswidrigkeitszusammenhang würde nämlich nur dann fehlen, wenn die Beklagte das Produkt auch ohne Leistung einer Innenprovision durch ihren Vertriebspartner vertrieben hätte (vgl 2 Ob 99/16x), sodass es auf den Wissensstand des konkreten Beraters und dessen Motivation zur Empfehlung der geschlossenen Fonds nicht ankommt.

Ein Abstellen auf den Horizont des konkreten Anlageberaters würde in einer Konstellation wie der vorliegenden dazu führen, dass es der Wertpapierdienstleister als Unternehmen in der Hand hätte, durch das Unterlassen der Weitergabe von Informationen an die einzelnen Berater das Risiko einer Haftung auf einfache Weise zu vermeiden. Entscheidend ist also insgesamt die Interessenskollision beim Erbringer der Wertpapierdienstleistung iSd WAG (1996). Den in diesem Zusammenhang begehrten Feststellungen in Punkt 7.1.2. der Berufung kommt daher keine rechtliche Relevanz zu.

4.4. Die Frage, ob ein Interessenkonflikt ausgeschlossen ist, wenn die Beklagte für sämtliche Veranlagungsprodukte ein Entgelt erhält, hat der Oberste Gerichtshof in seiner Entscheidung 2 Ob 172/17h dahingehend beantwortet, dass die Beklagte ihrer Ersatzpflicht nicht durch den bloßen Nachweis entgehen kann, sie biete nur Produkte an, für die sie eine Provision erhalte. Ob sie beim Vertrieb anderer Produkte ein höheres Entgelt erhalten hätte, ist unbeachtlich. Auch in diesem Fall kann nämlich immer noch ein Interesse bestehen, gerade ein bestimmtes Produkt zu vermitteln. Den als fehlend begehrten Feststellungen in Punkt 7.2.3. kommt somit keine rechtliche Relevanz zu.

4.5. Die Beklagte argumentiert weiters damit, dass das Agio nicht an sie, sondern an die Emittentin geleistet worden sei und sie deshalb kein Entgelt für die Beratung erhalten habe. Daraus zieht sie den Schluss, dass sie eine Pflicht zur Information über die Innenprovision nicht treffe.

Das Erstgericht stellte fest, dass die Beklagte das vom Kläger bezahlte Agio erhielt. Darauf, ob das Agio vom Kunden direkt an die Beklagte oder vorerst an die Emittentin geleistet wurde und diese das Entgelt in weiterer Folge an die Beklagte weiterleitet, kommt es nicht an. Wesentlich ist nämlich nicht der „konkrete Zahlungsfluss“, sondern ob die Beklagte für den Vertrieb der Beteiligungen das vom Kläger gezahlte Agio im Endeffekt auch erhält.

4.6. Die Berufungswerberin rügt in Punkt 7.2.4., dass das Erstgericht seine Feststellungen dazu, ob sie die Beteiligungen auch ohne Innenprovision vertrieben hätte, unter Zugrundelegung eines unrichtigen Beweismaßes

getroffen habe, weil es unzutreffender Weise vom Regelbeweismaßstab der ZPO ausgehe. Die Rechtsprechung lasse das reduzierte Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit bei hypothetischem Verhalten genügen; dieses sei daher auch auf die Feststellungen zur Interessenskollision anzuwenden.

Mit den Fällen, in denen die Rechtsprechung die überwiegende Wahrscheinlichkeit als Beweismaß ausreichen lässt und die vornehmlich schwer zu beweisende fiktive Geschehensabläufe betreffen (RIS-Justiz RS0124818; RS0026101; RS0022782 [Kausalität für Schaden]; RS0022706 [Anwaltsfehler, fiktiver sonstiger Prozessverlauf]; RS0038222; RS0026412 [T13; ärztliche Behandlungsfehler]; RS0022900 [Kausalität der Unterlassung]; RS0030842 [Verdienstentgang]), ist der vorliegende Fall, in dem ein bestimmter Willensentschluss, nämlich die Frage, ob die Beklagte die Kommanditbeteiligungen ohne Kick-back-Zahlungen auch empfohlen hätte, nicht zu vergleichen. Die Rechtsprechung fordert selbst bei einem Anleger im Zusammenhang mit einer unterlassenen Ad-hoc-Meldung für die Frage, ob er bei deren Kenntnis eine andere (oder keine) Veranlagungsentscheidung getroffen hätte, den Beweis nach dem Regelbeweismaß der hohen Wahrscheinlichkeit. Der Anleger befindet sich nämlich in Bezug auf seine Willensentscheidung in keinem ein herabgesetztes Beweismaß rechtfertigenden Beweisnotstand (vgl RIS-Justiz RS0040288; 9 Ob 26/14k; 2 Ob 97/11w). Gleiches muss für die Willensentscheidung, ob die Beklagte die strittigen Beteiligungen mit oder ohne Kick-back-Zahlungen empfohlen hätte, gelten. Dass sich die Beklagte in einem ein herabgesetztes Beweismaß rechtfertigenden Beweisnotstand

befinden würde, hat die Berufungswerberin im Übrigen gar nicht behauptet.

4.7. Die Beklagte meint, es treffe sie an der mangelnden Aufklärung über die Innenprovision kein Verschulden, weil das WAG 1996 keine Aufklärungspflicht über Entgelte bei Anlageberatung vorgesehen habe, der OGH erstmals nach den hier gegenständlichen Beteiligungserwerben in 6 Ob 110/07f in einem eine Vermögensverwaltung betreffenden Fall eine solche Aufklärungspflicht angenommen habe und diese vom OLG Wien noch 2015 in zwei Fällen verneint worden sei.

Dabei übersieht die Beklagte jedoch, dass der OGH in 2 Ob 99/16x die Verpflichtung zur Offenlegung der Innenprovision aus der Verpflichtung, sich um die Vermeidung von Interessenkonflikten zu bemühen und dafür zu sorgen, dass bei unvermeidbaren Interessenkonflikten der Kundenauftrag unter der gebotenen Wahrung des Kundeninteresses ausgeführt werde (§ 13 Z 2 WAG 1996) sowie jener, dem Kunden alle zweckdienlichen Informationen mitzuteilen, soweit dies zur Wahrung der Interessen des Kunden und im Hinblick auf Art und Umfang der beabsichtigten Geschäfte erforderlich war (§ 13 Z 4 WAG 1996), herleitete. Ein Verschulden des Beraters wurde schon deshalb bejaht, weil er nicht damit rechnen durfte, dass der dortigen Anlegerin die (zusätzlichen) Innenprovisionen bewusst waren.

Die Offenlegungspflicht resultiert damit aus dem Gesetz und den (hier gleich gelagerten) Umständen des konkreten Beratungsvertrags. Auf die Unkenntnis des ersteren kann sich die Beklagte nicht berufen (§ 2 ABGB), die Umstände des Beratungsvertrags waren ihr definitiv bekannt. Das bloße Fehlen einer die Offenlegungspflicht ausdrücklich beahenden Judikatur kann das Verschulden an

einer diesbezüglichen Vertragsverletzung nicht ausschließen (vgl OLG Wien 1 R 110/17d).

4.8. Zur Frage der Verjährung hat der Oberste Gerichtshof bereits klargestellt, dass die dreijährige Verjährungsfrist nach § 1489 ABGB nach dem Wortlaut des Gesetzes mit Kenntnis von Schaden und Schädiger beginnt. Kennenmüssen reicht daher grundsätzlich nicht aus (RIS-Justiz RS0034366 [T3, T6]).

In gewissem Umfang wird aber eine Erkundungspflicht angenommen (RIS-Justiz RS0034686 [T12]), wenn der Geschädigte die für die erfolgversprechende Anspruchsverfolgung notwendigen Voraussetzungen ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung bringen kann (RIS-Justiz RS0034524 [T21]; RS0034366 [T20]). Diese Erkundungspflicht darf aber nicht überspannt werden (RIS-Justiz RS0034327). Sie setzt regelmäßig deutliche Anhaltspunkte für einen Schadenseintritt voraus. Es braucht konkrete Verdachtsmomente, aus denen der Anspruchsberechtigte schließen kann, dass Verhaltenspflichten nicht eingehalten wurden (RIS-Justiz RS0034327 [T21 vgl auch T36]).

Es entspricht der ständigen Rechtsprechung, dass auch in Anlegerhaftungsfällen dann, wenn bei mehreren spezifischen Risiken jeweils eine gesonderte Verletzung von Aufklärungspflichten in Betracht kommt, die Verjährung getrennt zu beurteilen ist. Eine gesonderte Prüfung setzt voraus, dass der behauptete Beratungsfehler tatsächlich eine eigenständige, den geltend gemachten Anspruch begründende Pflichtverletzung bildet („Trennungsthese“) (vgl 2 Ob 99/16x, 10 Ob 58/16a). Zu dieser Frage hat der Oberste Gerichtshof in 2 Ob 99/16x (mzwN) dahin Stellung genommen, dass bereits vor dem Inkrafttreten des WAG 2007 ein Anlageberater den Anleger auf ihm

von dritter Stelle zufließende Provisionen jedenfalls dann hinzuweisen hatte, wenn der Anleger selbst ein Entgelt für die Beratung und Vermittlung der Anlage leistete und daher nicht mit solchen (weiteren) Zahlungen durch den Emittenten oder dessen Vertriebspartner an den Berater und der damit verbundenen Gefahr einer Interessenkollision rechnen musste. Nach der Rechtslage nach dem WAG 2007 ist über Innenprovisionen unabhängig davon aufzuklären, ob der Anleger darauf vertrauen durfte, die Beklagte werde keine Provisionen von dritter Seite erhalten (4 Ob 94/17b; RIS-Justiz RS0131382 [T 4]).

Ausgehend davon, dass nicht festgestellt werden konnte, dass der Kläger drei Jahre vor Klagseinbringung erkannte, dass die Beklagte neben dem Agio eine weitere Provision für die Vermittlung der Kommanditbeteiligungen erhalten hat, ist der darauf gestützte Anspruch nicht verjährt. Es steht zudem fest, dass sich weder in der dem Kläger übergebenen Beitrittserklärung ./1 noch im Risiko-profil ./2 beim Erwerb der Beteiligung an der Holland 59 ein Hinweis auf eine Innenprovision findet.

Dass dem Kläger im Zusammenhang mit dem Erwerb der Beteiligung an der Lloyd II die „Allgemeinen Informationen zum Anlagegeschäft“ (Beilage ./18) übergeben wurden, konnte - entgegen den Ausführungen in der Berufung - gerade nicht festgestellt werden. Auf die diesbezüglichen Ausführungen war nicht weiter einzugehen, weil sie nicht vom festgestellten Sachverhalt ausgehen. Den in diesem Zusammenhang begehrten Feststellungen in Punkt 14.3.1., 14.3.2., 14.4.1. und 14.5.1. fehlt es an Relevanz; weder aus den in den Geschäftsberichten enthaltenen Investitionsplänen noch aus den zitierten Schreiben der TVP ergibt sich ein Hinweis auf die durch den Vertrieb der

Kommanditbeteiligungen der Beklagten zugeflossenen Innenprovisionen.

Der Entscheidung 2 Ob 99/16x lag ein ähnlich gelagerter Sachverhalt zu Grunde. Der Oberste Gerichtshof verneinte die Erkundungspflicht im Zusammenhang mit Innenprovisionen mit der Begründung, dass es für die dortige Klägerin keinen Anlass gab, an eine durch Innenprovision verursachte Interessenskollision zu denken. Gleiches gilt im vorliegenden Fall. Mit ihrer Argumentation, die Innenprovisionen seien Teil der „ausgewiesenen Kapitalbeschaffungskosten“ gewesen, zeigt die Beklagte keine die Erkundungspflicht des Klägers auslösenden Umstände auf. Inwieweit der Kläger schon aus dem Begriff „Kapitalbeschaffungskosten“ darauf hätte schließen müssen, dass es sich um das Entgelt der Beklagten für die Vermittlung der von den Anlegern veranlagten Beträge handle, ist nicht nachvollziehbar. Auch warum der Kläger dem Begriff hätte entnehmen können, dass darin auch Provisionen der Vertriebspartner der Beklagten für die Vermittlung - nicht des Kapitals sondern der Anlage - enthalten sind, bleibt ebenfalls offen (vgl 7 Ob 95/17x).

4.9. Die Beklagte führt in ihrer Berufung weiters aus, dass der Kläger aufgrund der Medienberichte Kenntnis davon erlangen hätte können, dass die Beklagte für die Vermittlung der Beteiligung Innenprovisionen erhalten hat. Das Erstgericht stellte in diesem Zusammenhang fest, dass am 29.7.2013 ein Bericht in der Tageszeitung „Die Presse“ mit dem Inhalt veröffentlicht wurde, dass Banken bei Beteiligungen in „Holland Fonds“ Kick-Back-Zahlungen erhalten hätten. Weitere Berichte blieben bis Mai 2014 aus. Die gegenständliche Klage langte am 10.2.2016 bei Gericht ein. Die Beklagte will aus den von ihr zitierten

vier Medienberichten im Zeitraum zwischen August 2012 bis Dezember 2012 bereits eine verdichtete Medienberichterstattung orten, welche den Beginn der Verjährung - insbesondere weil der Kläger Fondsmanger und Chief Analyst sei - bereits in Gang gesetzt habe.

Zur Frage der Relevanz von Medienberichterstattung besteht bereits Judikatur (vgl 7 Ob 204/05h, 1 Ob 68/05i, 6 Ob 172/05w, 8 Ob 98/09h), die jeweils Schäden aus irrtümlich zu viel bezahlten Zinsen bei Kreditverträgen zur Grundlage hatte. In diesen Fällen wurde als entscheidend angesehen, ob und wann sich die Medieninformation derart verdichtet hatte, dass die Kreditnehmer ersehen konnten, dass ihre konkreten Kreditverträge unkorrekt abgerechnet worden wären (6 Ob 172/05w) bzw dass der Anspruchsteller ohne nennenswerte Mühe Umstände entnehmen konnte, dass „in seinem Fall“ bzw wenigstens „durch seine Bank“ unrichtige Berechnungen von Zinsen erfolgt wären (8 Ob 98/09h), oder dass „ihre Kreditverträge“ inkorrekt abgerechnet worden seien (1 Ob 68/05i).

Bei lediglich vier Berichterstattungen in einem Zeitraum von etwas mehr als vier Monaten kann von keiner „verdichteten“ Medienberichterstattung im oben aufgezeigten Sinn ausgegangen werden, die geeignet wäre den Beginn der Verjährung auszulösen. Darüber hinaus kann diese Berichterstattung - wobei darauf verwiesen wird, dass die ihrem Inhalt nach unstrittige Urkunde ./68 ohne weiteres der rechtlichen Beurteilung durch das Berufungsgericht zugrunde gelegt werden kann (vgl RIS-Justiz RS0121557) - den Beginn der Verjährung auch deshalb nicht auslösen, weil sich sämtliche Beiträge auf Beteiligungen an Schiffsfonds beziehen. Auch ein versierter Anleger müsste durch die Berichterstattung erkennen können, dass in sei-

nem Fall bei seiner konkreten Beteiligung oder zumindest seine Bank - wobei das Anführen von „Raiffeisen“ in einem Artikel nicht ausreichend konkret ist - im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Kommanditbeteiligungen Innenprovisionen lukriert hat, ohne diese offenzulegen. Unbestimmt und allgemein gehaltene Meldungen reichen dagegen nicht aus, um den Beginn der Verjährungsfrist auszulösen (1 Ob 68/05i). Soweit die Berufungswerberin in diesem Zusammenhang in Punkt 14.7.1. noch darüber hinaus gehende sekundäre Feststellungsmängel geltend macht, fehlt es ihnen an rechtlicher Relevanz.

4.10. Die Berufungswerberin führt aus, dass die Finanzkrise als Folge der Insolvenz der Lehman Brothers gerichtsbekannt sei und begehrt die in Punkt 17.2. der Berufung ersichtlichen Feststellungen. Der Rechtswidrigkeitszusammenhang sei zu verneinen, weil die Beklagte zum einen nicht für das eingetretene Marktrisiko hafte und kein Verschulden der Beklagten vorliege. Die unterlassene Aufklärung über die Innenprovision sei nicht risik erhöhend gewesen, selbst bei erfolgter Aufklärung hätte die Weltwirtschaftskrise dieselben Auswirkungen auf die Kommanditbeteiligungen gehabt.

Dem ist zu erwidern, dass das mit der konkreten Veranlagung allenfalls verbundene „Marktrisiko“ sich angesichts der Feststellung, dass der Kläger bei ordnungsgemäßer Aufklärung zur Innenprovision die Beteiligungen gar nicht erworben hätte und im Hinblick auf die Feststellungen zur Alternativveranlagung gar nicht verwirklicht hätte (vgl 7 Ob 95/17x). Den in Punkt 17.2. der Berufung monierten Feststellungen kommt keine rechtliche Relevanz zu. Auch der in Punkt 7.3. der Berufung aufgezeigten

„Überkompensation des Klägers“ kommt damit keine Relevanz zu.

4.11. Zum Mitverschulden des Klägers:

4.11.1. 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 (vgl. RIS-Justiz RS0027284). Das Mitverschulden des Geschädigten an der Herbeiführung seines eigenen Schadens im Sinn des § 1304 ABGB setzt die Sorglosigkeit gegenüber den eigenen Gütern voraus (RIS-Justiz RS0032045). 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 (2 Ob 99/16x; RIS-Justiz RS0102779 [T6, T7]).

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 gleichteiligen Mitverschulden des Anlegers ausgeht (3 Ob 49/12v; vgl. auch 5 Ob 106/05g [Absolventin einer Handelsakademie]; 2 Ob 99/16x [Rechtsanwältin und Insolvenzverwalterin]; 10 Ob 58/16a [selbständiger Unternehmer, Gesellschafter einer anderen KG und Mitglied eines Aufsichtsrats]; nimmt sie bei unerfahrenen Anlegern unter vergleichbaren Voraussetzungen entweder gar kein (zB 2 Ob 2107/96h; 3 Ob 40/07i; 4 Ob 62/11p; 2 Ob 238/12g; 10 Ob 34/13t) oder ein geringeres, zumeist mit einem Drittel (zB 8 Ob 132/10k; 4 Ob 67/12z;

10 Ob 70/15i) bewertetes Mitverschulden an (2 Ob 133/16x).

4.11.2. Den in Punkt 18.1.1. und 19.1.1. iVm 19.1.2. der Berufung monierten Feststellungen fehlt es an Relevanz, weil das Mitverschulden des Klägers bereits auf Basis des vorliegenden Sachverhalts beurteilt werden kann:

Der Kläger verfügt über gute Kenntnisse des Finanzanlagenmarktes, wobei er einen Teil seines Portfolios selbst gestaltete und dafür eigenständig Kapitalanlagen aussuchte. Er ist (unstrittig) Betriebswirt und war Geschäftsführer der Raiffeisen Ost Invest Unternehmensbeteiligungsges.m.b.H.. Aufgrund seiner Ausbildung und der Ausübung dieser beruflichen Funktion ist davon auszugehen, dass der Kläger jedenfalls über Grundkenntnisse einer Unternehmensführung und von Gesellschaftsbeteiligungen verfügt. Ein solcher Anleger handelt sorglos in eigenen Angelegenheiten, wenn er nicht einmal die von ihm dreifach zu unterfertigenden Beitrittserklärungen liest, zumal sich die ausdrückliche Erklärung darin findet, dass er mittelbar über die jeweilige Treuhänderin eine Kommanditbeteiligung an der Holland 59 bzw Lloyd II erwarb. Weiters findet sich an nicht versteckter Stelle, sondern unmittelbar nach den personenbezogenen Daten des Klägers der Auftrag an die Treuhänderin, „in eigenem Namen aber auf seine Rechnung eine Kommanditbeteiligung an der Emittentin in folgender Höhe zu erwerben“.

Als geschäftsführendes Organ einer GmbH hätte der Kläger aufgrund dieser Erklärung erkennen können, dass es sich um eine Beteiligung an einer (Kommandit-)Gesellschaft handelt. Dies hätte bei ihm ein ausreichendes Risikobewusstsein hervorrufen und ihn zumindest zur

weiteren Durchsicht des Informationsmaterials veranlassen müssen. Auf der Rückseite der Beitrittserklärungen ./1 und ./10 findet sich jeweils der Hinweis, dass im ungünstigsten Fall auch ein Totalverlust des eingesetzten Kapitals möglich ist. In den ihm vorgelegten produktbezogenen Anlegerprofilen Beilage ./2 und ./11 wurde (auch) auf die mögliche Verpflichtung zur Rückzahlung von Ausschüttungen und den möglichen Totalverlust hingewiesen. Dort findet sich der Hinweis, *„Es könnte also die auf das gezeichnete Kapital beschränkte Kommanditistenhaftung wieder aufleben, sofern Ausschüttungen erfolgen, die das Kapitalkonto negativ werden lassen“*. Die ihrem Inhalt nach unstrittigen Urkunden konnten der Entscheidung des BerufungsgERICHTS ohne weiteres zugrunde gelegt werden (RIS-Justiz RS0121557).

Da der Kläger schon beim Durchlesen der Beitrittserklärungen leicht hätte erkennen können, dass der Erwerb keinesfalls seinen Vorstellungen entsprach, hat er dadurch einen Beitrag für den Schadenseintritt, nämlich den Erwerb der ungewollten Anlage, geleistet (vgl 7 Ob 95/17x). Dies stellt im Hinblick auf die Ausbildung und die Erfahrung des Klägers eine zu berücksichtigende Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten dar (vgl 10 Ob 58/16a), weil der Erwerb sowohl auf die dargestellte eigene Sorglosigkeit des Klägers, als auch auf die unterbliebene Information über die Innenprovision zurückzuführen ist (vgl 2 Ob 99/16x).

4.11.3. Der erkennende Senat schließt sich in diesem Zusammenhang nicht der Ansicht an, dass bei mehreren Beratungsfehlern eine Minderung des Schadenersatzes nur dann in Betracht kommt, wenn das sorglose Verhalten des Geschädigten auch in Korrelation zum jeweiligen Aufklä-

rungsfehler steht (so jedoch 8 Ob 109/16m; 1 Ob 112/17b). Der Schaden liegt - auch hier - darin, dass der Kläger eine risikobehaftete Anlageform erworben hat, welche die von ihm gewünschten Eigenschaften nicht erfüllt, weil etwa die Gefahr des Totalverlusts besteht (vgl RIS-Justiz RS0022537 [T11; vgl auch T22, T24]; 4 Ob 94/17b), hier insbesondere in der Ausprägung der Verpflichtung zur Rückzahlung bereits erhaltener Ausschüttungen. Der im Erwerb der unerwünschten Anlage bestehende Schaden wäre ebenso wenig eingetreten, wenn der Kläger die oben dargelegte Sorgfalt angewendet hätte, wie bei pflichtgemäßer Aufklärung über die Innenprovision durch die Beklagte. Maßgebend ist das Mitverschulden am konkreten Schaden, nicht aber am Beratungsfehler. Soweit in den genannten Entscheidungen des OGH (8 Ob 109/16m [Punkt 5.2.]; 1 Ob 112/17b) eine Korrelation des Verhaltens des Geschädigten Anlegers zum jeweiligen Aufklärungsfehler gefordert wird, um Mitverschulden zu begründen, kann dem nicht gefolgt werden. Der Schadensbegriff im oben dargelegten Sinn erfordert eine Fehlvorstellung des Anlegers über eine Eigenschaft der Anlage. Die Innenprovision ist aber keine „Eigenschaft“ der Anlage, sodass die mangelnde Aufklärung des Anlegers über eine solche Zahlung für sich allein noch keinen Schaden darzustellen vermag (anders aber offenbar 8 Ob 109/16m).

4.11.4. Auf dieser Grundlage ist ein gleichteiliges Mitverschulden des Klägers anzunehmen. Der Schaden des Klägers liegt im Erwerb der nicht gewünschten Anlage und dieser Erwerb stützt sich sowohl auf seine Sorglosigkeit in Bezug auf das von ihm so genannte „Verharmlosen der Risiken dieser Veranlagung durch die Beklagte“ und den sogenannten „Ausschüttungsschwindel“ als auch auf die

unterbliebene Information über die Innenprovisionen. Es ist daher von einem gleichteiligen Mitverschulden auszugehen. Das Mitverschulden des Klägers führt somit zur Abweisung des halben Zahlungsbegehrens von EUR 13.820,24 sA sowie des Feststellungsbegehrens zur Hälfte.

4.12. Nach ständiger Rechtsprechung kommt zusätzlich zum Leistungsbegehren in Form der „Naturalrestitution“ ein Feststellungsbegehren insoweit in Betracht, als der Anleger behauptet und nachweist, dass ihm künftig derzeit noch nicht bekannte Schäden entstehen können (RIS-Justiz RS0129706). Diese Gefahr könnte im vorliegenden Fall darin bestehen, dass der Kläger aus gesellschaftsrechtlichen Gründen die vom Erstgericht festgestellten erhaltenen Ausschüttungen zurückzahlen muss (10 Ob 58/16a), was sich schon aus der Natur der Kommanditbeteiligung ergibt (7 Ob 95/17x; 8 Ob 109/16m). Den in Punkt 19.1.1. der Berufung begehrten Feststellung kommt daher keine Relevanz zu.

Auf die in der Berufung nach Schluss der Verhandlung erster Instanz aufgezeigte geänderte Sachlage ist nicht einzugehen, weil das Berufungsgericht die angefochtene Entscheidung auf Grund der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt ihrer Erlassung zu überprüfen hat (RIS-Justiz RS0041116 [T3]).

4.13.1. In Punkt 4.2.1. begehrt die Beklagte die Feststellung,

„Der Kläger hat die Anlegerbestätigung, Beilage ./5, erhalten, in welcher er auf seine Gesellschafterstellung, seine Haftung als Gesellschafter sowie auf die Möglichkeit, den KMG-Prospekt kostenlos anzufordern, hingewiesen wurde“.

Die Berufungswerberin argumentiert zusammengefasst damit, dass sich aus dieser Urkunde sowie aus den Beitrittsunterlagen und den Risikohinweisen für den Kläger die Risikoträchtigkeit der Veranlagung ergeben hätte. Die Berufungswerberin übersieht jedoch die wesentliche Feststellung des Erstgerichts, dass keines der Formulare einen Hinweis enthielt, dass die Beklagte neben dem Agio eine Innenprovision erhält. Welche rechtliche Relevanz der Inhalt des Schreibens im Hinblick auf die die Beklagte treffende Pflicht zur Information der von ihr vereinnahmten Innenprovisionen haben sollte, zeigt die Berufung nicht auf.

4.13.2. Auch den in Punkt 6.1 der Berufung begehrten Feststellungen fehlt es an rechtlicher Relevanz. Die Beklagte behauptet nicht, dass die ihr im konkreten Fall ausbezahlte Innenprovision im KMG-Prospekt aufscheint. Aus den von der Beklagten ins Treffen geführten KMG-Prospekten (Beilagen ./8, Seite 62, und ./14, Seite 74) ergibt sich das jedenfalls nicht.

5. Aus Anlass des Rechtsmittels der Beklagten war dem Feststellungsbegehren eine deutlichere, dem tatsächlichen Begehren des Klägers entsprechende Fassung zu geben (RIS-Justiz RS0041254), weil vom Feststellungsbegehren nur zukünftige Schäden umfasst sein können. Der im Spruch des Ersturteils im Zinsenlauf aufscheinende Schreibfehler von EUR 18.77,34 statt EUR 18.077,34 wurde vom Berufungsgericht berichtigt.

6. Die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens erster und zweiter Instanz gründet sich auf § 43 Abs 1 ZPO, im Berufungsverfahren iVm § 50 ZPO, was bei gleichzeitigem Obsiegen zur Kostenaufhebung führt. Die jeweiligen Pauschalgebühren sind dem Kläger, im Berufungsverfah-

ren der Beklagten, jeweils zur Hälfte zu ersetzen. Die Nebenintervenientin hat bei gleichzeitigem Unterliegen der Hauptpartei keinen Kostenersatzanspruch (RIS-Justiz RS0035807; RS0035816).

7. Der Ausspruch über den Wert des Entscheidungsgegenstands beruht auf § 500 Abs 2 Z 1 lit b ZPO.

Die ordentliche Revision war zuzulassen, weil die Frage, ob der beklagten Bank beim ihr obliegenden Nachweis einer fehlenden Interessenkollision eine Beweiserleichterung zu gewähren ist, bisher nicht Gegenstand der höchstgerichtlichen Rechtsprechung war und für eine Vielzahl noch gerichtsanhängiger Fälle von Bedeutung ist. Weiters liegt zur Frage, ob die Annahme eines relevanten Mitverschuldens nur dann in Betracht kommt, wenn dem Anleger vorzuwerfen wäre, dass ihm die Fehlerhaftigkeit (oder Unvollständigkeit) gerade dieser Aufklärung bereits vor oder bei Vertragsabschluss hätte auffallen müssen, also ob eine Minderung des Schadenersatzes nur in Betracht kommt, wenn das sorglose Verhalten des Geschädigten auch in Korrelation zum jeweiligen Aufklärungsfehler steht, keine einheitliche Rechtsprechung des Obersten Gerichtshof vor.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 1, am 24. September 2018

Dr. Regine Jesionek

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG