



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

129 R 22/19g

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten Mag. Iby als Vorsitzenden, den Richter MMag. Sloboda und den Kommerzialrat Langenbach, MBA, in der Rechtssache der klagenden Parteien [REDACTED]

[REDACTED]

vertreten durch Dr. Wolfgang Leitner et al., Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei **Raiffeisenlandesbank Niederösterreich-Wien AG**, Friedrich-Wilhelm-Raiffeisen-Platz 1, 1020 Wien, vertreten durch Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, sowie die Nebenintervenientin auf Seite 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 jeweils EUR 19.771,14 sA und Feststellung (Streitwert: EUR 5.000.--), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Endurteil des Handelsgerichts Wien vom 4.1.2019, 34 Cg 32/15k-44, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, jeder klagenden Partei die mit jeweils EUR 1.705,21 (darin EUR 284,20 an USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt je klagender Partei EUR 5.000.--, nicht aber EUR 30.000.--.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

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

Die Kläger zeichneten über Beratung durch die Beklagte am 16.2.2006 eine Beteiligung an der Neunundfünfzigsten Sachwert Rendite-Fonds Holland GmbH & Co KG (in der Folge „Holland 59 KG“ oder „Holland 59“), wofür sie unter Zuschlag eines Agios von 5 % jeweils EUR 26.250.-- zahlten. Der Erstkläger erhielt insgesamt Ausschüttungen von EUR 6.463,31, die Zweitklägerin solche von EUR 6.478,86.

Die Kläger ließen sich von [REDACTED] einem Angestellten der Beklagten, wegen der Finanzierung eines Reihenhaus-Kaufs beraten. Letztlich entschieden sie, den Hauskauf über ein Leasingmodell zu finanzieren, weshalb sie Eigenmittel von EUR 50.000.-- zur Veranlagung frei hatten. Sie teilten dem Berater mit, dass sie diesen Betrag in 10 Jahren wieder zur Verfügung haben wollten und eine sichere Veranlagung wünschten. Daraufhin empfahl ihnen der Berater eine Veranlagung in Holland 59; es handle sich um einen Immobilien-Fonds, der von den Experten in der Raiffeisenbank auf Herz und Nieren geprüft worden sei. Im schlimmsten Fall erhielten die Kläger nur das eingesetzte Kapital zurück. Über die Rechtsnatur der Ausschüttungen und die Gefahr einer Rückzahlung von Ausschüttungen sprachen die Kläger und ihr Berater nicht. Die Kläger wollten die prognostizierten Ausschüttungen zur teilweisen Zahlung der monatlichen Leasingraten heranziehen, die Rückzahlung des eingesetzten Kapitals am Laufzeitende sollte dem vorzeitigen Auskaufen des Reihenhauses aus dem Leasingvertrag dienen.

Die Beklagte erhielt 3,125 % als Innenprovision von der Nebenintervenientin. Über diese - neben dem Agio bestehende - Innenprovision informierte der Berater die

Kläger nicht. Hätten die Kläger davon gewusst, hätten sie die Beteiligungen nicht erworben. **Es kann nicht festgestellt werden, ob die Beklagte die strittigen Beteiligungen auch dann empfohlen hätte, wenn sie dafür (abgesehen vom offen gelegten Ausgabeaufschlag) keine Vergütungen von ihrem Vertriebspartner erhalten hätte.**

Der Berater wies die Kläger weder auf die Möglichkeit eines Totalverlusts des Kapitals noch die mögliche Rückzahlung von Ausschüttungen oder das Wiederaufleben der Haftung hin. Wären die Kläger über diese Umstände aufgeklärt worden, hätten sie ihr Geld nicht in Holland 59, sondern auf einem Sparbuch angelegt oder überhaupt ein anderes, kreditbasiertes Finanzierungsmodell für das Reihenhaus gewählt. Die Kläger hätten damit keine Verluste erlitten.

Tatsächlich waren die in der Folge gewährten Ausschüttungen so genannte Liquiditätsausschüttungen, die aus den Mieterträgen abzüglich der Aufwendungen lukriert werden sollten und nicht zwingend vom Bilanzgewinn gedeckt sein mussten. Die Ausschüttungen mussten zwar operativ aus der Gesellschaft erwirtschaftet worden sein, letztlich reduzierten sie aber die Einlage. Die Kläger stellten sich die als Ausschüttungen bezeichneten Auszahlungen hingegen als bilanzielle Gewinne vor und rechneten im schlechtesten Fall damit, nach zehn Jahren Laufzeit (nur) ihr veranlagtes Kapital (zur Gänze) zurück zu erhalten. Die Haftung der Kommanditisten bei der Holland 59 KG ist zwar auf die bedungene Einlage beschränkt, allerdings kann die Ausschüttung liquider Mittel, die keinem Gewinn der Gesellschaft entspricht, zu einem Wiederaufleben der beschränkten Kommanditistenhaftung führen. Der Kreditgeber und Gläubiger der TVP Treuhand und Verwaltungsgesellschaft für Publikumsfonds GmbH (in der Folge: TVP), die die Kommanditanteile an der Holland 59

KG treuhändig hielt (vgl. nur das nicht substantiiert bestrittene Vorbringen der Beklagten ON 10 S 14 und den Inhalt der Beilage ./5), einerseits sowie TVP und die MPC Capital AG andererseits vereinbarten, dass der Darlehensgeber vollständig auf allfällige Rückforderungen von bisher geleisteten Auszahlungen (Ansprüche aus §§ 171, 172 Abs 4 dHGB [Inanspruchnahme wegen nicht gewinngedeckter Ausschüttungen]) gegenüber den Anlegern verzichte. TVP und MPC Capital AG verpflichteten sich, alle Anleger der Fondsgesellschaft von einer Inanspruchnahme aus vertraglichen Ansprüchen und Steuerverbindlichkeiten, zu denen die Fondsgesellschaft zukünftig verpflichtet sein könnte, frei zu stellen. **Nicht festgestellt werden kann, dass es ausgeschlossen ist, dass für die Kläger noch weitere Schäden (Haftungen) aus den Kommanditbeteiligungen entstehen können.**

Im **ersten Rechtsgang** wies das Erstgericht ein Zinsenmehrbegehren rechtskräftig ab. Im Übrigen hob das Berufungsgericht das Urteil im klagsstattgebenden Umfang auf. Der OGH gab dem gegen diesen Beschluss erhobenen Rekurs nicht Folge. Folgende Streitpunkte sind im zweiten Rechtsgang bereits als abschließend erledigt anzusehen:

- Der Anspruch der Kläger wegen mangelnder Aufklärung über die von der Beklagten bezogene Innenprovision ist nicht verjährt (ON 29 S 55 und ON 36 S 16).
- Die Kläger trifft kein Mitverschulden (ON 36 S 17f).
- Die von den Klägern beehrte Naturalrestitution ist weder untunlich noch unmöglich (ON 36 S 16f).
- Die Beklagte wäre verpflichtet gewesen, die Kläger über die von ihr bezogene Innenprovision aufzuklären. Diese Pflichtverletzung war für den Schadenseintritt kausal (ON 36 S 14f).

- Den Klägern drohen (grundsätzlich) auch nach Durchführung der Naturalrestitution weitere Schäden, weil sie zur Rückzahlung der erhaltenen Ausschüttungen verpflichtet sein könnten (ON 36 S 18f).

Im zweiten Rechtsgang zu klären ist damit (ausschließlich) die Frage, ob der Schaden im Rechtswidrigkeitszusammenhang mit der Pflichtverletzung der Beklagten stand. Dazu führte der OGH im ersten Rechtsgang aus, dass eine Interessenkollision - bei deren Vorliegen der Rechtswidrigkeitszusammenhang zu bejahen wäre - dann zu verneinen wäre, wenn die Beklagte die strittigen Beteiligungen auch dann empfohlen hätte, wenn sie dafür (abgesehen vom Agio) keine Vergütungen von ihrem Vertriebspartner erhalten hätte. Die Beweislast dafür treffe die Beklagte (ON 36 S 15).

Die **Kläger** beehrten die Zahlung von jeweils EUR 19.771,14 sA Zug um Zug gegen das Angebot auf Abtretung ihrer sämtlichen Rechte aus der Beteiligung und die Feststellung, dass die Beklagte für alle zukünftigen Schäden, die den Klägern aus den Beteiligungen entstünden, ersatzpflichtig sei. Sie machten Schadenersatzansprüche aus fehlerhafter Anlageberatung geltend und brachten - stark zusammengefasst und soweit für das Berufungsverfahren noch von Relevanz - vor, dass sie aufgrund der Beratung durch die Beklagte jeweils EUR 25.000.-- zuzüglich Agio in die Kommanditgesellschaft investiert haben. Die Beklagte habe sich bei der Beratung aufgrund von Kick-Back-Zahlungen in einem nicht offen gelegten Interessenkonflikt befunden. Sie habe insgesamt rund EUR 7,5 Mio. an unzulässigen Kick-Back-Zahlungen aus MPC-Beteiligungen erhalten. Auf den Kenntnisstand des

einzelnen Beraters komme es nicht an.

Bei Offenlegung des Interessenkonflikts hätten die Kläger die Beteiligung nicht gezeichnet, sondern stattdessen das Geld kapitalerhaltend eingesetzt.

Die Kläger hätten ein Interesse an der begehrten Feststellung, weil die Gefahr einer Inanspruchnahme durch Drittgläubiger der Gesellschaft und durch Mitgesellschafter bestehe. Das Risiko einer künftigen Inanspruchnahme der Kläger sei weiterhin nicht gänzlich ausgeschlossen, weil die Qualität der Freistellungs-Verpflichtung von der Bonität der MPC Capital AG abhängt. Dass die Holland 59 KG bereits abgewickelt sei, behauptete die Beklagte gar nicht. Außerdem bestehe die Gefahr, dass die Kläger in Zukunft Steuern und Steuerberatungshonorare zahlen müssen.

Die **Beklagte** beantragte die Abweisung der Klage, weil - ebenfalls stark zusammengefasst und soweit für das Berufungsverfahren noch von Relevanz - sie sich nicht in einem Interessenkonflikt befunden habe. Sie habe keine verbotenen Kick-Back-Zahlungen, sondern eine zulässige Innenprovision erhalten. Der Beklagten sei ein kleiner Teil der Kapitalbeschaffungskosten als Provision zugekommen. Wäre dieser Teil der Kapitalbeschaffungskosten nicht der Beklagten zugeflossen, wäre er von Dritten vereinbart worden, sodass sich an ihrer Höhe nichts geändert hätte. Da die Beklagte ihr Entgelt ausschließlich von der Nebenintervenientin erhalten habe, bestehe gegenüber dem Kläger keine Aufklärungspflicht. Die Beklagte habe im Hinblick auf die Innenprovision nicht schuldhaft gehandelt, weil sie überzeugt gewesen sei, dass keine Verpflichtung zu deren Offenlegung existiere. Die Beklagte habe sich in keinem Interessenkonflikt befunden, weil sie die Beteiligungen an geschlossenen Fonds auch dann ver-

mittelt hätte, wenn sie zusätzlich zum Agio keine Innenprovision erhalten hätte. Die von der Beklagten lukrierten Entgelte seien bei der Entscheidung über die Aufnahme des Vertriebs einer Veranlagung niemals ein Kriterium. Die Beklagte hätte mit anderen Produkten höhere Entgelte erzielen können. Die meisten Endkundenbetreuer der Beklagten - wie auch [REDACTED] - hätten von der Innenprovision gar keine Kenntnis gehabt; schon aus diesem Grund könne die Innenprovision für die Anlageempfehlung durch den Berater, der in seiner Entscheidung zur Empfehlung von Anlageprodukten frei gewesen sei, keine Rolle gespielt haben.

Das Feststellungsbegehren sei unzulässig, weil im konkreten Fall eine Rückforderung der Ausschüttungen ausgeschlossen sei. Goldman Sachs als einziger Gläubiger der Holland 59 KG habe auf die Inanspruchnahme von Anlegern wegen nicht gewinngedeckter Ausschüttungen endgültig und vollständig verzichtet; außerdem hätten TVP und MPC Capital AG eine Freistellungserklärung gegenüber den Klägern abgegeben. Die Kläger könne auch keine künftige Steuerlast treffen, weil der Wert der Immobilien die Verbindlichkeiten unterschreite und daher kein steuerbarer Tatbestand vorliege.

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 Endurteil gab das **Erstgericht** dem (verbliebenen) Klagebegehren statt. Es stellte den aus den Seiten 2 und 9 bis 19 der Urteilsausfertigung ersichtlichen Sachverhalt fest, auf den verwiesen wird und der bereits auszugsweise wiedergegeben wurde. Die im Berufungsverfahren bekämpften Feststellungen wurden mit

Fettdruck hervorgehoben.

In rechtlicher Hinsicht ging das Erstgericht davon aus, dass unter Beachtung der im ersten Rechtsgang überbundenen Rechtsansicht der Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen der Pflichtverletzung der Beklagten und dem eingetretenen Schaden zu bejahen sei. Auch das Feststellungsbegehren sei berechtigt; zwar habe die Beklagte im zweiten Rechtsgang releviert, dass bei den Klägern der Eintritt eines weiteren Schadens ausgeschlossen sei. Allerdings könne der Eintritt weiterer Schäden auf Basis der getroffenen Feststellungen gerade nicht gänzlich ausgeschlossen werden. Die Gesellschaft sei noch nicht abgewickelt und die Nachhaftung noch nicht abgelaufen.

Dagegen richtet sich die **Berufung** der Beklagten wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens, unrichtiger Tatsachenfeststellungen in Folge unrichtiger Beweismwürdigung und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung im gänzlich klagsabweisenden Sinn. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Kläger beantragen, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist **nicht berechtigt**.

1. Zur Mangelhaftigkeit des Verfahrens:

1.1. Die Beklagte rügt im Zusammenhang mit der Innenprovision Stoffsammlungsmängel (Punkt 4.1. der Berufung). Als solche werden Mängel bezeichnet, die die Sammlung des Prozessstoffes und damit die Spruchreife betreffen (*Fucik in Rechberger*⁴ § 196 ZPO Rz 2). Sie sind nach der Rechtsprechung von der Rügepflicht nach § 196 Abs 1 ZPO ausgenommen, sodass sie auch ohne ausdrückliche Rüge im Verfahren erster Instanz im Rechtsmittel geltend gemacht werden können (RIS-Justiz RS0037055 und

RS0037041).

Jedoch lassen die Rechtsmittelausführungen nicht erkennen, welche Verfahrensvorschriften das Erstgericht verletzt haben und wie dadurch die Sammlung des Prozessstoffes zum genannten Thema im erforderlichen Ausmaß unterblieben sein soll. Die Behauptung von Stoffsammlungsmängeln ist daher nicht nachvollziehbar.

1.2. Einen weiteren Verfahrensmangel erblickt die Berufungswerberin darin, dass das Erstgericht den Zeugen [REDACTED] nicht ergänzend einvernommen hat.

1.2.1. Der Berufungswerberin gelingt es aber nicht, die Relevanz des behaupteten Verfahrensmangels aufzuzeigen. Die Beklagte führt aus, dass sie den Zeugen zum Beweis dafür beantragt habe, dass er in seiner Entscheidung zur Vermittlung von Anlagen frei gewesen sei, er kein Interesse und keine Vorgaben zur Vermittlung eines geschlossenen Fonds gehabt habe und er den Klägern - wie allen Kunden - nur passende Veranlagungen vorgeschlagen habe, ohne dass Entgelte der Beklagten ein Aspekt gewesen seien. Damit spricht die Berufungswerberin aber keinen für die rechtliche Beurteilung entscheidenden Punkt an. Wie in der Folge noch zu zeigen sein wird (siehe Punkt 3.2.2.), kommt dem Kenntnisstand des einzelnen Beraters - und damit auch dessen Motivation zur Empfehlung der geschlossenen Fonds - keine maßgebliche Relevanz zu. Überdies behauptet die Beklagte in der Berufung gar nicht, dass sie den Kenntnisstand des Beraters durch dessen ergänzende Einvernahme unter Beweis habe stellen wollen.

Die gerügten Verfahrensmängel liegen damit insgesamt nicht vor.

2. Zur Tatsachenrüge:

2.1. Das österreichische Zivilprozessrecht ist vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung beherrscht. Das Ge-

richt 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 Fasching/Konecny*³, § 272 ZPO 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). Bloß der Umstand, dass die Beweisergebnisse möglicherweise auch andere als die vom Erstgericht getroffenen Feststellungen ermöglicht hätten, kann noch nicht zu einer erfolgreichen Bekämpfung der Beweiswürdigung und der darauf gegründeten Tatsachenfeststellungen führen.

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 ZPO*⁴ § 471 ZPO Rz 8 mwN; RIS-Justiz RS0041835).

2.2. Die Beklagte bekämpft die Feststellung zum Vor-

liegen eines **Interessenkonflikts** bei der Beklagten im Zusammenhang mit der Innenprovision.

2.2.1. Der bekämpften Feststellung wird zuerst eine konkrete, inhaltlich in einem unmittelbaren Konnex stehende gewünschte Ersatzfeststellung gegenüber gestellt; danach wird ausgeführt, dass die Beklagte als Ersatzfeststellung „auch die in den Punkten 3.1.2., 3.2.3. und 4.2. beantragten (ergänzenden) Feststellungen“ begehre (Berufung S 26).

2.2.2. Auf Fragen des Beweismaßes muss in diesem Zusammenhang nicht eingegangen werden, weil das Erstgericht der bekämpften Feststellung ohnehin zu Gunsten der Berufungswerberin das reduzierte Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu Grunde legte (US 32 unten).

2.2.3. Der Berufungswerberin gelingt es aber nicht aufzuzeigen, dass das Erstgericht den ihm im Rahmen der Beweiswürdigung zukommenden Spielraum überschritten hätte. Das Erstgericht erwog, dass es keine überzeugenden Beweisergebnisse dafür gebe, dass die Beklagte die Beteiligungen auch ohne Vergütung ihres Vertriebspartners empfohlen hätte. Es entspreche der allgemeinen Lebenserfahrung, dass eine Bank auf Gewinnerzielung ausgerichtet sei. Bei großer Nachfrage von Kunden – wie hier im Hinblick auf die MPC-Beteiligungen – werde die Beklagte regelmäßig Vertriebsvereinbarungen mit Innenprovision abschließen. Die Beklagte schließe wohl nur Geschäfte ab, die ihren Aufwand abdeckten und mit denen sie Gewinn erziele. Bedenke man den vom Zeugen Mag. Schoder geschilderten hohen administrativen Aufwand für die Verteilung der Unterlagen und die Schulung der Mitarbeiter, so sei die Aussage des Zeugen Mag. Schoder, dass die Beklagte die Beteiligungen auch ohne Innenprovision empfohlen hätte, nicht überzeugend. Dass die Beklagte mit anderen Produkten höhere Provisionen

lukriert hätte, lasse den von der Beklagten gewünschten Schluss nicht zu. Mehrere interne Mails dokumentierten zudem, dass der Beklagten die Provisionserträge wichtig gewesen seien. Der Zeuge Dr. Cowling habe betont, dass die Beklagte höhere Innenprovisionen als andere Vertriebspartner erhalten habe. Insgesamt sei es damit lebensfremd, dass die Beklagte die MPC-Fonds auch ohne Innenprovision vertrieben hätte.

Die Berufung hebt hingegen hervor, dass es ausschließlich Beweisergebnisse gebe, die für eine Vermittlung der Fonds auch ohne Innenprovision sprächen. Dem kann allerdings aus folgenden Erwägungen nicht gefolgt werden:

2.2.4. Zwar betonte der Zeuge Mag. Schoder, dass die Beklagte auch ohne Innenprovision die geschlossenen Fonds vertrieben hätte (etwa Beilage ./81 S 6), allerdings hat sich das Erstgericht mit dieser Aussage auch auseinander gesetzt und ihr mit nachvollziehbaren Argumenten die Glaubwürdigkeit abgesprochen.

Dass die einzelnen Anlageberater über die Existenz einer Innenprovision bzw deren Höhe nicht Bescheid wussten, spricht nicht zwingend dafür, dass die Innenprovision für die beklagte Bank keine entscheidende Rolle gespielt hätte. Für die Richtigkeit der Einschätzung des Erstgerichts lassen sich auch die von diesem bereits berücksichtigten Beilagen ./K und ./Q ins Treffen führen. Diese Mails waren an die Geschäftsleiter der Raiffeisenbanken Niederösterreich adressiert und zeigen sehr deutlich, dass für die Beklagte die Provisionserträge, die auch die in den Mails allerdings nicht gesondert erwähnte Innenprovision umfassten, wichtig waren (etwa Beilage ./Q Punkte 1., 2. und 4. der „Summary“) und die Aufnahme geschlossener Fonds in das Portfolio der Beklagten dem Aufbau eines Zusatzgeschäfts

- also dem Gewinnen neuer Kunden - diene (Beilage ./Q Punkt 3.). Auch erhellt aus dem Mail Beilage ./Q die Strategie der Beklagten, den Verkauf eines geschlossenen Fonds mit einem „Kombinationsgeschäft“ (etwa Abschluss von „Fondssparen“) zu verbinden (Punkt 3.). Soweit die Berufungswerberin meint, dass sich aus der in Beilage ./K enthaltenen Tabelle ergebe, dass die Beklagte mit anderen Veranlagungen mehr Provisionen erzielt hätte, ist ihr zu erwidern, dass in dieser Tabelle eine Einmal-Provision mit einer laufenden Provision verglichen wird und auch (mangels Lesbarkeit) unklar bleibt, über welchen Zeitraum die Beklagte die laufende Provision zu lukrieren gedachte.

Dass der Zeuge Mag. Schoder auf die Gesamtprovision abstellte (etwa Beilage ./82 S 17), stützt die beweiswürdigenden Überlegungen des Erstgerichts. Da die Innenprovision einen - den Kunden nicht offen gelegten - Teil der Gesamtprovision ausmachte, liegt deren Bedeutung für die Bank auf der Hand. Zu berücksichtigen ist, dass die Innenprovision der Bank einen Spielraum bei Spesenverhandlungen mit ihren Kunden eröffnete, den sie bei einem Verzicht auf die Innenprovision nicht gehabt hätte. Zu bedenken ist, dass ein (kostenbewusster) Kunde, dem nur ein Agio von 5 % genannt wird, eher zu einer Zeichnung bereit sein wird als einer, dem eine Gesamtprovision von 8 % genannt wird.

Wenn die Berufungswerberin meint, dass allein die bessere Ertragslage bei anderen Produkten zeige, dass die Innenprovision für die Beklagte keine entscheidende Rolle gespielt habe, vermag dies ebenfalls nicht zu überzeugen. Es mag sein, dass die beklagte Bank mit anderen Produkten höhere Provisionen lukrierte, dies bedeutet jedoch keinesfalls zwingend, dass die Existenz einer Innenprovision für den Vertrieb der geschlossenen Fonds

durch die Beklagte nicht essentiell gewesen wäre. Auch die Behauptung der Berufungswerberin, dass andere Emittenten von geschlossenen Fonds der Beklagten höhere Provisionen angeboten hätten, lässt nicht den Rückschluss zu, dass die Beklagte auch ohne jegliche Innenprovision bereit gewesen wäre, die geschlossenen Fonds der Nebenintervenientin zu vertreiben. Entgegen den Berufungsausführungen hat das Erstgericht den Zeugen Dr. Cowling mit der Aussage, dass die von der Beklagten lukrierte Innenprovision überdurchschnittlich höher gewesen sei als jene anderer Institute (US 33), korrekt zitiert (Beilage ./O S 9).

Selbst wenn man von der Aussage des Zeugen Mag. Schoder ausginge, dass die Beklagte bei zwei Private-Equity-Beteiligungen keine Innenprovision erhalten habe (ON 41 S 2), lässt dies in Anbetracht der Vielzahl an geschlossenen MPC-Fonds, die die Beklagte vertrieb, keinen zwingenden Rückschluss darauf zu, dass die Beklagte die zahlreichen MPC-Fonds - darunter Holland 59 - auch ohne Gewährung einer Innenprovision empfohlen hätte.

Für die Richtigkeit der Beweiswürdigung des Erstgerichtes spricht im Übrigen auch die allgemeine Lebenserfahrung: Ausgehend von der Erfahrungstatsache, dass Zahlungen im Wirtschaftsleben in der Regel nicht zwecklos erbracht werden, ist davon auszugehen, dass die Nebenintervenientin den Kick-back an die Beklagte leistete, damit diese ihre Produkte vertreibt. Wäre jene der Meinung gewesen, der Kick-back sei nicht notwendig, um die Beklagte zum Vertrieb ihrer Produkte zu bewegen, hätte sie sich die Aufwendungen dafür wohl erspart.

Warum es für die Beklagte als gewinnorientiertes Unternehmen wirtschaftlich vernünftig gewesen wäre, die Beteiligungen auch ohne Innenprovision zu vermitteln, ist

nicht nachvollziehbar, schließt doch das Lukrieren von Innenprovisionen eine Langfristigkeit der Kundenbeziehungen und die Zufriedenheit der Kunden nicht automatisch aus. Entscheidend dafür ist vielmehr, ob die Qualität der von der Beklagten vermittelten Produkte stimmte, wovon diese und die einzelnen Berater offenkundig überzeugt waren (*vgl. US 11: auf Herz und Nieren geprüft*).

Insgesamt gelingt es der Berufung - auch unter Zubilligung eines reduzierten Beweismaßes - damit nicht, die Beweiswürdigung des Erstgerichts in diesem Punkt zu erschüttern.

2.3. Weiters bekämpft die Beklagte die *non-liquet*-Feststellung zum Entstehen künftiger Schäden. Das Erstgericht stützte diese Feststellung - die entgegen den Berufungsausführungen nicht bloß eine rechtliche Beurteilung vornimmt - auf die Überlegung, dass die Beklagte nicht einmal behauptet habe, dass eine Vereinbarung mit allen Gläubigern getroffen worden sei. Sie habe auch nicht vorgebracht, dass die Holland 59 KG bereits abgewickelt sei. Dass der Wert der Immobilien gemäß den Jahresabschlüssen 2013 und 2014 die Verbindlichkeiten unterschreite, sei kein Beweis dafür, dass bei der zukünftigen Veräußerung der Liegenschaften tatsächlich (nur) dieser angenommene Wert erzielt werde. Die Kläger könnten auch direkt als Gesellschafter im Rahmen ihrer persönlichen Steuerpflicht in Anspruch genommen werden. Selbst der Zeuge Dr. Cowling habe eine Rückforderung nicht ausschließen können. Dieser umfassenden Beweiswürdigung des Erstgericht setzt die Berufung nichts Stichhältiges entgegen. Insbesondere zeigt sie nicht auf, dass eine Vereinbarung mit allen Gläubigern getroffen worden wäre (*vgl. vielmehr Berufung S 44: „Goldman Sachs (als einziger wesentlicher Gläubiger)“*). Alleine dieser Umstand rechtfertigt im Zusammenhalt mit

der schon vom Erstgericht zitierten Aussage des Zeugen Dr. Cowling die getroffene *non-liquet*-Feststellung. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass die Abwicklung der Holland 59 KG nach wie vor nicht beendet ist. Insgesamt vermag damit die Beweisrüge keine Bedenken gegen die Richtigkeit der bekämpften Feststellung zu erwecken.

Das Berufungsgericht übernimmt die bekämpften Feststellungen als Ergebnis einer schlüssigen Beweiswürdigung und legt sie der rechtlichen Beurteilung zu Grunde (§ 498 ZPO).

3. Zur Rechtsrüge:

3.1. Das Bestehen einer Aufklärungspflicht der Beklagten über das Bestehen einer (dem Anleger gegenüber nicht offengelegten) **Innenprovision** ist bereits im ersten Rechtsgang bindend bejaht worden (2 Ob 172/17h Punkt 1.).

3.2. Die Berufungsausführungen zeigen in diesem Zusammenhang keine wesentlichen neuen Aspekte auf:

3.2.1. Dass die Beklagte ihrer Ersatzpflicht nicht durch den bloßen Nachweis entgehen kann, sie biete nur Produkte an, für die sie eine Provision erhalte, hat der OGH bereits ausgeführt (2 Ob 172/17h). Gleiches muss für das Argument gelten, die Beklagte lukriere mit anderen Produkten höhere Provisionen (so bereits OLG Wien 2 R 61/15b [unveröff.]). Die in diesem Zusammenhang als fehlend gerügten Feststellungen (Punkt 3.2.3. der Berufung) sind damit entbehrlich.

3.2.2. Die Begriffe „Beklagte“ und „Berater“ werden in den Entscheidungen des OGH zu „Holland-Fonds“ im Zusammenhang mit der Frage des Rechtswidrigkeitszusammenhangs teils offenkundig als Synonyme verwendet (vgl etwa 10 Ob 58/16a: „der Berater bzw die Beraterbank“). Auch wenn der OGH das Wort „Berater“ verwendet, ist daher damit nicht die Person des konkreten Endkundenbetreuers,

sondern die beklagte Bank gemeint. Der Rechtswidrigkeitszusammenhang würde nämlich nur dann fehlen, wenn die Beklagte das Produkt auch ohne Leistung einer Innenprovision durch ihren Vertriebspartner vertrieben hätte (so ausdrücklich 2 Ob 99/16x), sodass es auf den Wissensstand des konkreten Beraters und dessen Motivation zur Empfehlung der geschlossenen Fonds nicht maßgeblich ankommt.

Dies ergibt sich auch aus der jüngst veröffentlichten Entscheidung 8 Ob 166/18x. Darin betont der OGH die Relevanz des besonderen Eigeninteresses der Beklagten am Vertrieb der „Holland-Fonds“. Jedenfalls dann, wenn die beklagte Bank durch spezielle verkaufsfördernde Maßnahmen im Ergebnis Einfluss auf die Beratungstätigkeit des einzelnen Beraters nimmt, kann es auf den Kenntnisstand des Beraters selbst nicht ankommen (Punkt 2.2.). Derartige verkaufsfördernde Maßnahmen hat das Erstgericht auch im vorliegenden Fall disloziert festgestellt, ist es doch erkennbar davon ausgegangen, dass die Ausführungen des Zeugen Mag. Schoder zum „hohen administrativen Aufwand für die Verteilung der entsprechenden Vertriebs- und Verkaufsunterlagen“ zutreffen (US 32). Ebenso stellte das Erstgericht disloziert fest, dass die Beklagte für die Produkte Schulungen organisierte, dafür MPC-Mitarbeiter beizog und Schulungen in Kooperation mit diesen durchführte (erneut US 32). Insgesamt liegt damit ein der Entscheidung 8 Ob 166/18x vergleichbarer Sachverhalt vor.

Soweit die Entscheidung 11 R 202/17g des OLG Wien eine gegenteilige Aussage enthält, tritt ihr der erkennende Senat nicht bei. Ein Abstellen auf den Horizont des konkreten Anlageberaters würde nämlich in der vorliegenden Konstellation dazu führen, dass es der Wertpapierdienstleister als Unternehmen in der Hand hätte, eine Haftung zu vermeiden, indem sie ihren Beratern bloß maßgebliche Informationen vorenthält. Entscheidend ist also

insgesamt die Interessenkollision beim Erbringer der Wertpapierdienstleistung iSd WAG (1996). Die in diesem Kontext gerügten sekundären Feststellungsmängel (Punkt 3.1.2. der Berufung) liegen daher nicht vor (so bereits OLG Wien 5 R 102/18h, 2 R 36/18f, 1 R 37/18w [alle unveröff.]).

Soweit die Berufungswerberin in diesem Kontext die Entscheidung 4 R 142/17g des OLG Wien zitiert, ist ihr zu erwidern, dass es sich bei der in Berufung zitierten Passage um Auszüge handelt, die die Behandlung der Beweisrüge betreffen. Rückschlüsse darauf, dass es in rechtlicher Hinsicht entscheidend auf den Interessenkonflikt beim konkreten Berater und nicht bei der Beklagten selbst ankäme, lassen sich daraus nicht ziehen.

3.3. Die Berufungswerberin meint, es treffe sie an der mangelnden Aufklärung über die Innenprovision kein **Verschulden**, weil sie davon überzeugt gewesen sei, dass nach dem WAG 1996 keine Pflicht zur Offenlegung der Innenprovision bestanden habe, und weil das OLG Wien noch 2015 in zwei Fällen eine solche Aufklärungspflicht verneint habe.

Dabei übersieht die Beklagte jedoch, dass der OGH bereits im ersten Rechtsgang erkennbar - wenn auch nicht ausdrücklich - vom Vorliegen eines schuldhaften Verhaltens der Beklagten ausgegangen ist, erfolgte die Rückverweisung an die erste Instanz doch nur zum Zweck der Klärung des Rechtswidrigkeitszusammenhangs. Außerdem hat der OGH in 2 Ob 99/16x (mit einem Hinweis auf 6 Ob 110/07f) 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 ausge-

führt 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), hergeleitet. Ein Verschulden der beklagten Bank wurde schon deshalb bejaht, weil sie nicht damit rechnen durfte, dass dem Anleger die (zusätzliche) Innenprovision bewusst war.

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 Fehlen einer die Offenlegungspflicht ausdrücklich bejahenden Judikatur kann das Verschulden an einer diesbezüglichen Vertragsverletzung nicht ausschließen (OLG Wien 1 R 37/18w mwN [unveröff.]).

Die in diesem Zusammenhang gerügten sekundären Feststellungsmängel liegen nicht vor.

3.4. Zusätzlich zum Zahlungsbegehren in Form der Naturalrestitution kommt ein **Feststellungsbegehren** in Betracht, wenn der Anleger behauptet und nachweist, dass ihm künftig derzeit noch nicht bekannte Schäden entstehen können (RIS-Justiz RS0129706). Wegen der Rechtsstellung des Anlegers als Kommanditist und den bereits erfolgten Ausschüttungen kann eine Inanspruchnahme des Anlegers trotz Naturalrestitution in Zukunft nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden (RIS-Justiz RS0038976).

3.5.1. Der OGH hat diese Rechtsprechung im ersten Rechtsgang wiedergegeben und damit zu erkennen gegeben, dass das Feststellungsinteresse der Kläger grundsätzlich zu bejahen ist. Dennoch liegt in diesem Zusammenhang kein

abschließend erledigter Streitpunkt vor, weil die Beklagte im zweiten Rechtsgang ergänzendes Vorbringen zu dieser Frage erstattete. Auf Basis der vom Erstgericht getroffenen Feststellungen ist das Feststellungsinteresse der Kläger allerdings aus folgenden Erwägungen weiterhin zu bejahen:

3.5.2. Vorauszuschicken ist, dass in der vorliegenden Konstellation, in der wegen der Rechtsstellung des Anlegers als Kommanditist und den bereits erfolgten Ausschüttungen eine Inanspruchnahme des Anlegers trotz Naturalrestitution in Zukunft grundsätzlich nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann, die Beklagte die Behauptungs- und Beweislast dafür trifft, dass im konkreten Einzelfall bestimmte Umstände dieses grundsätzlich anzunehmende Feststellungsinteresse ausschließen (RIS-Justiz RS0037797). Dieser ihr obliegende Beweis ist der Beklagten nicht gelungen.

Im Übrigen ist zu bedenken, dass nur der Darlehensgeber (nicht aber alle Gläubiger) vollständig auf allfällige Rückforderungen von bisher geleisteten Auszahlungen gegenüber den Anlegern verzichtet haben. Die Abwicklung der Holland 59 KG ist auch nach dem Vorbringen der Beklagten noch nicht abgeschlossen (*vgl. Berufung S 45*). Sekundäre Feststellungsmängel (Punkt 7.2. der Berufung) liegen in diesem Kontext nicht vor, weil auch eine Feststellung über die Höhe des Eigenkapitals der MPC Capital AG unter Berücksichtigung des festgestellten Sachverhalts nicht den zwingenden Schluss zulassen würde, dass künftige Schäden mit Sicherheit ausgeschlossen werden können.

Insgesamt ist das Feststellungsinteresse der Kläger damit weiterhin gegeben.

Das angefochtene Urteil war daher zu bestätigen.

Die Entscheidung über die **Kosten** des Berufungsverfahrens gründet auf §§ 41 Abs 1, 50 ZPO. Die Kläger haben die Kosten korrekt verzeichnet.

Der Ausspruch über den Wert des Entscheidungsgegenstands beruht auf §§ 500 Abs 2 Z 1 lit b und Abs 3 ZPO. Gegen die Bewertung des Feststellungsbegehrens durch die Kläger bestehen keine Bedenken.

Die ordentliche Revision war nicht zuzulassen, weil die bis vor Kurzem noch nicht abschließend geklärten Fragen im Zusammenhang mit dem Vorliegen eines Interessenkonflikts durch die Entscheidung 8 Ob 166/18x beantwortet wurden und im Übrigen keine Rechtsfragen erheblicher Bedeutung zu beantworten waren.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 129, am 28. März 2019

Mag. Fritz Iby
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG