



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

4 R 40/20m

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichts Dr. Primus als Vorsitzende sowie den Richter des Oberlandesgerichts Mag. Rendl und die Kommerzialrätin Schmidt in der Rechtssache der klagenden Partei [REDACTED]

[REDACTED] vertreten durch Univ.-Prof. Dr. Max LEITNER (SFU) und Dr. Mara-Sophie HÄUSLER, LL.M., Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei **RAIFFEISENLANDESBANK NIEDERÖSTERREICH-WIEN AG**, Friedrich-Wilhelm-Raiffeisen-Platz 1, 1020 Wien, vertreten durch die Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, und die Nebenintervenientin **CPM Anlagen Vertriebs GmbH in Liquidation**, Annagasse 5/Stiege 2/Top 16, 1010 Wien, vertreten durch die Wess Kux Kispert & Eckert Rechtsanwalts GmbH in Wien, wegen EUR 46.027,55 samt Nebengebühren und Feststellung (Streitwert EUR 3.000; Gesamtstreitwert EUR 49.027,55 samt Nebengebühren), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 31. Dezember 2019, GZ: 67 Cg 28/17t-23, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 3.098,82 bestimmten Kosten des Berufungs-

verfahrens (darin EUR 516,57 USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

u n d

B e g r ü n d u n g :

Der Kläger zeichnete über Beratung der Beklagten am 15.11.2004 eine Beteiligung an der Vierundfünfzigste Sachwert Rendite-Fonds Holland GmbH & Co KG („Holland 54“) sowie am 28.2.2006 an der Neunundfünfzigste Sachwert Rendite-Fonds Holland GmbH & Co KG (Holland 59), wofür er insgesamt EUR 59.850 aufwendete. Bei diesen Beteiligungen handelt es sich um geschlossene Immobilienfonds in der Rechtsform einer deutschen GmbH & Co. KG, die Immobilien in den Niederlanden erwarben und vermieteten. In Österreich wurden diese Kommanditbeteiligungen durch die Nebenintervenientin vertrieben und für den Kläger von der TVP Treuhand und Verwaltungsgesellschaft (TVP) treuhändig gehalten. Zusätzlich zu seiner Kommanditeinlage leistete der Kläger jeweils ein Agio von 5 %, das letztlich der Beklagten für ihre Tätigkeit zufloss. Darüber hinaus erhielt die Beklagte aus diesen Fonds Innenprovisionen von 3 1/8 %. Der Kläger erhielt aufgrund seiner Beteiligung an der Holland 54 in den Jahren 2005 bis 2012 Ausschüttungen von insgesamt EUR 8.133,38 und an der Holland 59 zwischen 2006 und 2010 EUR 10.139,29. In den Niederlanden führte die TVP Steuern für den Kläger im Ausmaß von EUR 1.975,11 ab.

Der Kläger begehrt von der Beklagten EUR 46.027,55 samt Zinsen sowie die Feststellung der Haftung der

Beklagten für alle ihm aus der Beteiligung an der Holland 54 und Holland 59 noch erwachsenden Schäden. Die Beklagte habe ihn durch ihre Angestellten (Rosa Thurner und Werner Öllerer) mangelhaft beraten und dadurch zum Erwerb eines Anlageprodukts veranlasst, das er in Kenntnis dessen tatsächlicher Eigenschaften nicht erworben hätte. Die Beteiligung sei als sichere Anlagemöglichkeit dargestellt, die Aufklärung über deren besondere Risiken verabsäumt worden. Es sei dem Kläger auch verschwiegen worden, dass die Beklagte für die Vermittlung der Beteiligung nicht nur die als Agio bezeichnete Provision von 5 %, sondern darüber hinaus eine Innenprovision von 3 1/8 % von der Vertriebsgesellschaft erhalte. Sie hätte ohne diesen Kickback das Produkt nicht vertrieben. Über die daraus resultierende Interessenkollision hätte die Beklagte den Kläger aufklären müssen. Der Kläger sei auch nicht darüber aufgeklärt worden, dass seine Investition mit weiteren Weichkosten belastet sei. Auch über seine Möglichkeiten zur Auflösung der Veranlagung habe ihn die Beklagte falsch informiert. Sie habe bei ihm weiters die Fehlvorstellung hervorgerufen, dass die prognostizierten Ausschüttungen erwartete Gewinne seien. In Wahrheit habe es sich dabei um Teilrückzahlungen der Einlagen gehandelt, die nicht von Bilanzgewinnen gedeckt gewesen seien. Diese Rückzahlungen hätten, wie im Fall des Klägers, auch schlagend geworden, die Haftung der Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern bewirkt und hätten auch zurückgefordert werden können. Entgegen der Vorstellung des Klägers, hervorgerufen durch die Beklagte, sei das Produkt hochriskant und ein Totalverlust des eingesetzten Kapitals aufgrund des hohen Fremdfinanzierungsanteils und des damit verbundenen Leverage-Effekts relativ wahr-

scheinlich gewesen. Der hohe Vertriebsaufwand, die hohen Nebenspesen und die Entnahmen aus dem Eigenkapital hätten die Werthaltigkeit des Investments stark beeinträchtigt. Es habe sich sogar ein Risiko über das eingesetzte Kapital hinaus ergeben. Für den Kläger seien bei der Zeichnung der Veranlagung der Vorsorgegedanke und die Sicherheit eines langfristigen Vermögenserhalts im Vordergrund gestanden, zumal er einen Kredit zu bedienen hatte. Auf eine Aufklärung über die wahren Eigenschaften des Produkts habe er nicht verzichtet. Wäre er über deren wahren Charakter informiert worden, hätte er dieses nicht erworben, sondern sein Geld stattdessen kapitalerhaltend - je nach Beratungsleistung durch die Beklagte - in eine STRABAG-Anleihe, eine Lebensversicherung mit Einmalerlag oder auf einem Sparbuch angelegt oder Kreditzinsen getilgt. Er habe sich auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der erteilten Beratung verlassen dürfen, die Aufklärungsfehler hätte er selbst dann nicht entdeckt, wenn er die ihm übergebenen Unterlagen gelesen hätte. Die Höhe seines Schadens ergebe sich aus den geleisteten Einlagen samt Agio abzüglich der erhaltenen Ausschüttungen. Die Naturalrestitution sei weder unmöglich noch untunlich, das Geschäft daher durch bloße Abtretung der Treugeberposition rückgängig zu machen. Da nicht auszuschließen sei, dass der Kläger noch von anderen Gesellschaftsgläubigern in Anspruch genommen werde und dass aus der Beteiligung weitere Steuern und Steuerberatungshonorare anfallen könnten, habe er auch ein Feststellungsinteresse. Verjährung sei nicht eingetreten. Diese sei für jeden Aufklärungsfehler gesondert zu beurteilen. Der Kläger habe vom anspruchsbegründenden Sachverhalt Kenntnis aber erst erlangt, als er infolge Rückforderung der Ausschüttungen

Anfang 2016 anwaltlichen Rat eingeholt habe. Medienberichte über die Holland-Fonds habe er weder verfolgt noch verfolgen müssen.

Die Beklagte bestritt das Klagebegehren dem Grunde und der Höhe nach. Sie habe die Beteiligung nur vermittelt. Der Kläger sei ein spekulativer Anleger mit jahrelanger Erfahrung. Informationspflichten der Beklagten seien vertraglich ausgeschlossen worden. Der Kläger habe ausdrücklich auf eine Anlageberatung verzichtet und es übernommen, sich selbst zu informieren. Alle von ihm nunmehr relevanten Aspekte der Veranlagung habe er vor deren Zeichnung gekannt. Die Informationsbroschüre und die von ihm mehrfach unterfertigten Beitrittsunterlagen hätten ihn über die Natur der Ausschüttungen und deren Rückforderbarkeit, die Weichkosten, das Totalverlustrisiko, die teilweise Fremdfinanzierung und die steuerliche Behandlung der Beteiligung ausführlich und richtig informiert. Er könne sich nicht darauf berufen, diese Unterlagen nicht gelesen zu haben. Sein Kundenberater habe ihn überdies über das Wesen der Veranlagung als Unternehmensbeteiligung und die damit verbundenen Risiken vollständig und richtig aufgeklärt. Die Verluste des Klägers seien ausschließlich im allgemeinen Marktrisiko (Weltwirtschaftskrise) begründet gewesen. Nach herrschender Ansicht der Finanzbranche habe, schon zumal mangels einer Interessenkollision, keine Pflicht zur Information über die Innenprovision bestanden. Die Beklagte hätte dem Kläger die Beteiligungen auch ohne eine solche Innenprovision vermittelt. Die Innenprovision sei zudem Teil der Kapitalbeschaffungskosten gewesen, die im Gesellschaftsvertrag und den Geschäfts- und Treuhandberichten offengelegt worden seien. Sie habe daher keine Auswirkungen auf

den wirtschaftlichen Erfolg oder den Ertrag der Veranlagungen gehabt. Die Ausschüttungen an die Anleger seien aus vorhandenen Mitteln aufgrund operativer Gewinne erfolgt, die Rückforderbarkeit der Ausschüttungen sei nur ein Aspekt des dem Kläger bekannten Totalverlustrisikos, über den er nicht zusätzlich aufgeklärt werden habe müssen. Die Veranlagung habe auch den Vorstellungen, der Risikoerwartung und den Anlagezielen des Klägers entsprochen. Er habe daher keinen Schaden erlitten. Die Beklagte habe nicht erkennen können, dass der Kläger trotz seines ausdrücklichen Verzichts eine Anlageberatung wünsche. Den Kläger treffe im Übrigen ein weit überwiegendes Mitverschulden, weil er die Unterlagen zum Beteiligungserwerb vollkommen ignoriert und ungelesen unterfertigt habe. Der Kläger hätte die Investitionssumme auch nicht alternativ auf einem Sparbuch oder in Anleihen investiert. Die Ansprüche seien jedenfalls verjährt. Der Kläger hätte schon den erhaltenen Beitrittsunterlagen (Annahmeschreiben der TVP und Anlegerbestätigung), selbst bei nur flüchtiger Lektüre, entnehmen können, dass die Veranlagung seinen behaupteten Vorstellungen nicht entspreche. Die ihm angeblich unbekanntem Tatsachen seien auch aus den ihm übermittelten jährlichen Geschäfts- und Treuhandberichten samt Begleitschreiben der TVP hervorgegangen. Jedenfalls habe die Verjährungsfrist aber zu laufen begonnen, als die Liquiditätsausschüttungen reduziert und 2011 sowie 2013 eingestellt worden seien. Dies hätte Erkundigungspflichten des Klägers über die erworbene Beteiligung ausgelöst, denen er im Internet nachgehen hätte können. Im Jahr 2012 habe außerdem eine massive mediale Berichterstattung über geschlossene Fonds und Ansprüche von Anlegern eingesetzt. Auch ein allfälliger

Anspruch auf Zinsen sei verjährt. Der Kläger habe auch kein Feststellungsinteresse, weil es im Fall der Naturalrestitution keine weiteren Schäden geben könne. Weder eine Verpflichtung zur Refundierung von Ausschüttungen, die nur die TVP als eingetragene Kommanditistin treffen könne, noch mögliche Steuerberatungshonorare könnten ein Feststellungsbegehren rechtfertigen. Da Goldman Sachs und einzelne weitere Gläubiger als Kreditgeber der MPC gegenüber der Holland 59 KG auf die Rückforderung der Ausschüttungen verzichtet und sich die TVP betreffend die Holland 54 KG verpflichtet hätten, den Kläger von allen Verbindlichkeiten im Zusammenhang mit ihrer Beteiligung freizustellen, sei es ausgeschlossen, dass den Kläger künftig Zahlungsverpflichtungen aus dieser Beteiligung treffen könnten. Infolge der Überschuldung der KG sei es auch auszuschließen, dass zukünftig noch eine weitergehende Steuerschuld entstehen werde.

Die Nebenintervenientin schloss sich dem Vorbringen der Beklagten an, insbesondere auch dem Verjährungseinwand.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht dem Klagebegehren zur Gänze statt. Auf die aus den Seiten 9 bis 22 der Urteilsausfertigung ersichtlichen Feststellungen wird verwiesen. Rechtlich erachtete es den geltend gemachten Ersatzanspruch, soweit er auf Beratungsfehler, nicht aber auf die Verschweigung der Innenprovisionen gestützt sei, als verjährt. Die unterbliebene Aufklärung über die Weichkosten, die Rückzahlungsverpflichtung wegen erfolgter Ausschüttungen, die Risikoverharmlosung und die allenfalls unrichtige Aufklärung über die Möglichkeit, die Veranlagung aufzulösen, betreffen allesamt die Werthaltigkeit der Veranlagung und seien daher verjährungs-

rechtlich als einheitlicher Beratungsfehler zu beurteilen. Hingegen habe der Kläger davon, dass die Beklagte für seine Beteiligung Innenprovisionen lukriert habe, erst Anfang 2017/18 erfahren. Frühere Anhaltspunkte dafür hätten nicht bestanden. Insbesondere sei nicht nachvollziehbar, wie er den Schluss ziehen hätte sollen, dass die in Unterlagen angeführten „Kapitalbeschaffungskosten“ eine (zusätzliche) Provision der Beklagten für deren Vermittlungstätigkeit umfasst hätten. Dass er Medienberichte zu Kick-back-Vereinbarungen durch die Beklagte wahrgenommen habe, sei nicht feststellbar gewesen. Die Beklagte hätte den Kläger (auch vor Inkrafttreten des WAG 2007 im Sinn der Rechtsprechung zu § 13 WAG 1996) darüber aufklären müssen, dass sie für das Geschäft von der Investitionssumme eine (zusätzliche) Provision erhalte. Ein allfälliger Rechtsirrtum auf Seite der Beklagten könne diese nicht entlasten. Da der Kläger bei Aufklärung über die Innenprovision die ihm empfohlene Investition gar nicht getätigt hätte, stelle sich schon aus Kausalitätserwägungen weder die Frage einer Beschränkung der Pflicht der Beklagten zur bloßen Herausgabe der Innenprovision zur Vermeidung einer Überkompensation noch die der Verwirklichung des allgemeinen Marktrisikos, das an sich der Kläger zu tragen hätte. Bei der festgestellten Alternativveranlagung in STRABAG-Anleihen hätte das allgemeine Marktrisiko keine Rolle gespielt, weil bei diesem Alternativinvestment, am deutlichsten am Zweck der Investition in Holland 59 als Tilgungsträger für einen Kredit erkennbar, stets der Gedanke der kapitalerhaltenden Veranlagungsform im Zentrum der Überlegungen des Klägers gestanden wäre. Dem Kläger falle auch kein Mitverschulden zur Last. Als Urologe ohne wertpapierrechtliche oder

kapitalmarktspezifische Ausbildung habe für ihn kein Anlass bestanden, die von seinem Berater gemachten Aussagen zu hinterfragen. Mangels eindeutiger Hinweise auf die Fehlerhaftigkeit der Beratung führe selbst das Nichtlesen von Unterlagen zu keinem ins Gewicht fallenden Mitverschulden. Da es nicht ausgeschlossen sei, dass dem Kläger - etwa im Fall der Insolvenz eines Versprechenden oder Garanten - dennoch eine Inanspruchnahme aus seiner Kommanditistenstellung gemäß §§ 171, 172 Abs 4 dHGB drohe, bestehe auch das Feststellungsbegehren zu Recht.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens, unrichtiger Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Abänderungsantrag, dem Klagebegehren abzuweisen. Hilfsweise wird ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt.

Die Kläger beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

In ihrer Verfahrensrüge wirft die Beklagte dem Erstgericht vor, es sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Beklagte die Einvernahme von Vorstandsmitgliedern zur Kausalität der Innenprovision für den Vertrieb der verfahrensgegenständlichen Beteiligungen nicht beantragt habe. Das Erstgericht habe die Protokolle der Aussagen der Zeugen Dr. Georg Kraft-Kinz und Mag. Erwin Krammer, deren unmittelbare Einvernahme die Beklagte überdies beantragt hatte, unbeachtet gelassen. Das Erstgericht sei offenbar zum Ergebnis gelangt, dass die (fremde) Beweisaufnahme unvollständig sei und ihm nicht die notwendige Klarheit verschaffe. Es hätte daher trotz

Zustimmung beider Parteien zur Verlesung dieser Protokolle nach § 281a ZPO die beiden genannten Zeugen einvernehmen müssen und sich nicht mit der Verlesung dieser Verhandlungsprotokolle begnügen dürfen.

Die Berufung räumt selbst ein, dass die Voraussetzungen für die Verlesung der Verhandlungsprotokolle nach § 281a ZPO vorgelegen seien und die Zustimmung der Parteien zu deren Verlesung vorlagen (ON 18, Seite 4). Sie war nach Erörterung mit dem Gericht mit einer Verlesung der Aussagen einverstanden. Von einem Ignorieren von Beweisanträgen kann ausgehend davon keine Rede sein. Das Erstgericht hat ausführlich begründet, warum es den Aussagen dieser Zeugen nicht folgen konnte; insbesondere hat es dargelegt, dass es die Beklagte unterlassen habe, die Einvernahme eines im relevanten Zeitraum in die Angelegenheit und auch in die Entscheidungsfindung involvierten Vorstandsmitglieds zu beantragen. Dem hält die Berufung nichts entgegen, insbesondere vermag sie nicht darzulegen, inwieweit eine ergänzende Vernehmung insofern zu einer anderen Beweisgrundlage führen würde. Schon deshalb fehlt es der Verfahrensrüge an Relevanz.

Bevor auf die Beweisrüge eingegangen wird, ist zunächst klarzustellen, dass das Regelbeweismaß der ZPO die hohe und nicht eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit (RIS-Justiz RS0110701) ist. Der Richter ist gemäß § 272 ZPO bei der Bildung der Überzeugung frei, ob die für die Feststellung einer Tatsache notwendige (hohe) Wahrscheinlichkeit vorliegt, er ist an keine gesetzlichen Beweisregeln gebunden. Er hat nach bestem Wissen und Gewissen aufgrund seiner Lebenserfahrung und Menschenkenntnis zu prüfen, ob jener Wahrscheinlichkeitsgrad erreicht ist, der es rechtfertigt, dass er als Rich-

ter die fragliche Tatsache für wahr hält. Diese Überzeugungsbildung hat die Ergebnisse der gesamten Verhandlung miteinzubeziehen („Verhandlungswürdigung“), das heißt, dass alles Vorbringen der Prozessbeteiligten, ihr Verhalten während der Verhandlung und der persönliche Eindruck von ihnen in die Würdigung einfließen sollen (*Rechberger in Rechberger/Klicka*⁵ § 272 Rz 1). Das Berufungsgericht hat nach Erhebung einer Beweistrüge immer nur zu prüfen, ob das Erstgericht die Beweisergebnisse nach der Aktenlage richtig würdigte, nicht dagegen, ob die getroffenen Feststellungen objektiv wahr sind (*Kodek in Rechberger/Klicka*⁵, § 482 ZPO Rz 3). Der bloße Umstand, dass nach den Beweisergebnissen allenfalls auch andere Feststellungen möglich gewesen wären oder dass es einzelne Beweisergebnisse gibt, die für den Prozesstandpunkt des Berufungswerbers sprechen, reicht allein noch nicht aus, eine unrichtige oder bedenkliche Beweiswürdigung aufzuzeigen (RIS-Justiz RES0000012). Die Beweiswürdigung kann vielmehr nur dadurch erfolgreich angefochten werden, dass stichhaltige Gründe gegen deren Richtigkeit ins Treffen geführt werden (*Rechberger in Fasching/Konecny*³ § 272 ZPO Rz 4 ff).

Ihrer Beweistrüge stellt die Berufung den Hinweis voran, dass sich die Unglaubwürdigkeit des Klägers schon daraus ableite, dass dessen Antworten auf Vorhalte durch Suggestivfragen von Seiten des Klagevertreters vorgegeben worden wären. Dazu führt sie allerdings nur ein Beispiel betreffend die Kenntnis des Klägers von der ihn als Kommanditist treffenden Rückzahlungsverpflichtung ins Treffen, welches vom Erstgericht protokolliert worden sei. Allein daraus kann jedoch nicht pauschal auf die Unglaubwürdigkeit des Klägers bei Beantwortung anderer Fragen

geschlossen werden; weitere Suggestivfragen wurden weder von der Beklagten noch vom Erstgericht beanstandet.

Die Berufung bekämpft nachstehende Feststellungen:

Bekämpfte Feststellung: „Wenn der Kläger nicht in den ‚Holland Fonds 54‘ bzw. ‚Holland Fonds 59‘ investiert hätte, hätte er Anleihen der STRABAG SE erworben, wobei dieses Alternativinvestment vom Gedanken der Kapitalerhaltung motiviert gewesen wäre, zumal er bislang mit der von ihm zeitlich zuvor erworbenen STRABAG-Anleihe keine Verluste zu verzeichnen und daher gute Erfahrungen gemacht hatte. Von der STRABAG SE wurden im Zeitraum der beiden verfahrensgegenständlichen Investments (2004-2006) - gerichtsnotorisch (siehe die ausdrückliche Erörterung des Gerichts mit den PV auf AS 339) - auch Anleihen begeben; für die STRABAG-Anleihe mit der Laufzeit 2004-2009 wurde ein Zinssatz von 5 ½ Prozent, für jene mit der Laufzeit 2006-2011 ein Zinssatz von 5 ¼ % geboten. Mit diesen Alternativinvestments wäre das in die Holland Fonds angelegte Vermögen des Klägers erhalten geblieben.“

- Ersatzfeststellung: „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 und einen Kapitalverlust erlitten, wobei nicht festgestellt werden kann, wie hoch der Kapitalverlust ist.“ (Berufung, Seite 13; Urteil, Seite 18)

Die Berufung führt für ihren Standpunkt Widersprüche in den Aussagen des Klägers ins Treffen. Dieser habe höchst unterschiedliche in Frage kommende Alternativveranlagungen genannt, das Erstgericht habe in Widerspruch dazu dargelegt, der Kläger hätte sich nach Alternativvor-

schlagen seines Beraters gerichtet, ohne dabei festzustellen, welches Anlageprodukt der Zeuge Werner Öllerer dem Kläger alternativ vorgeschlagen habe. Schon deshalb sei das festgestellte Alternativinvestment in STRABAG-Anleihen ebenso ausgeschlossen wie die Annahme eines Kapitalerhalts und eine Rendite von 4 %.

Dem ist zu erwidern, dass das Erstgericht eine Investition in STRABAG-Anleihen unter anderem auch deshalb zutreffend für plausibel erachtete, weil dem Kläger eine derartige Veranlagung schon zuvor von der Beklagten empfohlen worden sei. Dass ihm grundsätzlich eine werthaltige Veranlagung wichtig gewesen sei, hat er glaubwürdig mit dem Umstand belegt, dass ihm die beiden Holland-Fonds auch als sichere Anlageformen präsentiert worden seien. Dass er darüber hinaus auch über andere risikoträchtigere Anlageformen verfügt, steht dem nicht entgegen, weil bestehende anderweitige Veranlagungen keine zwingenden Rückschlüsse auf die hypothetische Streuung durch den Kläger zulassen, insbesondere deshalb, da der Kläger das Investment in Holland-Fonds gerade nicht als Hochrisiko-Investment eingestuft hat.

Insgesamt gelingt es der Beklagten mangels zwingender Argumente gegen die ausführliche erstgerichtliche Beweiswürdigung nicht Bedenken gegen die Feststellungen zu erwecken.

Bekämpfte Feststellung: „Hätte der Kläger vor dem Erwerb dieser beiden Produkte von diesem Umstand Kenntnis gehabt bzw. wäre er darüber von Mitarbeitern der Beklagten aufgeklärt worden, hätte er solche ‚Kick-back‘-Zahlungen, unabhängig von ihrer Höhe, nicht in Kauf genommen und die MPC-Produkte dann gar nicht erworben.“ - Ersatzfeststellung: „Wäre der Kläger über die Innenprovision

aufgeklärt worden, hätte er die Beteiligungen dennoch erworben. Der Kläger hätte die Innenprovision nicht nur als Kostenfaktor für die Kapitalbeschaffung akzeptiert, sondern wäre auch damit einverstanden gewesen, dass die beklagte Partei von der Nebenintervenientin neben dem Agio zusätzlich die Innenprovision erhält. Die Entgelte der beklagten Partei und die mit einer Veranlagung verbundenen Kosten waren für den Kläger generell kein Aspekt für seine Anlageentscheidungen." (Berufung, Seite 19; Urteil, Seite 18)

Die Berufung argumentiert, dass der Kläger sogar bereit gewesen wäre, ein höheres, 5 %-iges Agio als die ihm vom Zeugen Werner Öllerer bekanntgegebenen 3-4 % zu akzeptieren. Es könne für den Kläger daher keinen Unterschied machen, wenn die Beklagte aus den ohnehin fixen Kapitalbeschaffungskosten ein zusätzliches Entgelt in Form einer Innenprovision erhalte. Auch ein Vergleich mit anderen, etwa den vom Kläger angeführten alternativen Produkten würde dazu führen, dass dort höhere Entgelte zu zahlen seien. Der vom Erstgericht behauptete Vertrauensbruch scheide als Argument für den Kläger aus, weil sich der Kläger bei keiner von ihm erworbenen Veranlagung über Entgelte und die damit verbundenen Kosten interessiert oder informiert habe.

Dem ist zu erwidern, dass der vom Kläger und vom Erstgericht für eine Kausalität des Verschweigens von Innenprovisionen auf den Anlageentschluss ins Treffen geführte Vertrauensbruch (auch) auf dem nachvollziehbaren Gedankengang beruht, dass bei einer zusätzlichen Provision, der Berater eher geneigt ist, dieses Produkt stärker anzubieten und besser darzustellen, als es tatsächlich ist, bei einem einigermaßen skeptischen Kunden

muss nicht nur naheliegender Weise der Verdacht eines Interessenkonflikts entstehen, insbesondere wird es für einen solchen Kunden kaum nachvollziehbar sein, warum es überhaupt zu einer Aufsplittung der vom Vermittler lukrierten Entgelte in (offengelegtes) Agio und (nicht offengelegter) Innenprovision kommen muss. Auch hier führt die Berufung keine Argumente an, die der bekämpften Feststellung zwingend entgegenstehen.

Bekämpfte Feststellung: „In dieser Rahmenvereinbarung ist festgehalten, dass neben dem Agio (von damals grundsätzlich 5 %), welches ein Kunde für die Vermittlung der KG-Beteiligung an die Beklagte zu entrichten hatte, aus dem vereinnahmten Kapital der KG eine weitere Innenprovision (im Umfang von damals 1 %) an die Beklagte gezahlt werde. ... Es kann dabei nicht festgestellt werden, dass die Beklagte die Produkte der MPC, insbesondere die beiden verfahrensgegenständlichen Fonds, auch dann vertrieben hätte, wenn ihr von der MPC gar keine Innenprovision (laut Provisionsverzeichnisblatt) zugesichert worden wäre. ... Innerhalb der Beklagten wurde etwa per E-Mail an die Geschäftsleiter der Regionalbanken als Eigentümer der - genossenschaftlich organisierten - Beklagten kommuniziert, dass sie ihren Kunden KG-Beteiligungen anbieten mögen, da es für die Bank ‚charmante‘ Provisionserträge gebe und dies für die Bank mit Blick auf mögliche Kombinationsgeschäfte geschäftlich vom Nutzen sei.“ - Ersatzfeststellung: „In der Rahmenvereinbarung ist eine Provision von 6 % vereinbart; diese Provision setzt sich aus dem Agio von 5 % und der Innenprovision von 1 % zusammen. ... Die beklagte Partei hätte die Beteiligung in ihr Produktportfolio auch dann aufgenommen und vertrieben, auch an den Kläger, wenn sie keine über das Agio hinausgehende

Provision erhalten hätte. ... Die beklagte Partei hat intern nicht kommuniziert, dass aufgrund der Provisionserträge KG-Beteiligungen angeboten werden sollten. Es gab keine Kollision zwischen den (wirtschaftlichen) Interessen der beklagten Partei beim Vertrieb von Beteiligungen an geschlossenen Fonds und den Interessen des Kunden an einer anlage- und anlegergerechten Beratung. Die einzige Vorgabe der beklagten Partei an die Mitarbeiter (Kundenbetreuer) war, den Kunden ihren Anlagezielen entsprechende Veranlagungen zu vermitteln. Ansonsten waren die Mitarbeiter der beklagten Partei 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 entsprechen." (Berufung, Seite 25 f; Urteil, Seiten 9, 11 und 12)

Das Erstgericht vermisste überzeugende Beweisergebnisse dafür, dass die Beklagte die Beteiligungen auch ohne Vergütung ihres Vertriebspartners empfohlen hätte. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung sei eine Bank auf Gewinnerzielung ausgerichtet. 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. Harald Schoder geschilderten hohen administrativen Aufwand für die Verteilung der Unterlagen und die Schulung der Mitarbeiter, so sei dessen Aussage, die Beklagte hätte die Beteiligungen auch ohne Innenprovision empfohlen, nicht überzeugend. Dass die Beklagte mit anderen Produkten höhere Provisionen lukriert hätte, lasse den

von der Beklagten gewünschten Schluss nicht zu. Weiters würden interne Mails dokumentieren, dass der Beklagten die Provisionserträge wichtig gewesen seien. Der Zeuge Dr. Kurt 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.

Nach der Berufung spreche für den Standpunkt der Beklagten in Zusammenhang mit den bekämpften Feststellungen zur Vermittlung der Produkte der MPC ohne Innenprovision, dass es ausschließlich Beweisergebnisse für die beantragten Ersatzfeststellungen gebe, die Beklagte andere MPC-Beteiligungen vermittelt habe, ohne dabei Innenprovisionen zu erhalten, und dass sie auch Beteiligungen vermittelt habe, bei welchen sie auf ein Agio verzichtet habe. Als Genossenschaftsbank, die kurzfristig nachhaltig wirtschaftete, ohne auf Gewinnmaximierung ausgerichtet zu sein, nehme sie bei einigen Produkten wie etwa bei Sparbüchern sogar negative Deckungsbeiträge in Kauf. Ausgehend davon würden die Überlegungen des Erstgerichts den Gesetzen der Logik widersprechen.

Das Erstgericht hat sich äußerst ausführlich mit den Beweisergebnissen zur Frage der Innenprovision auseinandergesetzt (Urteil Seite 23-29). Insbesondere ist es auf die Aussage von Mag. Harald Schoder eingegangen, der zwar betonte, dass die Beklagte auch ohne Innenprovision die geschlossenen Fonds vertrieben hätte (Beilage ./T), allerdings hat das Erstgericht ihm mit nachvollziehbaren Argumenten die Glaubwürdigkeit abgesprochen. Soweit die Berufung in diesem Zusammenhang argumentiert, die Beklagte hätte bei Beteiligungen (sogar) auf das Agio

verzichtet, was gegen die Relevanz der Innenprovision spreche, ist ihr zu erwidern, dass die Innenprovision einen - den Kunden nicht offen gelegten - Teil der Gesamtprovision ausmacht; schon deshalb liegt deren Bedeutung für die Bank auf der Hand, ermöglicht sie einen Spielraum bei Spesenverhandlungen, der bei einem Verzicht auf die Innenprovision nicht bestanden hätte. Der von der Berufung angesprochene Umstand lässt daher keinen verlässlichen Schluss darauf zu, dass die Beklagte bereit gewesen wäre, auf die Innenprovisionen bei Vertrieb der gesamten Kommanditbeteiligungen zu verzichten. Dass auch andere Produkte, wie etwa Sparbücher, die bei rein wirtschaftlicher Betrachtung nicht lukrativ seien, weiterhin angeboten werden, mag der Beklagten zuzugestehen sein. Allerdings kann diese traditionelle und nach wie vor populäre Anlageform mit den hier in Rede stehenden Beteiligungen nicht verglichen werden. Auch wenn die Nebenintervenientin von sich aus die Innenprovisionen anbot oder die Beklagte andere MPC-Beteiligungen ohne Erhalt von Innenprovisionen vermittelte, lässt sich daraus kein verlässlicher Rückschluss darauf ziehen, dass die Beklagte die Produkte auch ohne Innenprovisionen vertrieben hätte, bedeutet dies doch nicht zwingend, dass die Existenz von Innenprovisionen für den Vertrieb durch die Beklagte keinesfalls essenziell gewesen sein konnte. Insbesondere spricht der Umstand des vom Zeugen Dr. Kurt Cowling eingeräumten hohen administrativen Aufwands bei Vertrieb des verfahrensgegenständlichen Fonds eher gegen den Standpunkt der Beklagten. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass das Erstgericht letztlich dazu eine Negativfeststellung getroffen hat, woraus sich ergibt,

dass selbstverständlich auch andere Motive als die Innenprovision in die Beratungstätigkeit einfließen.

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.

Damit zeigt die Berufung keine stichhaltigen Bedenken gegen die Beweiswürdigung des Erstgerichts auf. Das sich aus einzelnen Beweisergebnissen für die Berufungswerberin günstigere Feststellungen ableiten ließen, macht, wie bereits dargelegt, die Beweiswürdigung des Erstgerichts nicht unrichtig. Auch unter Zubilligung eines reduzierten Beweismaßes gelingt es der Berufung nicht, die Beweiswürdigung des Erstgerichts in diesem Punkt zu erschüttern.

Bekämpfte Feststellung: „Bei manchen Produktzusendungen der MPC an die Beklagte gab es seitens der Beklagten - wobei nicht festgestellt werden kann, von welcher

Abteilung oder welchen konkreten natürlichen Person - die Reaktion, dass sie sich mit der ausgewiesenen Provisionshöhe nicht einverstanden zeigte; in jenen Fällen reagierte die MPC gegenüber der Beklagten aber ablehnend, wonach sie die Provision insgesamt nicht erhöhen werde, da es bereits damals in Österreich eine große Nachfrage nach den MPC-Produkten gab." - Ersatzfeststellung: „Die Nebenintervenientin hat der beklagten Partei das jeweilige Gesamtentgelt (die Gesamtprovision) für die Vermittlung der gegenständlichen Beteiligungen von sich aus angeboten. Die Gesamtprovision war nicht verhandelbar.“ (Berufung, Seite 38 f; Urteil, Seite 10)

In Ansehung der bekämpften Feststellung wendet sich die Berufung gegen die diesbezügliche, ihrer Auffassung nach unrichtige Beweiswürdigung, nach welcher die Provisionen zwischen der Beklagten und der Nebenintervenientin verhandelt worden seien. Eine Passage dieses Inhaltes ist der entsprechenden Beweiswürdigung (Urteil Seite 26) nicht zu entnehmen. Dort ist das Erstgericht auf die Aussagen der von der Berufung angeführten Zeugen eingegangen, eine von den Beweisergebnissen nicht gedeckte Feststellung oder Beweiswürdigung vermag die Berufung hier nicht aufzuzeigen. Abgesehen davon liegt ein entscheidungsrelevanter unauflösbarer Gegensatz zwischen bekämpfter Feststellung und begehrter Ersatzfeststellung nicht vor.

Bekämpfte Feststellung: „Es steht nicht fest, dass Organe der Beklagten im Anwendungsbereich des WAG 1996 davon überzeugt waren, dass Innenprovisionen anlässlich des Vertragsabschlusses über die verfahrensgegenständlichen MPC-Produkte nach diesen gesetzlichen Regeln nicht offenzulegen gewesen wären.“ - Ersatzfeststellung: „Die

beklagte Partei und deren Organe war davon überzeugt, dass nach dem WAG 1996 keine Pflicht zur Offenlegung der Innenprovision besteht." (Berufung, Seite 41; Urteil, Seite 12)

Neuerlich verweist die Berufung auf die Aussagen des Zeugen Mag. Harald Schoder und Dr. Georg Kraft-Kinz. Ersterer habe mit dem zuständigen Vorstand zusammengearbeitet, von der Überzeugung der Vorstandsmitglieder betreffend die Aufklärungspflicht über Innenprovisionen Kenntnis gehabt und dargelegt, dass sogar die Rechtsabteilung der Beklagten eine mögliche Aufklärungspflicht geprüft und verneint habe. Beide hätten eindeutig ausgesagt, dass sie der Überzeugung gewesen seien, dass nach dem WAG 1996 keine Verpflichtung zur Aufklärung über die Innenprovision bestanden und dies der Überzeugung der Beklagten entsprochen habe.

Hervorzuheben ist, dass die Beklagte weder das im relevanten Zeitraum zuständige Vorstandsmitglied stellig machte noch nähere, eine Prüfung der Innenprovisionsproblematik belegende Aufzeichnungen der Rechtsabteilung vorgelegt hat, sondern sich mit der Aussage von Zeugen gleichsam „vom Hörensagen“ begnügte. Ein Wissen des Zeugen Mag. Harald Schoder kann jedoch nicht automatisch mit jenem der Beklagten - durch ihre Organe vertreten - gleichgesetzt werden. Dr. Georg Kraft-Kinz konnte auch nicht über konkrete rechtliche Erörterungen der Provisionsfrage im Vorstand berichten. Die bekämpfte Negativfeststellung ist daher nicht zu beanstanden.

Bekämpfte Feststellung: „*Dass der Kläger die Medienberichte - wie etwa in Beilage ./98 wiedergegeben - mitverfolgt hätte, steht nicht fest, zumal er in Printmedien nichts über ‚Holland-Fonds‘ gelesen hatte und im Übrigen*

auch kaum Fernsehen konsumierte. ... Dass der Kläger etwa durch Medien-/Fernsehberichte zu diesen ‚Kick-back‘-Ver einbarungen für die Vermittlung von Holland-Fonds durch die Beklagte verfolgt hätte, steht nicht fest. ... Dass die Beklagte bei beiden Fonds tatsächlich auch ‚Kick-back‘-Zahlungen erhielt, erfuhr der Kläger ebenfalls erst im Jahr 2017/18 im Zuge eines Beratungsgesprächs mit seiner Rechtsvertretung.“ - Ersatzfeststellung: „Der Kläger hat Medienberichte zu geschlossenen Fonds (‚Holland-Fonds‘ bzw. ‚Schiff-Fonds‘) - wie etwa in Beilage ./98 wiedergegeben - mitverfolgt. ... In allen Medien (Fernsehen, Radio, Internet und Printmedien) wurde ab dem Jahr 2012 laufend umfassend über Beteiligungen an geschlossenen Fonds berichtet, wobei die Innenprovision zentraler Punkt der Berichte war. Aufgrund der Medienberichte hatte der Kläger zumindest mehr als drei Jahre vor Einbringung der Klage Kenntnis davon, dass die beklagte Partei bei Beteiligungen (darunter den von ihm erworbenen) eine Innenprovision erhalten hat.“ (Berufung, Seite 74; Urteil, Seiten 18 und 21)

Die Berufung argumentiert, dass der Kläger selbst angegeben habe, Medienberichte verfolgt zu haben. Es sei ausgeschlossen, dass der Kläger, der wegen dieser Medienberichte seinen Berater auf seine Beteiligungen anspreche, diese Medienberichte nicht gekannt haben soll. Dass er nicht fernsehe, sei eine reine Schutzbehauptung.

Bei diesen Argumenten handelt es sich um auf bloßen Vermutungen basierende Schlussfolgerungen. Die getroffenen Negativfeststellungen sind nicht zu beanstanden.

Der Kläger bekämpft nach § 468 Abs 2 ZPO nachstehende Feststellungen:

Bekämpfte Feststellung: „Werner Öllerer erklärte dem Kläger im darauf bezogenen Beratungsgespräch, dass sich die Wirtschaftslage und damit zusammenhängend auch die Ertragslage schlecht entwickelt habe, und verwies ihn für weitere Auskünfte an die Vertriebssteuerung der beklagten Partei 2. Wiener Gemeindebezirk“ - Ersatzfeststellung: „Werner Öllerer erklärte dem Kläger im darauf bezogenen Beratungsgespräch, dass sich die Wirtschaftslage und damit zusammenhängend auch die Ertragslage schlecht entwickelt habe, wies aber gleichzeitig darauf hin, dass sich die Wirtschaftslage auch wieder erholen werde.“ (Berufungsbeantwortung, Seite 27; Urteil, Seite 23)

Ob der Berater den Kläger beschwichtigend auf eine Erholung der Wirtschaftslage hinwies, steht zur bekämpften Feststellung in keinem unauflösbaren Widerspruch. Der Kläger zeigt daher in Wahrheit einen nicht bei der Beweisrüge zu behandelnden, sondern der Rechtsrüge zuzuordnenden sekundären Feststellungsmangel auf.

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

Ausgehend davon ist auch der Rechtsrüge ein Erfolg zu versagen.

Zunächst wendet sich die Berufung gegen die Annahme, der Kläger habe einen Schaden - insbesondere in Zusammenhang mit der Innenprovision erlitten.

Schon das Erstgericht hat zutreffend ausgeführt, dass nach der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs den Kläger im Anlegerprozess die Beweislast dafür trifft, in welcher Form er sein Vermögen gegebenenfalls anderweitig veranlagt hätte. Dieser Rechtsprechung liegt die Auffassung zugrunde, dass der rechnerische

Schaden nicht bereits der Erwerb einer „falschen“ Anlageform, sondern erst der zu einem bestimmten Termin (Verkauf der Papiere; Schluss der Verhandlung bei Wertlosigkeit der Anlage) bestehende Unterschied zwischen dem tatsächlichen und dem hypothetischen Vermögensstand ist. In Bezug auf diesen Schaden ist die Kausalität zu prüfen. Den geschädigten Anleger trifft die Behauptungs- und Beweislast nicht nur dafür, dass er bei korrekter Information die tatsächlich gezeichnete Anlageform nicht erworben hätte, sondern auch dafür, wie er sich bei korrekter Information hypothetisch alternativ verhalten und sich so sein Vermögen entwickelt hätte. Dafür kommt ihm aber zugute, dass wegen der Unmöglichkeit eines exakten Nachweises von Ereignissen, die tatsächlich nicht stattgefunden haben, keine strengen Anforderungen an den Beweis des hypothetischen Kausalverlaufs zu stellen sind. Es genügt vielmehr die überwiegende Wahrscheinlichkeit, dass der Schaden auf das Unterlassen des pflichtgemäßen Handelns zurückzuführen ist (7 Ob 77/10i mwN). Der Anleger muss daher die reale Schädigung nur plausibel machen und überwiegende Gründe dafür aufzeigen, die für ein Herbeiführen des Schadens durch das Verhalten des Beklagten sprechen (vgl. RIS-Justiz RS0022900). Dem Beklagten steht dann seinerseits der Nachweis offen, dass ein anderer Verlauf doch wahrscheinlicher wäre (8 Ob 2/17b).

Soweit die Berufung argumentiert, dass sich der Kläger bei seiner Alternativveranlagung nach dem jeweiligen Vorschlag seines Beraters gerichtet und ausgehend davon keinen Schaden erlitten hätte, entfernt sie sich von den gegenteiligen Feststellungen, dass der Kläger mit seiner alternativen Investition in eine Anleihe der STRABAG SE

keine Verluste erlitten hätte (Urteil Seite 14), und ist daher nicht gesetzmäßig ausgeführt. Bei der von der Berufung angeführten Passage, er hätte sich an den jeweiligen Alternativvorschlag seines Beraters gehalten handelt es sich um keine Feststellung, sondern um einen Teil der Beweiswürdigung. Die behaupteten Widersprüche zu oder in den Feststellungen liegen aber schon deshalb nicht vor, weil diese Passage durchaus damit in Einklang steht, dass der Kläger schon einmal aufgrund der Empfehlung der Beklagten (gute) Erfahrungen mit der STRABAG-Anleihe gemacht hatte. Dass der Kläger in seinem Vorbringen mehrere (kapitalerhaltende) Alternativveranlagungen anführte und sich dabei nicht für eine konkrete entschied, schadet ihm nicht. Wie die Berufungsbeantwortung zutreffend nachweist, hat der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung 8 Ob 2/17b ein solches mehrere Varianten offen lassendes Vorbringen (dort alternativ zwischen kapitalerhaltender oder gar keiner Investition) nicht beanstandet.

Nach Auffassung der Beklagten könne die fehlende Aufklärung über eine Innenprovision nicht haftungsbegründend sein, weil die gewählte Beteiligung dem Anlageziel des Klägers ohnehin entsprochen habe und der Kläger demnach keine unerwünschte Veranlagung vorgenommen habe. Dieses Argument bietet keinen Anlass, von der mittlerweile ständigen Rechtsprechung abzugehen, wonach haftungsauslösendes Element für den Aufklärungsmangel im Zusammenhang mit Innenprovisionen das rechtswidrige Verschweigen der damit verbundenen Interessenkollision ist (vgl jüngst 1 Ob 159/19t). Maßgeblich ist der durch die unvollständige Beratung der Beklagten verursachte Eingriff in die Dispositionsfreiheit der Anleger, worauf die Berufungsbeantwortung unter Verweis auf *Kronthaler/*

Schwangler, VbR 2017779, zutreffend hinweist. Auch der Oberste Gerichtshof hat in diesem Sinne bereits mehrfach betont, dass die durch Vereinbarung von Innenprovisionen geschaffene Gefährdung der Kundeninteressen darin besteht, dass ein Anreiz geschaffen wird, bei der Auswahl und Anzahl der für den Kunden abzuwickelnden Geschäfte nicht allein dessen Interesse, sondern auch das eigene Interesse der Bank an möglichst umfangreichen Vergütungen zu berücksichtigen. Im Fall der Anlageberatung (Vermittlung) muss der für die Beratung und Vermittlung der Anlage selbst ein Entgelt (Provision; Agio) leistende Kunde nicht annehmen, dass der Wertpapierdienstleister bei Auswahl bestimmter Produkte zusätzlich Vergütungen von anderer Seite erhält und dadurch die Gefahr entsteht, dass der Dienstleister nicht ausschließlich in seinem Interesse tätig wird (8 Ob 109/16m mwN), weshalb das Verschweigen der Innenprovisionsvereinbarung eine nicht zu vernachlässigende Aufklärungspflichtverletzung begründet.

Ausgehend davon liegt der Schaden des Klägers nicht außerhalb des Rechtswidrigkeitszusammenhangs. Schon der die Dispositionsfreiheit des Klägers einschränkende Umstand, dass die Beklagte ihn nicht darüber aufklärte, dass sie von der Nebenintervenientin (zusätzlich zum vom Kläger geleisteten Agio) eine weitere Provision erhält, was diesen vom Erwerb abgehalten hätte, begründet daher entgegen der Ansicht der Berufung den (schadenskausalen) Aufklärungsfehler. Abgesehen davon, dass sich die Berufung, soweit sie darauf abstellt, dass die Veranlagung den Wünschen des Klägers entsprochen habe, vom festgestellten Sachverhalt entfernt, bedarf es aufgrund der bejahten Interessenkollision keiner weiteren Überlegungen zur Motivlage, worauf die Berufungsbeantwortung

(Seite 9) zutreffend hinweist. Weiterer Feststellungen bedarf es nicht.

Auch das Argument der „Überkompensation“ (Punkt 8.7. der Berufung), nach dem der Schaden des Klägers nur aus der bezahlten Innenprovision bestehen sollte, überzeugt nicht. Der Schaden des Anlegers besteht nämlich im Erwerb des nicht gewünschten Produkts (vgl 8 Ob 109/16m mwN), nicht in der Zahlung einer vom Anleger nicht akzeptierten Innenprovision. Erörterungen zum den Kläger grundsätzlich treffenden Marktrisiko erübrigen sich daher.

Die Berufung behauptet vor dem Hintergrund der Trennungsthese die Verjährung sämtlicher Ansprüche.

Die dreijährige Verjährungsfrist nach § 1489 ABGB beginnt nach dem Wortlaut des Gesetzes mit Kenntnis von Schaden und Schädiger. Kennenmüssen reicht daher grundsätzlich nicht aus (RIS-Justiz RS0034366 [T3, T6]). In gewissem Umfang wird aber eine Erkundungsobliegenheit angenommen (RIS-Justiz RS0034686 [T12]), wenn der Geschädigte die für die erfolgsversprechende 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]). Nach der Rechtsprechung kann sich der Anleger nicht darauf berufen, dass er ihm übersandte Mitteilungen, aus denen sich weitere Erkundungsobliegenheiten ergeben, nicht gelesen habe. Maßgebend ist danach der Zugang solcher Mitteilungen, nicht deren konkrete Kennt-

nisnahme. Anderes gilt allerdings in Bezug auf übersandte Geschäftsberichte, wenn zu deren genauer Lektüre ein Anleger aufgrund der Umstände des Einzelfalls bei Fehlen von Anhaltspunkten für eine Fehlberatung keinen Anlass hatte (6 Ob 118/16w mwN).

Die Verjährung bezieht sich auf den jeweils geltend gemachten Anspruch. Ein Anspruch wird - wie der Streitgegenstand - durch die zu seiner Begründung vorgebrachten Tatsachen konkretisiert. Stützt daher der Kläger sein Begehren alternativ auf verschiedene Sachverhaltsvarianten, liegen in Wahrheit zwei Ansprüche vor, die auch verjährungsrechtlich getrennt zu behandeln sind (3 Ob 112/15i, 10 Ob 58/16a, 6 Ob 118/16w, 8 Ob 109/16m je mwN; RIS-Justiz RS0039255 [T8]). 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“) (2 Ob 99/16x, 10 Ob 58/16a je mwN).

Entgegen diesen Grundsätzen zeigt die Beklagte nicht auf, welchen konkreten Anlass der Kläger zum Studium von Geschäftsberichten gehabt haben soll. Auch der im Kapitalmarktprospekt enthaltene Hinweis, dass zusätzlich zum Agio weitere Kapitalbeschaffungskosten anfallen würden, lässt offen, dass diese an die Nebenintervenientin fließenden Kosten teilweise an die Beklagte zurückfließen. Ein Anlass für weitere Erkundigungen hat ausgehend davon für den Kläger nicht bestanden.

Auch aus der von der Berufung herangezogenen Medienberichterstattung ist für die Beklagte nichts gewonnen. Nach den Feststellungen hatte der Kläger erst ab 2017/18 Kenntnis von den lukrierten Innenprovisionen. Davon, dass der Kläger konkrete Verdachtsmomente betreffend den Erhalt von Innenprovisionen hatte, kann nicht ausgegangen werden. Die erlangten Kenntnisse von der schlechten wirtschaftlichen Entwicklung von geschlossenen Fondsbeteiligungen waren kein Anlass, Nachforschungen auch im Hinblick auf die Innenprovisionen anzustellen.

Die Ansprüche aus dieser Aufklärungspflichtverletzung sind mangels erwiesener Verletzung von Erkundigungspflichten nicht verjährt.

Entgegen der Auffassung der Berufung kann sich die Beklagte nicht auf einen entschuldbaren Rechtsirrtum über das Bestehen einer Aufklärungspflicht berufen. Der Oberste Gerichtshof hat bereits 2 Ob 99/16x (mit einem Hinweis auf 6 Ob 110/07f) klargestellt, dass 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), hergeleitet wird. 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 (vgl jüngst OLG Wien 129 R 22/19g; 1 R 37/18w mwN).

Der Erörterung eines allfälligen Mitverschuldens des Klägers ist voranzustellen, dass die aktuelle Rechtsprechung in der Frage des Mitverschuldens eines Anlegers beim Vertragsabschluss grundlegend zwischen wirtschafts- und rechtserfahrenen Anlegern wie etwa Rechtsanwältinnen, Gesellschaftern einer anderen Kommanditgesellschaft, Mitgliedern eines Aufsichtsrats, selbstständigen Unternehmern etc. einerseits und laienhaften, im Wirtschaftsleben persönlich unerfahrenen oder juristisch, insbesondere (personen-)gesellschaftsrechtlich, ungebildeten Anlegern andererseits grundlegend unterscheidet: Letztere haben nämlich entweder gar kein oder nur ein Mitverschulden bis zu einem Drittel zu vertreten (2 Ob 133/16x).

Im vorliegenden Fall handelt es sich beim Kläger um einen laienhaften, insbesondere im Gesellschaftsrecht der Personengesellschaften völlig ungebildeten, nicht einmal über Grundkenntnisse der rechtlichen Konstruktion, Eigenschaften und Funktionsweisen solcher Gesellschaften - geschweige denn nach deutschem oder niederländischem Recht - verfügenden Anleger, dem auch jegliches Grundverständnis für die damit zusammenhängenden juristischen Fachbegriffe gänzlich fehlte, selbst wenn ihm dies subjektiv gar nicht bewusst gewesen sein mochte. Mit der überaus komplexen Anlageform geschlossener Immobilien-

und Schiffsfonds hatte der Kläger vor den Beratungen durch die Beklagte ebensowenig wie mit Personengesellschaften überhaupt jemals zu tun gehabt.

Nach der herrschenden Rechtsprechung muss ein Anleger nicht damit rechnen, dass die ihm vor bzw bei der Vertragsunterzeichnung übergebenen Unterlagen von den mündlich abgegebenen Erklärungen des Beraters abweichen, da er sich ja gerade deswegen von einem Fachmann beraten lässt, weil er selbst keine ausreichende Sachkenntnis hat (vgl 2 Ob 133/16x mwN). Der Kunde - vor allem der laienhafte - darf sich daher auf die Erklärungen des Anlageberaters verlassen und auf deren Vollständigkeit sowie deren an ihn individuell angepasste, anlegergerecht verständlich gehaltene Formulierung vertrauen. Ein Mitverschulden nach § 1304 ABGB kommt nur dann - und insofern - in Betracht, als dem konkreten Anleger vorzuwerfen wäre, dass ihm die Unrichtigkeit dieser Aufklärung bereits vor bzw beim Vertragsabschluss auffallen hätte müssen (1 Ob 112/17b, 2 Ob 172/17h, 7 Ob 95/17x ua).

Im vorliegenden Fall stellte die Beklagte nun die geschlossenen Fonds unrichtig als „sichere“ Anlagen und die „Ausschüttungen“ nach dem durchschnittlichen Verständnis eines völlig laienhaften Anlegers als ganz normale Kapitalerträge (Zuwächse) dar. Da der Kläger diesen mündlichen Angaben Glauben schenkte, bestand für ihn auch kein Anhaltspunkt und kein Anlass dafür, schon vor der bindenden Vertragsunterzeichnung die ihm übergebenen Unterlagen nach Anhaltspunkten dafür zu durchsuchen, dass die Angaben des Beklagten vielleicht unrichtig sein könnten (vgl 1 Ob 112/17b). Der Ausdruck „Kommanditgesellschaft“ oder „Kommanditbeteiligung“ musste - und konnte - ihm als in dieser Hinsicht grundlegend unbedarftem Kunden

inhaltlich nichts auch nur ansatzweise Verständliches offenbaren. Dass er es unterließ, die ihm von der Beklagten übergebenen Unterlagen vor den Vertragsunterzeichnungen zu lesen, begründet daher kein Mitverschulden des Klägers nach § 1304 ABGB (ähnlich OLG Wien 5 R 62/19b).

Die Berufung wendet sich schließlich gegen die Berechtigung des Feststellungsbegehrens. Es sei ausgeschlossen, dass Gläubiger direkt Ansprüche gegenüber den Kommanditisten geltend machen könnten, aufgrund des Verzichts des einzigen Gläubigers der KG auf Rückforderung nach §§ 171, 172 Abs 4 dHGB sowie der Freistellungserklärungen der MPC als auch der Treuhandkommanditistin komme eine Inanspruchnahme des Klägers nicht mehr in Betracht.

Dem ist zu erwidern, dass der Oberste Gerichtshof entgegen dieser Argumentation der Beklagten ein Feststellungsinteresse trotz dieser Umstände bejaht, weil die Qualität der Freistellungsverpflichtung mit der Bonität der MPC-Gruppe stehe und falle und daher das Risiko einer Rückforderung weiterhin nicht gänzlich ausgeschlossen sei (8 Ob 166/18x), weshalb die in der Berufung (Seite 90 f) relevierten sekundären Feststellungsmängel allesamt nicht vorliegen. Dem Obersten Gerichtshof genügten daher – wohl vor dem Hintergrund der Rechtsprechung, dass ein Feststellungsinteresse dann zu bejahen ist, wenn weitere Schäden nicht mit Sicherheit oder mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auszuschließen sind (RIS-Justiz RS0038976 [T27]) – für dessen Bejahung offenbar für die Zukunft nicht gänzlich auszuschließende Änderungen in der Vermögenslage. Die Beklagte versucht diese Ungewissheit mit der Vorlage von Urkunden über die derzeitige finanzielle Situation zu entkräften, mit welchen sie nachweisen will, die MPC und die Treuhandkommanditistin könnten ihre

Freistellungsverpflichtungen erfüllen, es seien genügend Mittel bei der KG vorhanden und weitere Ausschüttungen prognostiziert. Dem ist entgegenzuhalten, dass das Weiterbestehen der behaupteten derzeitigen guten Bonitätslage nicht für alle Zukunft verlässlich vorhergesagt werden kann. In diesem Zusammenhang bekämpft sie auch die Feststellungen des Erstgerichts, dass derartige Garantie- und Freistellungszusagen nicht vor einem Insolvenzfall der betreffenden Gesellschaften schützen, sodass nicht ausgeschlossen ist, dass dem Kläger - etwa im Falle der Insolvenz eines versprechenden/Garanten - eine Inanspruchnahme aus seinen Kommanditstellungen gemäß §§ 171, 172 Abs 4 dHGB drohen (Urteil, Seite 22). Die von der Berufung (Seite 95) stattdessen angestrebte Ersatzfeststellung über die Bildung einer bilanziellen Vorsorge im Jahresabschluss zum 31.12.2017 für die übernommene Freistellungsverpflichtung und über das Vorhandensein ausreichenden Eigenkapitals bei der MPC Capital AG lassen als Momentaufnahmen keine verlässlichen Rückschlüsse auf die Zukunft zu, sodass auch ausgehend von den Ersatzfeststellungen das Feststellungsinteresse nicht verneint werden kann. Der (dislozierten) Beweisrüge fehlt es daher an Relevanz.

Der Berufung war daher ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 41, 50 ZPO. Die Klagevertreter beantragten aufgrund der 97 Seiten umfassenden Berufung gemäß § 21 Abs 1 RATG für ihre Berufsbeantwortung einen Honorarzuschlag von 100 % zu den Ansätzen des Rechtsanwaltstarifgesetzes. Voraussetzung für diesen Zuschlag ist, dass die Leistung des Rechtsanwalts nach Umfang oder Art den Durchschnitt erheblich übersteigt. Dies ist bei einer (hier auch nur 41 Seiten

ausmachenden) Berufungsbeantwortung allein aufgrund einer umfangreicheren Berufung aber nicht der Fall, zumal der Umfang der Berufung auch dem Umstand geschuldet ist, dass wortgleiche Ausführungen zu unterschiedlichen Berufungsgründen erstattet wurden und ein großzügiges Format und Schriftbild gewählt wurde. Der für die Rechtsmittelbeantwortung erforderliche Aufwand hat den durchschnittlichen Aufwand in Verfahren mit ähnlichen Streitwerten nicht erheblich überstiegen (siehe *Obermaier*, Kostenhandbuch³ Rn 3.28). Mangels Beteiligung der Nebenintervenientin im Berufungsverfahren gebührt auch kein Streitgenossenzuschlag.

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

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 4, am 24. September 2020

Dr. Dorit Primus
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG