



REPUBLIK ÖSTERREICH  
Oberlandesgericht Wien

5 R 198/15x

## Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichts Dr. Schrott-Mader als Vorsitzende, die Richterin des Oberlandesgerichts Dr. Faber und den Kommerzialrat Mag. Krenn in der Rechtssache der klagenden Partei [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] Arzt, [REDACTED] [REDACTED], [REDACTED] [REDACTED], vertreten durch Dr. Sebastian Schumacher, Rechtsanwalt in Wien, wider 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 auf Seiten der beklagten Partei **CPM Anlagen Vertriebs GmbH in Liquidation**, Annagasse 5/Stiege 2/Top16, 1010 Wien, vertreten durch die Wess Kispert Rechtsanwalts GmbH in Wien, wegen EUR 353.688,79 s.A. Und Feststellung (Streitwert: EUR 20.000,-), über die Berufungen der beklagten Partei und der Nebenintervenientin gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 29.9.2015, 62 Cg 104/14b-12, in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 12.10.2015, 62 Cg 104/14b-13, in nicht öffentlicher Sitzung

### zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 4.366,74 (darin EUR 727,79 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu

ersetzen.

Die Nebenintervenientin hat ihre Kosten des Berufungsverfahrens selbst zu tragen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt insgesamt EUR 30.000,-.

Die ordentliche Revision ist **zulässig**.

**Entscheidungsgründe:**

Mit am 22.10.2014 eingebrachter Klage macht der **Kläger** Schadenersatzansprüche aus fehlerhafter Anlageberatung geltend. Er begehrt die Zahlung von EUR 353.688,79 Zug um Zug gegen die Abgabe des Angebots, der Beklagten ihre Ansprüche betreffend die Kommanditanteile an der 68. Sachwert Rendite-Fonds Holland GmbH & Co KG (in der Folge: die Kommanditgesellschaft) aus dem Treuhandvertrag mit der TVP Treuhand- und Verwaltungsgesellschaft für Publikumsfonds mbH (in der Folge: die Treuhänderin) abzutreten; weiters die Feststellung der Haftung der Beklagten für alle Ansprüche, die im Zusammenhang mit der Beteiligung an der Kommanditgesellschaft gegen den Kläger geltend gemacht würden.

Er habe aufgrund einer entgeltlichen Beratung durch die Beklagte EUR 350.000,- zuzüglich eines Agio von EUR 10.500,- in die Kommanditgesellschaft investiert. Der Beklagten seien folgende Beratungsfehler unterlaufen:

Sie habe sich aufgrund von Kick-Back-Zahlungen in einem nicht offen gelegten Interessenkonflikt befunden;

sie habe den Kläger nicht über die von Anfang an mangelnde Plausibilität des Fondskonzepts aufgeklärt;

sie habe ein Verlustrisiko als rein theoretisch abgetan und den Kläger über das Risiko eines Totalverlusts nicht aufgeklärt;

sie habe den Kläger nicht darüber aufgeklärt, dass die Ausschüttungen nur Teilrückzahlungen der Einlage seien;

sie habe den Kläger nicht über die Gefahr der Kommanditistenhaftung aufgeklärt, konkret nicht darüber, dass es bei der praktizierten Ausschüttungspolitik zu einem Aufleben der Kommanditistenhaftung komme und eine Nachhaftung während fünf Jahren bestehe;

sie habe die Beteiligung dargestellt, als hätte sie eine zehnjährige Laufzeit, nach deren Ende das eingezahlte Kapital rückerstattet werde;

sie habe nicht darüber informiert, dass die Beteiligung erstmals zum 31.12.2016 kündbar sei, dass nur bei entsprechender Liquidität ein Auseinandersetzungsguthaben ausbezahlt werde und dass ein vorzeitiger Verkauf nicht möglich sei, weil es für geschlossene Fonds keinen Markt gebe;

sie habe den Kläger nicht über die hohen Weichkosten von rund 21 % bezogen auf das Kommanditkapital aufgeklärt, aus denen auch die Beklagte Provisionen erhalten habe. Die hohen Weichkosten hätten zu einer Wertaushöhlung der Beteiligung geführt.

Weiters sei dem Kläger vor Unterzeichnung der Beitrittserklärung der Kapitalmarktprospekt nicht übergeben worden; er sei auch nicht über das Fremdfinanzierungsrisiko und die nachteiligen Auflösungsbestimmungen aufgeklärt worden.

Bei vollständiger, richtiger und gesetzeskonformer Beratung hätte der Kläger erkannt, dass die Investition nicht für seinen angestrebten Anlagezweck geeignet sei, nicht seinen Sicherheits- und Rentabilitätserwartungen entspreche und mit zu hohen Weichkosten und Provisionen belastet sei. Die Kenntnis jedes einzelnen Aufklärungsfehlers für sich allein hätte den Kläger veranlasst, die Beteiligung nicht zu zeichnen.

Die Beklagte hafte auch aus Prospekthaftung nach § 11 Abs 1 Z 3 KMG, weil der Verkaufsprospekt irreführende Angaben enthalte.

Neben der Naturalrestitution habe der Kläger ein Interesse an der begehrten Feststellung, weil die Gefahr einer Inanspruchnahme durch Drittgläubiger der Gesellschaft und durch Mitgesellschafter bestehe.

Dem Verjährungseinwand der Beklagten hält der Kläger entgegen, dass die einzelnen Beratungsfehler verjährungsrechtlich selbständig zu behandeln seien.

Nachdem der Kläger im August 2011 erkannt habe, dass die Ausschüttungen für 2011 nicht ausbezahlt würden, habe er sich an die Beklagte gewandt und die Auskunft bekommen, dass dies vorübergehend sei und am Ende der Laufzeit eine umso höhere Ausschüttung geleistet würde. Nach Intervention seines Rechtsanwalts im Juli 2011 habe er erkannt, dass ihm die Beklagte tatsächlich keine Gewinnausschüttungen zugesichert habe und dass eine Klagsführung aus diesem Grund aussichtslos sei. Erst durch die Aufklärung durch den nunmehrigen Klagevertreter im Juli 2014 habe er aber erkannt, dass ein Totalverlustrisiko bestehe, dass die Ausschüttungen zurückgefordert werden könnten und dass die Beklagte Kick-Back-Zahlungen erhalten habe. Er habe zudem seit Frühjahr 2014 bis kurz vor Klageeinbringung verjährungshemmende Vergleichsverhandlungen mit der Beklagten geführt.

Die **Beklagte** bestreitet eine mangelhafte Aufklärung. Ihre Informationspflichten seien vertraglich ausgeschlossen worden; sie sei bloß als Vermittler tätig geworden. Der Kläger sei über das Wesen der Veranlagung und die damit verbundenen Risiken aufgeklärt worden und habe den Erwerb mit seinem Steuerberater besprochen. In den Beitrittsunterlagen, insbesondere der Beitrittserklärung und dem produktspezifischen Anlegerprofil, seien alle Infor-

mationen und Risikohinweise sowie der Hinweis auf den Kapitalmarktprospekt enthalten. Der Kläger sei zudem von seinem Bankberater bei der Beklagten, W■■■■■■■■■■ Ö■■■■■■■■■■, über alle Wesensmerkmale und relevanten Risiken der Beteiligung informiert worden.

Zudem seien die Ansprüche verjährt. Spätestens mit dem Erhalt der jährlichen Geschäfts- und Treuhandberichte von der Treuhänderin habe der Kläger Kenntnis vom Wesen der Veranlagung, den Risiken und der jeweiligen Entwicklung erlangen können. Jedenfalls beginne die Verjährungsfrist zu jenem Zeitpunkt zu laufen, zu dem die Liquiditätsausschüttungen reduziert bzw eingestellt worden seien. Dies sei bereits 2010 der Fall gewesen. Der Kläger habe auch bereits am 4.1.2011 Schadenersatzansprüche wegen fehlerhafter Anlageberatung geltend gemacht, weil die Kommanditbeteiligung nicht seinen Vorstellungen entspreche.

Die Vertriebskosten seien im Kapitalmarktprospekt, im Gesellschaftsvertrag und im ersten Geschäfts- und Treuhandbericht dargestellt und seien dem Kläger daher bereits mehr als drei Jahre vor Klageeinbringung bekannt gewesen.

Die Beklagte habe sich auch nicht in einem Interessenkonflikt befunden. Sie habe keine verbotenen Kick-Back-Zahlungen, sondern eine zulässige Innenprovision erhalten. Es bestehe keine Verpflichtung, diese offenzulegen. Der Beklagten sei ein kleiner Teil der Kapitalbeschaffungskosten als Provision zugekommen. Wäre dieser Teil der Kapitalbeschaffungskosten nicht der Beklagten zugeflossen, wäre er von Dritten vereinnahmt worden, sodass sich an ihrer Höhe nichts geändert hätte.

Die Beklagte habe im Hinblick auf die Innenprovision nicht schuldhaft gehandelt. Sie bestreitet zudem die Kausalität, die Adäquanz und den Rechtswidrigkeitszusammen-

hang der unterbliebenen Aufklärung über die Innenprovision für den geltend gemachten Schaden. Den Kläger treffe zudem ein Mitverschulden, soweit er Formulare ungelesen unterfertigt habe.

Schließlich vertritt die Beklagte den Standpunkt, dem Kläger sei kein Schaden entstanden, weil die Kommanditbeteiligung seinen Anlagezielen entsprochen habe; alternativ hätte er keine risikolose Veranlagung gewählt. Es liege auch kein Verstoß gegen § 11 Abs 1 Z 3 KMG vor.

Eine Naturalrestitution sei unmöglich und untunlich, weil die Übertragung der Kommanditbeteiligung nach dem Gesellschaftsvertrag der Zustimmung aller Gesellschafter bedürfe. Außerdem bestehe ein unverhältnismäßig größeres Interesse der Beklagten, das die Übertragung der Kommanditbeteiligung ausschließe; es würde eine Überkompensation eintreten und das Marktrisiko unzulässig auf die Beklagte überwälzt.

Das Feststellungsbegehren sei unzulässig, weil es für den Fall der Naturalrestitution keine weiteren Schäden geben könne.

Die **Nebenintervenientin** übernimmt das Vorbringen der Beklagten. Der Kläger sei in der Beitrittserklärung und im Risikoprofil auf alle Risiken hingewiesen worden.

Die Verjährungsfrist habe bereits mit Unterzeichnung der Beitrittsunterlagen zu laufen begonnen, jedenfalls mit Erhalt der laufenden Schreiben der Treuhänderin bzw zu dem Zeitpunkt, zu dem die Ausschüttungen reduziert worden seien. Der Kläger habe sich zudem im Jahr 2011 direkt an die Treuhänderin gewandt und ein ausführliches Gespräch mit einer Mitarbeiterin über die Liquidität der Gesellschaft, die Auszahlungssperre sowie die Vermietung einzelner Immobilien geführt. Er habe gewusst, dass die Auszahlungen Liquiditätsausschüttungen gewesen seien.

Die Provisionen und die Weichkosten seien im Vergleich zu anderen Produkten günstig gewesen.

Mit dem angefochtenen **Urteil** gab das Erstgericht dem Klagebegehren statt.

Es schränkte das Beweisverfahren auf die neben dem Agio von der Beklagten bezogene Innenprovision bzw verdeckte Provision ein (Protokoll vom 27.1.2015, ON 10, S. 17) und traf die aus Seiten 4 bis 6 der Urteilsausfertigung wiedergegebenen Feststellungen, auf die verwiesen wird.

**Rechtlich** führte das Erstgericht aus, der Kläger habe durch Unterfertigung der Beitrittserklärung am 8.1.2007 und Zahlung der vereinbarten Investitionssumme mittelbar über die Treuhänderin eine Kommanditbeteiligung an der Kommanditgesellschaft erworben.

Der Vertragsabschluss sei über Vermittlung durch die Beklagte zustande gekommen; die Parteien hätten einen entgeltlichen Beratungsvertrag geschlossen. Die vom Kläger unterzeichnete Bestätigung, dass der Beitritt ausschließlich auf Grundlage des Kapitalmarktprospekts erfolge, sei aufgrund des tatsächlichen Ablaufs nicht relevant.

Das Klagebegehren bestehe bereits aufgrund der zusätzlich zum offengelegten Agio an die Beklagte geflossenen Innenprovision zu Recht.

Für den Abschluss der Beteiligung des Klägers habe die Beklagte insgesamt 6 % der Investitionssumme von EUR 350.000,-, sohin EUR 21.000,- erhalten. Die Hälfte davon habe der Kläger direkt als Aufschlag auf seine Investitionssumme gezahlt; die andere Hälfte sei der Beklagten aus dem vom Kläger geleisteten Zeichnungsbetrag durch die Fondsgesellschaft rückausgeschüttet worden. Dieser zweite Geldfluss sei dem Kläger nicht offengelegt worden. Es habe sich um eine Retrozession („Kick-Back“) gehandelt.

Wäre der Kläger darüber informiert worden, hätte er die Investition nicht getätigt.

Die Beklagte wäre verpflichtet gewesen, dem Kläger die vereinnahmten Provisionen vollständig offen zu legen. Nach § 39 Abs 1 WAG 2007 handle ein Rechtsträger nicht ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse seiner Kunden, wenn er im Zusammenhang mit der Erbringung von Wertpapier- oder Nebendienstleistungen einen Vorteil annehme. Das WAG 2007 sei auf den Sachverhalt zwar noch nicht anzuwenden, es enthalte aber keine fundamentale Verschärfung und Neuausrichtung der Wohlverhaltensregeln für Wertpapierdienstleister, sondern nur eine Spezifizierung bestehender Verpflichtungen. Bereits zuvor seien die Wohlverhaltensregeln der §§ 11 ff WAG 1997 in diesem Sinn ausgelegt worden. § 13 Z 2 WAG 1997 verpflichte den Wertpapierdienstleistungserbringer, sich um die Vermeidung von Interessenkonflikten zu bemühen. Nach Z 4 seien dem Kunden alle zweckdienlichen Informationen mitzuteilen, soweit dies zu Wahrung seiner Interessen und im Hinblick auf Art und Umfang der beabsichtigten Geschäfte erforderlich wäre.

Die Verpflichtung, sich um die Vermeidung von Interessenkonflikten zu bemühen, beinhalte auch, dem Kunden Kick-Back-Vereinbarungen offenzulegen. Dies gelte nicht nur für Vermögensverwalter, sondern auch für Berater. § 15 WAG 1997 schaffe eine ausdrückliche Haftungsnorm für die Verletzung der Pflichten nach §§ 13, 14 WAG 1997.

Bei einer fehlerhaften Anlageberatung trete ein Schaden bereits durch den Erwerb des in Wahrheit nicht gewollten Finanzprodukts ein. Dem Kläger sei der Beweis dafür gelungen, dass er in Kenntnis der verdeckten Kick-Back-Zahlungen die Beteiligung nicht gezeichnet, sondern in eine Vorsorgewohnung investiert hätte. Er habe daher Anspruch auf Naturalersatz in der Form, dass ihm die ge-



leistete Einlage abzüglich erhaltener Ausschüttungen zuzüglich entgangenem Gewinn einer alternativen Veranlagung zurückgezahlt werde, dies Zug um Zug gegen Abgabe des Anbots zur Abtretung seiner Rechte daraus.

Die Rendite aus der Vermietung einer Vorsorgewohnung setzte das Erstgericht nach § 273 ZPO mit 3 % an.

Der Mitverschuldenseinwand der Beklagte sei im Hinblick auf die Kick-Back-Zahlungen nicht konkretisiert und verfange auch deshalb nicht, weil diese Zusatzprovisionen aus den Unterlagen nicht ersichtlich gewesen seien.

Die Verjährung beziehe sich jeweils auf den konkreten Schadenersatzanspruch. Fehlten dem Anlageprodukt mehrere Eigenschaften, die es eigentlich haben sollte, so liege in jeder fehlenden Eigenschaft ein eigener Schaden, der sich jeweils in der Ungewolltheit des Produkts manifestiere. In diesem Fall habe der Berater nicht nur mehrere Beratungsfehler zu verantworten, sondern auch mehrere voneinander zu unterscheidende Schäden verursacht, die auch verjährungsrechtlich getrennt zu beurteilen seien.

Im vorliegenden Fall liege der Primärschaden nicht nur im Erwerb einer Veranlagung, die der Kläger nicht gewollt habe, sondern auch darin, in ein Produkt investiert zu haben, zu dessen Anschaffung ihm unter Verschweigung von Kick-Back-Zahlungen geraten worden sei. Von den Kick-Back-Zahlungen habe der Kläger erst 2014 Kenntnis erlangt; der Anspruch sei daher nicht verjährt.

Feststellungen zu weiteren anspruchsbegründenden Tatsachen seien nicht erforderlich.

Ein Feststellungsbegehren komme zusätzlich zum Leistungsbegehren in Betracht, wenn dem Anleger künftige, noch nicht bekannte Schäden entstehen könnten. Das sei hier der Fall, weil das Risiko bestehe, dass die empfangenen Ausschüttungen die Haftung des Klägers wieder aufleben ließen und weil der Kläger im Fall der Insolvenz

der Emittentin dazu verhalten werden könne, das Empfangene zurückzuerstatten.

Gegen dieses Urteil richten sich die **Berufungen** der Beklagten und der Nebenintervenientin jeweils aus den Berufungsgründen der Mangelhaftigkeit des Verfahrens, der unrichtigen Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung. Beide beantragen, das angefochtene Urteil im klageabweisenden Sinn abzuändern und stellen hilfsweise einen Aufhebungsantrag.

Der Kläger beantragt, den Berufungen nicht Folge zu geben.

Beide Berufungen sind **nicht berechtigt**.

### **1. Zu den behaupteten Verfahrensmängeln**

Als Mangelhaftigkeit des Verfahrens rügt die Beklagte das Unterbleiben der Vernehmung der Zeugen Dr. Cowling, MMag. W [REDACTED] und J [REDACTED] I [REDACTED], die Nebenintervenientin der Zeugen W [REDACTED] Ö [REDACTED] und Dr. Cowling. Darüber hinaus beanstandet die Nebenintervenientin die Anwendung des § 273 ZPO zur Bezifferung der Rendite aus einer Vorsorgewohnung.

**1.1.** Zum Zeugen **Dr. Cowling** bringt die **Beklagte** vor (Berufung S. 8, 20 f), dessen Einvernahme hätte ergeben, dass die Innenprovision (gemeint: die neben dem Agio von der Beklagten bezogene zusätzliche Provision) aus den Kapitalbeschaffungskosten der Gesellschaft bezahlt worden sei; dass diese in Fixbetrag gewesen seien und dass daher die Provision der Beklagten auf den wirtschaftlichen Erfolg der Kommanditgesellschaft keinen Einfluss gehabt habe; weiters, dass die Fondskonzeption und die Prognoserechnung realistisch gewesen seien; dass Beteiligungen an Kommanditgesellschaften im Zeitpunkt des Erwerbs durch den Kläger eine erfolgreiche Form der Veranlagung gewesen seien und die wirtschaftliche Entwicklung der Beteiligung

ausschließlich durch die Verwirklichung des allgemeinen Marktrisikos aufgrund der Weltwirtschaftskrise beeinträchtigt worden sei.

Die **Nebenintervenientin** begründet ihre Mängelrüge damit, dass die Aussage des Zeugen Dr. Cowling zur Feststellung geführt hätte, dass Werthaltigkeit und Risikoträchtigkeit des Produkts von der Provision nicht berührt würden.

Das Erstgericht stützt die Klagestattgebung ausschließlich auf die unterbliebene Offenlegung der von der Beklagten zusätzlich zum Agio vereinnahmten Provision. Die Fragen der Fondskonzeption, der Prognosen und der Erfolgsaussichten von Kommanditbeteiligungen sowie der Werthaltigkeit und Risikoträchtigkeit der Beteiligung stehen damit nicht im Zusammenhang, sodass diesbezüglich kein Verfahrensmangel vorliegt. Bei Behandlung der Rechtsrüge wird ausgeführt werden, dass es auch auf die Gründe für den wirtschaftlichen Misserfolg der Beteiligung (Verwirklichung des allgemeinen Marktrisikos) nicht ankommt. Schließlich ist auch nicht entscheidend, ob die Provision der Beklagten aus dem als „Kapitalbeschaffungskosten“ der Gesellschaft ausgewiesenen Posten geflossen ist und ob dafür ein Fixbetrag vorgesehen war. Der geltend gemachte Verfahrensmangel liegt daher nicht vor.

**1.2.** Einen weiteren Verfahrensmangel sieht die **Beklagte** im Unterbleiben der Vernehmung des früheren Rechtsanwalts des Klägers, **MMag. W** [REDACTED], als Zeugen. Die Beweisaufnahme hätte ergeben, dass der Kläger **MMag. W** [REDACTED] bereits in der ersten Jahreshälfte 2011 mit der Prüfung möglicher Rechtsgrundlagen für Ansprüche aus dem Beteiligungserwerb beauftragt habe; dass dieser aufgrund der Beitrittsunterlagen und der Gesellschaftsverträge, die der Kläger nochmals von der Treuhandgesellschaft angefordert habe, Ansprüche des Klägers geprüft und den

Kläger unter anderem darüber informiert habe, dass Banken neben dem Agio auch weitere Entgelte lukrierten (Berufung S. 45). Das Fehlen entsprechender Feststellungen wird als sekundärer Verfahrensmangel geltend gemacht; ebenso vermisst die Beklagte die Feststellung des Inhalts eines Schreibens von MMag. W. [REDACTED] an die Beklagte, mit dem dieser eine Reihe von - allesamt nicht im Zusammenhang mit Provisionen stehenden - Beratungsfehlern geltend gemacht habe. Sie leitet daraus die Verjährung der eingeklagten Ansprüche ab.

Entscheidend für die Beurteilung der Verjährung ist aber nicht, ob der Kläger seinen Rechtsanwalt im Jahr 2011 mit der Prüfung von Ansprüchen beauftragt hat, sondern, ob der Kläger (oder ein ihm zurechenbarer Vertreter) zu diesem Zeitpunkt tatsächlich von der Provision der Beklagten Kenntnis erlangt hat oder konkrete Umstände hervorgekommen waren, aufgrund derer er bei angemessener Erkundigung von der Provision Kenntnis hätte erlangen müssen (vgl. RIS-Justiz RS0034335, RS0065360). Dass MMag. W. [REDACTED] Kenntnis von der Provision der Beklagten erlangt hätte, hat die Beklagte in erster Instanz nicht behauptet. Das bloße Ausweisen von „Kapitalbeschaffungskosten“ in diversen schriftlichen Unterlagen legt - wie im Zuge der rechtlichen Beurteilung ausgeführt - auch nicht den Schluss nahe, dass die Beklagte neben dem ausgewiesenen Agio eine weitere Zuwendung für ihre Tätigkeit erhalten würde. Das Unterbleiben der Einvernahme des MMag. W. [REDACTED] als Zeugen bildet daher keinen Verfahrensmangel.

**1.3.** Die **Beklagte** rügt weiters, dass das Erstgericht dem Antrag auf Vernehmung der Zeugin I. [REDACTED] nicht nachgekommen ist. Aus der Einvernahme hätte sich ergeben, dass der Kläger sich im Jänner 2011 an die Treuhänderin gewandt habe und die Zeugin I. [REDACTED] ihn über die aktuelle Liquidität der Gesellschaft, den Vermietungsstand, das We-

sen der Ausschüttungen und die Gründe für deren Einstellung informiert und dem Kläger neuerlich den Gesellschaftsvertrag (Beilage ./5) übermittelt habe. Darin seien aber die Kapitalbeschaffungskosten und damit die Provision der Beklagte ausgewiesen.

Das Unterlassen der Einvernahme der Zeugin I [REDACTED] begründet keinen Verfahrensmangel. Zu den Kapitalbeschaffungskosten kann auf die obigen Ausführungen und die rechtliche Beurteilung verwiesen werden. Da die Ansprüche des Klägers bereits aufgrund der unterbliebenen Offenlegung der Provision der Beklagten berechtigt sind, kommt es darüber hinaus auf den Zeitpunkt der Kenntnis von allfälligen weiteren Aufklärungsmängeln nicht an.

**1.4.** Die **Nebenintervenientin** rügt als Verfahrensmangel, dass das Erstgericht den Zeugen Ö [REDACTED] nicht vernommen hat. Seine Vernehmung hätte ergeben, dass er den Kläger „entsprechend seinen Verpflichtungen“ aufgeklärt habe. Der Zeuge Ö [REDACTED] hätte weiters darüber Auskunft geben können, dass die unterbliebene Offenlegung der Innenprovision für die Anlageentscheidung des Klägers nicht kausal gewesen sei und dass der Kläger sein Kapital risikoreich habe anlegen wollen und daher alternativ nicht in eine Anlagewohnung investiert hätte.

Die begehrte Feststellung, der Zeuge Ö [REDACTED] habe „entsprechend seinen Verpflichtungen aufgeklärt“, ist für die Beurteilung der Rechtssache schon deshalb nicht relevant, weil sie den konkreten Inhalt der Aufklärung offen lässt. Dass sich bei Einvernahme des Zeugen ergeben hätte, dass dieser über die Innenprovision aufgeklärt hätte, behauptet die Nebenintervenientin nicht. Ein Verfahrensmangel liegt daher im Hinblick auf die Frage der Offenlegung der Provision der Beklagten nicht vor.

Zur Kausalität hat die Beklagte in erster Instanz vorgebracht, dass der Kläger auch bei Kenntnis der Innen-

provision die Veranlagung getätigt hätte; allenfalls hätte er mit der Beklagten über die Höhe des Agios verhandelt (Schriftsatz ON 6 S. 42). Der Kläger habe eine mitunternehmerische Beteiligung erwerben wollen und hätte daher alternativ wiederum eine entsprechende Beteiligung erworben (Schriftsatz ON 6 S. 59 f). Zum Beweis dafür hat die Beklagte Urkunden sowie die Beweisanbote laut Punkt 2 des Schriftsatzes angeboten; dort wird der Zeuge Ö [REDACTED] jedoch nicht geführt. Die Nebenintervenientin hat ihrerseits keinen Antrag auf Vernehmung dieses Zeugen gestellt.

Da die Beklagte die Vernehmung des Zeugen Ö [REDACTED] zum Beweis der fehlenden Kausalität der unterbliebenen Offenlegung sowie zur Alternativveranlagung nicht beantragt hat, liegt der behauptete Verfahrensmangel nicht vor.

**1.5.** Eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens sieht die **Nebenintervenientin** darin, dass das Erstgericht eine Rendite von 3 % aus einer Vorsorgewohnung unter Anwendung des **§ 273 Abs 1 ZPO** ausgemittelt hat (Urteilsausfertigung S. 12). § 273 Abs 1 ZPO ist anwendbar, wenn der Betrag, nicht aber der Grund einer Forderung strittig ist (RIS-Justiz RS0040355) und der Beweis der Höhe der Forderung gar nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu erbringen ist. Ob § 273 Abs 1 ZPO anzuwenden ist, entscheiden richterliche Erfahrung, allgemeine Lebenserfahrung oder auch die Zwischenergebnisse des bereits durchgeführten Beweisverfahrens (RIS-Justiz RS0040431).

Der Kläger hat in Fällen unrichtiger Anlageberatung den Eintritt eines Schadens nur plausibel zu machen. Es reicht aus, festzustellen, welche Anlagegattung der Geschädigte bei ordnungsgemäßer Aufklärung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit gewählt hätte. Maßgebend können in weiterer Folge auch die typischen, etwa durch Indizes be-

legten Entwicklungen solcher Anlagen oder der gewöhnliche Lauf der Dinge iSv § 1293 ABGB sein (RIS-Justiz RS0022900 [T28]). Die Beklagte hat in erster Instanz zutreffend darauf hingewiesen, dass die Rendite aus einer Vorsorge- wohnung von einer Vielzahl von Faktoren abhängt (mündliche Streitverhandlung am 11.5.2015, ON 11 S. 14 f). Da im vorliegenden Fall zudem die Wertentwicklung nicht einer konkreten Wohnung, sondern ein hypothetischer Verlauf zu beurteilen ist, kann der Beweis einer konkreten Wertentwicklung nicht erbracht werden. Die Anwendung des § 273 Abs 1 ZPO begegnet daher keinen Bedenken.

**Zusammenfassend** ist daher festzuhalten, dass die von der Beklagten und der Nebenintervenientin gerügten Verfahrensmängel nicht vorliegen.

## **2. Zur Beweisrüge**

### **Zur Beweisrüge der Beklagten**

**2.1.** In ihrer Beweisrüge wendet sich die Beklagte gegen folgende Feststellungskomplex (S. 13 ff der Berufung):

*„In den Beratungsgesprächen teilte Ö [REDACTED] dem Kläger auch mit, dass von der Investitionssumme eine Provision ('Agio') an die Bank zu zahlen sei. Er verwies darauf, dass diese üblicherweise 5 % der Investitionssumme betrage, dem Kläger als langjährigem Kunden allerdings als Sonderkondition ein auf 3 % reduziertes Agio gewährt werde.*

*Der Kläger wurde in den Beratungsgesprächen nicht darauf hingewiesen, dass die Beklagte für den Abschluss dieses Geschäfts aus der Investitionssumme weitere Provisionszahlungen kassiere.*

*Im Zuge des Gesprächs am 8. Jänner 2007 unterfertigte der Kläger eine 'Beitrittserklärung' zur 'Achtundsechszigste Sachwert Rendite Fonds Holland GmbH & Co KG', wonach er mittelbar über die TVP Treuhand- u. Verwal-*

tungsgesellschaft für Publikumsfonds mbH eine Kommanditbeteiligung erwerbe (./1), ein Anlegerprofil (./2) sowie eine Vollmachts- und Auftragserteilung zur Erstellung und Einreichung der Steuererklärung in den Niederlanden (./3). Die Formulare waren in Maschinschrift vorausgefüllt.

Weder diese beiden Unterlagen, noch die ihm beim selben Termin übergebene Informationsbroschüre zu diesem Immobilienfonds (./4) enthielten einen Hinweis darauf, dass die Beklagte über die offengelegten 3 % Agio weitere Zahlungen aus der geleisteten Investitionssumme erhalte.

Der Kläger traf seine Anlageentscheidung auf Grundlage der Beratungsgespräche mit Ö■■■■■.

Im Anschluss an die Unterfertigung der Unterlagen leistete der Kläger die vereinbarte Investitionssumme von EUR 350.000,- sowie die dreiprozentige Provision in Höhe von EUR 10.500,- an die Beklagte.

In weiterer Folge flossen weitere 3 % der vom Kläger geleisteten Investitionssumme, in Summe also ebenfalls EUR 10.500,- von der MPC an die Beklagte zurück.

Wenn der Kläger von dieser weiteren Provisionszahlung gewusst hätte, hätte er nicht dieses Produkt gekauft."

Sie begehrt die ersatzweise Feststellung folgenden Sachverhalts:

„Hätte die beklagte Partei dem Kläger vor dem Beteiligungserwerb ihre Innenprovision offengelegt, hätte der Kläger die Beteiligung dennoch erworben. Den Kläger haben die von der beklagten Partei für die Vermittlung seiner Veranlagungen lukrierten Provisionen generell nicht interessiert.

Der Kläger hat über Vermittlung der beklagten Partei zahlreiche Wertpapiere wie Anteile an Investmentfonds erworben, für deren Vermittlung die beklagte Partei Entgel-



te in einer Höhe lukriert hat, die höher oder zumindest gleich hoch wie die Entgelte für die Vermittlung der prozessgegenständlichen Beteiligung waren. Beispielsweise hat die beklagte Partei für die Vermittlung der Anteile an den Raiffeisen-Investmentfonds des Klägers Ausgabeaufschläge zwischen 1 % und 5 % sowie laufende Bestandsbonifikationen bis zu 1,5 % pro Jahr vom Wert der Anteile erhalten und eine jährliche Depotgebühr lukriert. Die Entgelte der beklagten Partei haben den Kläger von keiner Veranlagung abgehalten.

Der Kläger hat sich zu keiner anderen Veranlagung über die Entgelte der beklagten Partei informiert. Da die Entgelte der beklagten Partei für die Anlageentscheidung des Klägers ohne Bedeutung sind, hat sich der Kläger über die von der beklagten Partei für die Vermittlung seiner Wertpapiere lukrierten Entgelte auch nicht erkundigt, nachdem er Kenntnis davon hatte, dass die beklagte Partei ihm gegenüber nicht offengelegte Innenprovisionen für die Vermittlung der Beteiligung erhalten hat. Der Kläger hat sich auch nicht dafür interessiert, wer die Kapitalbeschaffungskosten erhält.

Die Innenprovision, welche die beklagte Partei für die Vermittlung der Beteiligung erhalten hat, war Teil der Kapitalbeschaffungskosten jener Kommanditgesellschaft, an welcher sich der Kläger beteiligt hat. Die Kapitalbeschaffungskosten waren ein Fixbetrag, der alle Kosten und Aufwendungen für die Kapitalbeschaffung gedeckt hat; zu den Kapitalbeschaffungskosten gehörten neben der Provision der beklagten Partei sowie der Nebenintervenientin alle Kosten zur Einwerbung des Kommanditkapitals. Die Kapitalbeschaffungskosten haben auch alle Marketingkosten sowie die Kosten für die Erstellung und Prüfung des KMG-Prospekts und aller Vertriebsunterlagen enthalten.

Die Kapitalbeschaffungskosten waren ein von der Kommanditgesellschaft zu tragender Fixbetrag. Hätte die beklagte Partei keine Innenprovision erhalten, hätte nämlich die Nebenintervenientin eine entsprechend höhere Provision erhalten. Auf den wirtschaftlichen Erfolg der Kommanditgesellschaft und damit auf das vom Kläger mit seiner Beteiligung erzielte wirtschaftliche Ergebnis (also auf die Rendite des Beteiligungserwerbs) hatte die Innenprovision der beklagten Partei daher keine Auswirkungen. Die Kapitalbeschaffungskosten waren in voller Höhe in der fachgerecht erstellten Wirtschaftlichkeitsrechnung berücksichtigt; demgemäß sollte die Rendite nach der Begleichung der Kapitalbeschaffungskosten in der prognostizierten Höhe erzielt werden.

Für die prognostizierte Rendite der Beteiligung sowie für die Höhe der Ausschüttungen an den Kläger hatte die Innenprovision keine Bedeutung, weil die Kapitalbeschaffungskosten in derselben Höhe unabhängig davon angefallen sind, ob und in welcher Höhe die beklagte Partei eine Innenprovision erhält.

Die Kapitalbeschaffungskosten waren im Gesellschaftsvertrag, welcher dem Kläger vor dem Beteiligungserwerb vorlag, sowie im KMG-Prospekt ausgewiesen. Im KMG-Prospekt waren die Kapitalbeschaffungskosten im Detail erläutert. Der Kläger wurde auf den KMG-Prospekt von Herrn Ö■■■■■■ sowie in mehreren Unterlagen hingewiesen. Die Kapitalbeschaffungskosten waren auch im ersten Geschäfts- und Treuhandbericht zur Gesellschaft ausgewiesen; diesen hat der Kläger im Dezember 2008 mit dem TVP-Schreiben vom 23.12.2008 erhalten."

**2.2.** Die Geltendmachung des Berufungsgrunds der unrichtigen Beweiswürdigung erfordert die bestimmte Angabe, welche Beweise der Erstrichter unrichtig gewürdigt hat, aus welchen Erwägungen sich dies ergibt und welche Tatsa-

chenfeststellungen bei richtiger Beweiswürdigung auf Grund welcher Beweisergebnisse und Erwägungen zu treffen gewesen wären (*Kodek in Rechberger*, ZPO<sup>4</sup> § 471 Rz 8; RIS-Justiz RS0041835). Es genügt nicht, aufzuzeigen, dass auf Basis der Ergebnisse des Beweisverfahrens auch andere, für den Berufungswerber günstigere, Feststellungen möglich gewesen wären; es ist vielmehr darzulegen, aus welchen Gründen die getroffenen Feststellungen zwingend unrichtig sind oder dass zumindest bedeutend überzeugendere Beweisergebnisse für abweichende Feststellungen vorliegen.

Soweit nicht abweichende, sondern ergänzende Feststellungen begehrt werden, wird das Fehlen wesentlicher Feststellungen und damit ein sekundärer Verfahrensmangel gemäß § 496 Abs 1 Z 3 ZPO geltend gemacht. Diese Rüge ist unter dem Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung zu behandeln (RIS-Justiz RS0043603 [T7]; RS0043304 [T6]).

**2.3.** Im Wesentlichen begehrt die Beklagte anstatt der Feststellung, dass der Kläger bei Kenntnis von weiteren Provisionszahlungen das Produkt nicht erworben hätte, die gegenteilige Feststellung, dass der Kläger die Beteiligung auch bei Offenlegung der Innenprovision erworben hätte. Die begehrten Feststellungen, wonach der Kläger sich, zusammengefasst, nicht für die bei anderen Anlageprodukten anfallenden Provisionen interessiert habe, haben lediglich den Charakter von Hilfstatsachen, aus denen die Beklagte offenbar auf die von ihr behauptete Haupttatsache - dass der Kläger bei Kenntnis der weiteren Provisionszahlung von 3 % die Kommanditbeteiligung dennoch erworben hätte - schließen will (vgl RIS-Justiz RS0040290).

Das Erstgericht stützt die bekämpfte Feststellung zur Kausalität auf die Schilderung des Klägers, dass ihm

schon das offengelegte Agio von 3 % als grenzwertig erschienen sei. Es hob weiters hervor, dass der Aussage des Klägers keine Beweisergebnisse entgegenstünden.

Die Beklagte hält dieser Beweiswürdigung entgegen, dass das einzige Kriterium für die Anlageentscheidung des Klägers die prognostizierte Rendite gewesen sei und die Aussagen des Klägers in sich widersprüchlich seien bzw die getroffene Feststellung nicht decken würden. So habe der Kläger ausgesagt, dass er sich nicht nach den Entgelten der Beklagten erkundigt habe (Protokoll vom 11.5.2015, ON 11, S. 7). Diese Aussage des Klägers steht aber der getroffenen Feststellung nicht entgegen. Aus dem Umstand, dass der Kläger sich nicht erkundigt hat, kann nämlich nicht geschlossen werden, dass er bei Offenlegung der Innenprovision bzw des Rückflusses an die Beklagte damit einverstanden gewesen wäre. Zudem war dem Kläger bekannt, dass er ein Agio von 3 % der Investitionssumme an die Beklagte zu zahlen hatte; es bestand daher für ihn kein Anlass, sich nach dem Entgelt der Beklagten zu erkundigen.

Soweit die Beklagte die Aussage des Klägers hervorhebt, er habe sich nicht damit beschäftigt, wie viel an Nebenkosten wie etwa Kapitalbeschaffungskosten anfielen, gibt sie seine Aussage (Protokoll ON 11 S. 11) verkürzt wieder. Auf die Frage, ob für ihn relevant gewesen sei, wohin sein investiertes Geld im Einzelnen fließe, hat der Kläger geantwortet: „Natürlich war es mir wichtig, ich wollte, dass es in Immobilien investiert wird. Ich habe mich nicht damit beschäftigt, wie viel davon an Nebenkosten wie Grunderwerbssteuer, nicht erstattungsfähiger Umsatzsteuer, Finanzierungskosten, Bearbeitungsgebühr, Kapitalbeschaffungskosten, Fremdfinanzierungsvermittlungskosten usw anfallen.“ Damit hat der Kläger klar zum Ausdruck gebracht, dass es ihm primär darum ging, dass seine

Investitionssumme in Immobilien investiert würde. Aus der Aussage, er habe sich nicht dafür interessiert, wie viel davon an Nebenkosten anfielen, kann nicht geschlossen werden, dass er bei konkreter Kenntnis mit einem Rückfluss an die Beklagte einverstanden gewesen wäre.

Dass der Kläger nach Ansicht der Beklagten keinen sachlichen Grund dafür habe angeben können, dass er bei Kenntnis des Rückflusses die Anlageentscheidung nicht getroffen hätte, macht seine Aussage nicht unglaubwürdig. Entscheidend für die getroffene Feststellung ist nämlich nicht, ob die Motivation des Klägers auf einem objektiv auf seine Richtigkeit überprüfbareren Gedankengang beruht; wesentlich ist allein, wie der Kläger faktisch bei Kenntnis des Rückflusses an die Beklagte gehandelt hätte. Der Kläger hat angegeben, dass er dem Agio von 3 % „mit Bauchweh“ zugestimmt habe und das Produkt nicht gekauft hätte, wenn er gewusst hätte, dass zusätzlich zum Agio weitere 3 % an Raiffeisen zu zahlen seien (Protokoll ON 11 S. 3 f). Die Beklagte hat dazu in der mündlichen Streitverhandlung moniert, dass die zugrundeliegende Frage unrichtig gewesen sei, weil der Kläger niemals 6 % an die Beklagte zahlen müssen. Selbst wenn man dem Kläger unterstellt, dass er damit lediglich ausgedrückt habe, nicht zusätzlich zur Investitionssumme 6 % an Provisionen (bzw Agio samt Rückfluss an die Beklagte) zahlen zu wollen, findet die Feststellung des Erstgerichts Deckung in seinen Aussagen. Er hat nämlich die präzisere Frage, ob es ihn gestört hätte, dass die Beklagte noch eine Provision *einbehalte*, wenn er dennoch 7,1 % Zinsen bekomme, klar bejaht. Dies hat er damit begründet, dass dann die Provision (zu) hoch gewesen wäre (Protokoll ON 11, S. 7 Mitte). Wenn der Kläger angibt, er hätte das Produkt nicht gekauft, wenn er gewusst hätte, dass er EUR 21.000,- zahlen müsse (Protokoll ON 11, S. 7), so verwen-

det er das Wort „zahlen“ vor dem Hintergrund, dass er genau wusste, dass er *zusätzlich* zur Investitionssumme nur EUR 10.500,-, nicht aber 21.000,- gezahlt hat. Das Erstgericht hat daher seinen Ermessensspielraum nicht überschritten, wenn es diese Aussage dahin auffasste, dass dem Kläger die Zahlung von Vergütungen von 21.000,- insgesamt zu hoch gewesen wäre, dies auch dann, wenn die Provision zur Hälfte aus der Investitionssumme herrührte. In diesem Sinn antwortete der Kläger auf die Frage, warum ihn der Einbehalt einer zusätzlichen Provision durch die Beklagte gestört hätte, wenn er dennoch 7,1 % Zinsen bekommen hätte, „weil dann die Provision so hoch war.“ Entgegen den Berufungsausführungen ist die bekämpfte Feststellung daher durch die Aussagen des Klägers gedeckt.

Eine Widersprüchlichkeit ergibt sich auch nicht daraus, dass der Kläger es hingenommen hätte, die erwartete Rendite von 7 % nicht mehr zu erhalten, jedoch eine Provision von 3 % nicht akzeptiert hätte. Es ist jedem Anleger unbenommen, entsprechend seinen - auch subjektiven - Präferenzen ein Anlageprodukt auszuwählen. Mag der Kläger sich auch mit dem Umstand abgefunden haben, dass die erwarteten Renditen nicht anfallen würden, so ist es nicht ausgeschlossen oder widersprüchlich, wenn er eine „Provision“ - im Sinne von seitens der Beklagten vereinnahmten Zahlungen - von insgesamt EUR 21.000,- für die Vermittlung dieses Anlageprodukt als zu hoch erachtet und dies als ausschlaggebend für die Wahl einer anderen Veranlagung angesehen hätte. Auch hat der Kläger die Frage des Nebenintervenientenvertreters, ob es für ihn aus Liquiditätsgründen relevant gewesen sei, ob 3 % oder 6 % an Provisionen anfielen, ebenfalls bejaht (Seite 11 des Protokolls).

Soweit die Beklagte darauf verweist, dass der Kläger beim Kauf einer Vorsorgewohnung mit viel höheren Transak-

tionskosten konfrontiert worden wäre, mag es durchaus einer subjektiven Präferenz entsprechen, für den Kauf einer eigenen Immobilie höhere Nebenkosten zu akzeptieren als für den Erwerb eine Kommanditbeteiligung. Soweit die Beklagte meint, das Erstgericht „hätte sich fragen müssen, wie der Kläger reagiert hätte, wenn ihm die Innenprovision offen gelegt worden wäre“, ist darauf zu verweisen, dass in der mündlichen Streitverhandlung genau diese Frage an den Kläger gerichtet wurde (Protokoll ON 11 S. 7) und der Kläger darauf angab, dass ihm eine Provision von insgesamt EUR 21.000,- zu hoch gewesen wäre. Die Ausführungen der Beklagten vermögen daher keine Zweifel an der bekämpften Feststellung, dass der Kläger bei Kenntnis der weiteren Provisionszahlung nicht dieses Produkt gekauft hätte, zu wecken.

Zu den unter Punkt 8.1. der Berufung („Unglaubwürdigkeit des Klägers“) ergänzend angestellten Überlegungen ist Folgendes auszuführen: Wenn der Kläger und die Zeugin C [REDACTED] unterschiedliche Angaben zur Übermittlung von Unterlagen gemacht haben, ergibt sich daraus nicht die Unglaubwürdigkeit des Klägers im Hinblick auf seine hypothetische alternative Investitionsentscheidung.

Eine Unglaubwürdigkeit des Klägers ergibt sich auch nicht aus angeblich widersprüchlichen Aussagen zu einem Gespräch mit der Zeugin C [REDACTED]. Der Kläger hat einerseits angegeben (Protokoll ON 11, S. 4), dass er damals (gemeint: im Vorfeld des Vertragsabschlusses) nicht mit der Zeugin C [REDACTED] gesprochen habe, sondern erst im Jahr 2014, als er erfahren habe, dass der VKI eine Sammelklage vorbereite. Andererseits hat er angegeben, dass er sich im Jahr 2011, als er erfahren habe, dass die Ausschüttungen nicht in der erwarteten Höhe stattfinden würden, an die Beklagte gewandt habe; er habe immer mit dem Zeugen Ö [REDACTED] Kontakt gehabt, es könne

sein, dass einmal die Zeugin O [REDACTED] dabei gewesen sei (Protokoll ON 11 S. 9). Das steht mit der Aussage der Zeugin O [REDACTED] in Übereinstimmung, dass sie mit dem Kläger erstmals im Jahr 2011 Kontakt gehabt habe, als er sich über das Ausbleiben der Ausschüttungen beklagt habe. Sie hat auch klargestellt, dass bei einem persönlichen Gespräch mit dem Kläger immer der Zeuge Ö [REDACTED] dabei gewesen sei, weil er die Beratung des Klägers durchgeführt hatte (Protokoll ON 11 S. 12, 13). Ein Widerspruch, der gegen die Glaubwürdigkeit des Klägers sprechen könnte, ergibt sich aus diesen Aussagen insgesamt nicht.

Daraus, dass der Kläger das Datum seiner Beratung von Dezember 2007 auf Dezember 2006 korrigiert hat, hat das Erstgericht überzeugend keine Unglaubwürdigkeit abgeleitet.

Soweit die Beklagte auf die Unterfertigung der Beitrittserklärung (Beilage ./1) durch den Kläger hinweist, ist der Zusammenhang mit dem Rückfluss von 3 % der Investitionssumme an die Beklagte nicht ersichtlich. Eine Aufklärung über diese Provision ergibt sich aus der Beilage ./1 nicht. Das Vorbringen zu allfälligen Risikohinweisen steht nicht im Zusammenhang mit der hier wesentlichen Frage des Beteiligungserwerbs bei Kenntnis der von der Beklagten lukrierten Provision; auch aus der Behauptung, der Kläger sei ein erfahrener Anleger, ergibt sich dafür nichts Relevantes. Soweit die Beklagte auf die Aussagen der Zeugin [REDACTED] verweist (S. 76 f der Berufung), konnte diese - wie auch die Beklagte erkennt - nur zu Vorkommnissen des Jahres 2011 und damit nicht zur Motivationslage des Klägers im Zeitpunkt des Beteiligungserwerbs im Jänner 2007 Auskunft geben.

Die Berufungsausführungen der Beklagten vermögen daher keine Zweifel an der Feststellung des Erstgerichts zu



wecken, wonach der Kläger bei Kenntnis der weiteren Provisionszahlung das Produkt nicht gekauft hätte.

Den übrigen angefochtenen Feststellungen - nämlich zum Beratungsgespräch, zur Information über das Agio, zur mangelnden Information über die weitere Provision, die Unterfertigung der Urkunden, zur Anlageentscheidung auf Grund der Beratungsgespräche, zur Einzahlung durch den Kläger und zur 3 %-igen Provision an die Beklagte - stehen keine konkreten abweichenden Ersatzfeststellungen gegenüber, sodass die Beweisrüge insofern nicht gesetzmäßig ausgeführt ist.

**2.4.** Die Beklagte begehrt weiters Feststellungen zur näheren Ausgestaltung der an sie geflossenen Provision, die wirtschaftlichen Auswirkungen der Provisionszahlung auf den Erfolg des Investments und zu Hinweisen auf „Kapitalbeschaffungskosten“ in im Einzelnen angeführten schriftlichen Unterlagen.

Da damit nicht abweichende, sondern ergänzende Feststellungen begehrt werden, wird darauf bei Behandlung der Rechtsrüge eingegangen.

**2.5.** Die Beklagte bekämpft weiters folgende Feststellungen (Berufung S. 42 ff):

*„Dem Kläger wurde erst im Zuge der Beratung durch den Klagevertreter im Jahr 2014 bekannt, dass aus dem von ihm geleisteten Kapital weitere Zahlungen an die Beklagte geflossen sind.“*

Sie begehrt anstatt dessen folgende Ersatzfeststellungen:

*„Die Beklagte hat mit dem Kläger das Anlegerprofil vom 10.12.2007, welches der Kläger unterfertigt hat, erstellt (Beilage ./38). Aus Anlass der Erstellung dieses Anlegerprofils hat die Beklagte dem Kläger die 'Allgemeinen Informationen zum Anlagegeschäft' (Beilage ./37) übergeben, deren Punkt V 'Finanzielle Anreize' den Hin-*

*weis enthält, dass die Beklagte für die Vermittlung von Beteiligungen an geschlossenen Fonds eine Ausgabeaufschlagsvergütung zwischen 0 % und 5 % und zusätzlich eine Vermittlungsprovision zwischen 0 % und 6 % des gezeichneten Nominales erhält, sowie dass der Kläger jederzeit über Details der Entgelte informiert wird."*

Dazu bringt sie vor, der Kläger hätte die Allgemeinen Informationen zum Anlagegeschäft (Beilage ./37) am 10.12.2007 - aus dem nach dem Vertragsabschluss liegenden Datum ergibt sich, dass dieses Anlegerprofil offenbar für ein anderes Anlageprodukt erstellt wurde - erhalten; damit liege Kenntnis vom Erhalt der Provision vor. Ansprüche aus unterlassener Offenlegung der Innenprovision seien daher verjährt.

Das Erstgericht hat zur Beilage ./37 ausgeführt, dass die konkrete, dem Kläger übermittelte Fassung der „Allgemeinen Informationen zum Anlagegeschäft“ nicht festgestellt werden könne. Dies begründete es mit der Aussage der Zeugin C [REDACTED], die angegeben hat, dass es sich bei der Beilage ./37 möglicher Weise um eine Fassung des Informationsblatts handle, die erst nach der Änderung des WAG im Jahr 2007 zur Verfügung gestanden war (Protokoll ON 11, S. 14). Diesen Erwägungen hält die Berufung nichts entgegen; es wird nicht ausgeführt, aus welchen Erwägungen die Schlussfolgerung des Erstgerichts, dass der Kläger möglicher Weise ein Informationsblatt mit einem anderen Wortlaut als jenem der Beilage ./37 erhalten habe, unrichtig sein soll. Der Verweis der Beklagten auf Punkt 5 des Anlegerprofils vom 10.12.2007 (Beilage ./38), in dem in der Rubrik „ausgehändigte Unterlagen“ das Feld „Allgemeine Informationen zum Anlegergeschäft“ angekreuzt ist, steht daher der bekämpften Feststellung nicht entgegen.

Das Erstgericht hat zudem schlüssig ausgeführt, dass auch die in Beilage ./37 enthaltene Formulierung, wonach zusätzlich zum Ausgabeaufschlag eine Vermittlungsprovision „zwischen 0 und 6 % des gezeichneten Nominales“ anfalle, keine Rückschlüsse auf die tatsächlichen Provisionen erlaube, weil unklar bleibe, in welchen Fällen derartige Provisionen überhaupt anfielen. Wenn das Erstgericht auf diese Umstände die Feststellung gründet, dass dem Kläger die weitere Zahlung an die Beklagte erst im Jahr 2014 (also noch nicht im Jahr 2007 oder im Jahr 2011) bekannt geworden sei, so erscheint dies lebensnahe und nachvollziehbar.

#### **Zur Beweisrüge der Nebenintervenientin**

**2.6.** Die Nebenintervenientin bekämpft folgende Feststellung: *„Der Kläger wurde in den Beratungsgesprächen nicht darauf hingewiesen, dass die Beklagte für den Abschluss dieses Geschäfts aus der Investitionssumme weitere Provisionszahlungen kassiere.“*

Sie begehrt folgende Ersatzfeststellungen: *„Nicht festgestellt werden kann, ob der Kläger in den Beratungsgesprächen darauf hingewiesen wurde, dass die Beklagte für den Abschluss dieses Geschäfts weitere Provisionszahlungen erhielt. Diese Provisionszahlungen wurden allerdings aus den feststehenden Kapitalbeschaffungskosten geleistet. Ihre Gewährung war für die Werthaltigkeit des Produkts nicht relevant.“*

Das Erstgericht stützt seine Feststellung auf die Aussage des Klägers im Zusammenhalt mit der Aussage der bei der Beklagten beschäftigten Zeugin C [REDACTED], wonach „am Markt“ nicht bekannt gewesen sei, dass die Beklagte neben dem Agio eine weitere Provision lukriert habe. Zudem berücksichtigte es den Umstand, dass sich aus der Beilage ./37 („Allgemeine Informationen zum Anlegergeschäft“) keine verlässliche Aufklärung über die Innen-

provision ergibt (vgl die obigen Ausführungen) und dass die Beklagte lediglich ein Vorbringen zur Offenlegung von „Kapitalbeschaffungskosten“, nicht aber zur Offenlegung einer von ihr lukrierten Provision erstattet hat. Den schlüssigen Ausführungen des Erstgerichts hält die Berufung der Nebenintervenienten keine konkreten Argumente entgegen. Dass das Erstgericht gerade nicht unkritisch der Aussage des Klägers gefolgt ist, ergibt sich schon daraus, dass es die Aussage des Klägers in Beziehung zum Prozessvorbringen der Beklagten, zur Aussage der Zeugin C [REDACTED] und zum Inhalt der Beilage ./37 setzte.

Soweit die Nebenintervenientin die Feststellung begehrt, dass die Provision aus den Kapitalbeschaffungskosten geleistet wurde, dass diese festgestanden seien und dass die Provision für die Werthaltigkeit des Produkts nicht relevant gewesen sei, begehrt sie nicht abweichende, sondern ergänzende Feststellungen, auf die bei Behandlung der Rechtsrüge eingegangen wird.

**2.7.** Die Nebenintervenientin wendet sich weiters gegen folgende Feststellung: *„Weder diese beiden Unterlagen [Anmerkung des Berufungsgerichts: gemeint sind die Beitrittserklärung Beilage ./1, das Anlegerprofil Beilage ./2 und die Auftragserteilung zur Erstellung und Einreichung einer Steuererklärung in den Niederlanden Beilage ./3], noch die ihm beim selben Termin übergebene Informationsbroschüre zu diesem Immobilienfonds (Beilage ./4) enthielten einen Hinweis darauf, dass die Beklagte über die offengelegten 3 % Agio weitere Zahlungen aus der geleisteten Investitionssumme erhalte.“*

Sie begehrt folgende Ersatzfeststellung: *„Zwar enthielten diese beiden Unterlagen und die ihm beim selben Termin übergebene Informationsbroschüre zu diesem Immobilienfonds keinen Hinweis darauf, dass die Beklagte für die Vermittlung weitere Zahlungen erhalte, diese erfolg-*

*ten allerdings aus den der Höhe nach fixierten Kapitalbeschaffungskosten, welche in den übergebenen Unterlagen festgelegt waren."*

Damit gesteht die Nebenintervenientin zu, dass die Unterlagen Beilagen ./1 bis ./4 keinen Hinweis auf die Provision enthielten; eine abweichende Feststellung wird nicht begehrt. Soweit die Nebenintervenientin die Feststellung anstrebt, dass die Provision aus den Kapitalbeschaffungskosten geleistet worden sei, die der Höhe nach fixiert gewesen seien, macht sie wiederum einen rechtlichen Feststellungsmangel geltend.

**2.8.** Weiters bekämpft die Nebenintervenientin folgende Feststellung: *„In weiterer Folge flossen weitere 3 % der vom Kläger geleisteten Investitionssumme, in Summe also ebenfalls EUR 10.500,- von der MPC an die Beklagte zurück."*

Sie begehrt folgende Ersatzfeststellung: *„In weiterer Folge flossen Provisionen an die Beklagte. Es handelte sich um von Vornherein für die im Vertrieb tätigen Unternehmen bestimmte, der Höhe nach fixierte - und auch als solche in den Vertriebsunterlagen ausgewiesene - Gelder. Aufgrund einer internen Vereinbarung flossen Provisionen in Höhe von EUR 10.500,- an die Beklagte. Dies entspricht 3 % der vom Kläger geleisteten Investitionssumme. Wären diese Provisionen nicht geleistet worden, wären sie anderen im Vertrieb tätigen Unternehmen zu Gute gekommen; ein Unterbleiben der Innenprovision hätte auf die Höhe der von der 68. Sachwert Rendite Fonds Holland GmbH & Co KG zu tragenden Kapitalbeschaffungskosten sowie insgesamt auf die Vermögenslage dieser Gesellschaft keine Auswirkungen gehabt."*

Die begehrte Ersatzfeststellung zielt offenkundig darauf ab, dass die zusätzliche Provision der Beklagten nicht von der Investitionssumme abhängig, sondern mit EUR

10.500,- fixiert gewesen sei. Damit lässt die Nebenintervenientin das Vorbringen der Beklagten außer Acht, dass sie von den fixen Kapitalbeschaffungskosten einen Betrag, „der 3 % des Nominale der Kommanditeinlage entspreche“, als Provision erhalten habe (Protokoll vom 11.5.2015, ON 11, S. 2). Auch wenn die „Kapitalbeschaffungskosten“ für das insgesamt aufzubringende Kapital der Höhe nach fixiert gewesen sein mochten, ergibt sich aus dem Vorbringen der Beklagten, dass die Höhe ihrer Provision vom Nominale der Beteiligung des Klägers abhängig war. Dass der Beklagten eine fixe Provision von EUR 10.500,- unabhängig von der Höhe der Beteiligung des Anlegers zugestanden wäre, wurde in erster Instanz nicht vorgebracht. Schon aus diesem Grund ist die Beweisrüge der Nebenintervenientin nicht berechtigt.

**2.9.** Weiters wendet sich die Nebenintervenientin gegen die Feststellung: *„Wenn der Kläger von dieser weiteren Provisionszahlung gewusst hätte, hätte er nicht dieses Produkt gekauft, ...“*. Sie begehrt die Feststellung, dass die Kenntnis des Klägers von der Provisionszahlung keinen Einfluss auf seine Investitionsentscheidung gehabt hätte.

Dies ergebe sich zusammengefasst daraus, dass der Kläger an der Höhe und Aufteilung der Kapitalbeschaffungskosten nicht interessiert gewesen sei und sich bei anderen Anlageprodukten nicht für die Entgelte der Beklagten interessiert habe. Dazu kann auf die obigen Ausführungen zur Beweisrüge der Beklagten (Punkt 2.3.) verwiesen werden.

**2.10.** Die Nebenintervenientin bringt weiter vor, das Erstgericht unterstelle zu Unrecht, dass die Beklagte bei Offenlegung auf der Provision bestanden hätte. Wahrscheinlicher wäre, dass sie dem Kläger entgegengekommen und auf die Provision verzichtet hätte. Welchen Rechts-

mittelgrund die Nebenintervenientin damit ausführen will, bleibt unklar, sodass auf diese Ausführungen nicht näher eingegangen werden kann.

**2.11.** Die Nebenintervenientin bekämpft die Feststellung des Erstgerichts, dass der Kläger alternativ eine Vorsorgewohnung erworben hätte und begehrt anstatt dessen die Negativfeststellung, dass die vom Kläger gewählte Anlageform, wenn er sich gegen das streitgegenständliche Produkt entschieden hätte, nicht festgestellt werden könne.

Die Aussage des Klägers sei unglaubwürdig, weil er von sich aus seinen Bankberater auf die Möglichkeit einer Immobilieninvestition mit 7 % Zinsen und halbjährlichen Ausschüttungen angesprochen habe, sodass nicht anzunehmen sei, dass er sich um die Suche eines Objekts, den Vertragsabschluss und die Vermietung gekümmert hätte; gegen die Aussage des Klägers spreche auch, dass er nie in eine Vorsorgewohnung investiert habe.

Die Ausführungen der Nebenintervenientin überzeugen nicht. Der Umstand, dass der Kläger, der aus steuerlichen Gründen Vermögen zu investieren hatte und über eine Anzeigetafel der Beklagten auf das Produkt aufmerksam wurde, von sich aus seinen Bankberater darauf ansprach, erlaubt keine Schlüsse darauf, ob der Kläger alternativ in eine Vorsorgewohnung investiert hätte oder nicht. Soweit die Nebenintervenientin meint, der Kläger habe weder vor noch nach der gegenständlichen Veranlagung jemals in eine Vorsorgewohnung investiert oder sich damit auseinandergesetzt, ist nicht ersichtlich, worauf sie Bezug nimmt. Der Kläger hat angegeben, dass er ansonsten in Immobilien investiert und eine Vorsorgewohnung gekauft hätte (Protokoll ON 11 S. 4); darauf gründet das Erstgericht seine Feststellung. Zweifel daran werden durch das Vorbringen der Nebenintervenientin, das sich nicht auf konkrete ent-

gegenstehende Beweisergebnisse stützten kann, nicht geweckt.

**2.12.** Die Nebenintervenientin wendet sich gegen die in der Beweiswürdigung des erstgerichtlichen Urteils (Urteilsausfertigung S. 7) enthaltenen folgenden Ausführungen: *„Dieser Formulierung kann keine konkrete Information darüber entnommen werden, wie viel Provision die Beklagte bei der gegenständlichen Beteiligung erhalten hat: 0 % oder 6 %? Weniger (!) oder mehr?“*

Sie begehrt, ersatzweise wie folgt festzustellen: *„Dieser Formulierung kann zumindest entnommen werden, dass zusätzlich zur Ausgabeaufschlagsvergütung eine Vermittlungsprovision fließen kann.“*

Die Nebenintervenientin lässt außer Acht, dass das Erstgericht mit den beanstandeten Ausführungen nicht eine Feststellung getroffen, sondern Erwägungen im Rahmen der Beweiswürdigung angestellt hat. Konkret begründet das Erstgericht die Feststellung, dass der Kläger im Beratungsgespräch nicht auf die zusätzliche Provisionszahlung hingewiesen wurde, unter anderem mit dem unklaren Inhalt der Beilage ./37. Eine gesetzmäßig ausgeführte Beweisrüge liegt schon deshalb nicht vor, weil sich die Nebenintervenientin nicht gegen eine Tatsachenfeststellung des Erstgerichts wendet.

**2.13.** Die Nebenintervenientin beanstandet die Feststellung, dass beim Kauf einer Vorsorgewohnung das eingesetzte Kapital erhalten geblieben wäre und begehrt, anstatt dessen eine Negativfeststellung zu treffen. Soweit die Nebenintervenientin die bekämpfte Feststellung als in der Beweiswürdigung (Urteilsausfertigung S. 8) „versteckt“ ansieht, übersieht sie die entsprechende Feststellung aus Seite 5 der Urteilsausfertigung. Die Nebenintervenientin vermisst eine Begründung der bekämpften Feststellung. Das Erstgericht hat jedoch im Rahmen seiner



rechtlichen Beurteilung ausgeführt, dass es die Wertsteigerung von Immobilien in Wien seit 2007 als notorisch ansieht (S. 12 der Urteilsausfertigung); damit ist nicht nur die vom Erstgericht angenommene Rendite aus einer Vorsorgewohnung, sondern auch der Kapitalerhalt begründet. Umstände, die gegen die vom Erstgericht angenommene Offenkundigkeit sprechen würden, werden von der Nebenintervenientin nicht dargetan.

**2.14.** Schließlich wendet sich die Nebenintervenientin gegen die Annahme, dass beim Erwerb einer Vorsorgewohnung eine Rendite von 3 % erzielt worden wäre; sie begehrt anstatt dessen eine Negativfeststellung.

Das Erstgericht setzte die Rendite von 3 % pa nach § 273 Abs 1 ZPO fest. Die Anwendung des § 273 ZPO kann nicht wegen unrichtiger Beweismwürdigung bekämpft werden (RIS-Justiz RS0040483). Vielmehr ist die Schadensbemessung nach § 273 Abs 1 ZPO eine Frage der rechtlichen Beurteilung (RIS-Justiz RS0040322; RS0111576). Der Überprüfung des Ergebnisses der Anwendung des § 273 ZPO sind die für die Schadenshöhe maßgebenden Faktoren, zu denen Feststellungen getroffen werden konnten, zugrunde zu legen (RIS-Justiz RS0040341). Die Rüge der Nebenintervenientin kann dahin verstanden werden, dass sie sich gegen das vom Erstgericht der Ausmittlung nach § 273 Abs 1 ZPO zugrunde gelegte Tatsachensubstrat wendet. Das Erstgericht gründet die Annahme der Rendite auf die notorische Wertsteigerung von Immobilien in Wien seit 2007. Offenkundig (notorisch) ist eine Tatsache, wenn sie allgemein bekannt oder gerichtskundig ist (*Rechberger in Rechberger*, ZPO<sup>4</sup> § 269 Rz 1). Bei offenkundigen Tatsachen erübrigt sich der Beweis, sie dürfen vom Richter ohne Parteienbehauptungen verwendet werden (*Rechberger* aaO § 269 Rz 4). Zwar ist der Beweis der Unrichtigkeit offenkundiger Tatsachen stets zulässig (*Rechberger* aaO § 269 Rz 4). Es wurde jedoch be-

reits ausgeführt, dass eine aus einer konkreten Vorsorge-  
wohnung zu ziehende Rendite schon deshalb nicht festge-  
stellt werden kann, weil es um die Ermittlung des Ertrags  
einer hypothetischen Veranlagung geht. Dafür kann aber  
auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge Bezug genommen werden  
(vgl. RIS-Justiz RS0110701 [T11]). Genau darauf hat aber  
das Erstgericht Bezug genommen, indem es auf die notori-  
sche Tatsache der Wertsteigerung von Wohnungen in Wien  
verwiesen hat. Dass eine Berücksichtigung eines durch-  
schnittlichen Mietausfallsrisikos eine geringere zu er-  
wartende Rendite ergeben hätte, behauptet aber die Neben-  
intervenientin in ihrer Berufung gar nicht.

**3. Das Berufungsgericht übernimmt daher die bekämpften Feststellungen** aufgrund eines mängelfreien Verfahrens und einer schlüssigen Beweiswürdigung, gegen die keine Bedenken bestehen (§ 498 Abs 1 ZPO). Ausgehend davon erweist sich aber die Rechtsrüge der Beklagten und der Nebenintervenientin nicht als berechtigt.

#### **4. Zur Rechtsrüge**

Um Wiederholungen zu vermeiden, wird auf die von der Beklagten und der Nebenintervenientin erhobenen Rechtsrügen unter einem eingegangen.

#### **Zu den Aufklärungspflichten der Bank beim Effekten- geschäft**

**4.1.** Das Erstgericht hat die Aufklärungspflichten der Beklagten aufgrund des Beteiligungserwerbs des Klägers am 8.1.2007 zutreffend nach dem WAG 1997 beurteilt.

§ 13 Z 2 und 4 WAG 1997 schrieb die schon früher (etwa RIS-Justiz RS0026135; RS0027769) zu Effektengeschäften insbesondere aus culpa in contrahendo, positiver Forderungsverletzung und dem Beratungsvertrag abgeleiteten Aufklärungspflichten und Beratungspflichten fest (RIS-Justiz RS0119752). Z 2 verpflichtete dabei den Wertpapierdienstleistungserbringer, sich bei der Erbringung

der Dienstleistung um die Vermeidung von Interessenkonflikten zu bemühen und dafür zu sorgen, dass bei unvermeidbaren Interessenkonflikten der Kundenauftrag unter der gebotenen Wahrung des Kundeninteresses ausgeführt wurde. Nach Z 4 waren 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 (6 Ob 110/07f).

Die Verpflichtung, „alle zweckdienlichen Informationen mitzuteilen“ (§ 13 Z 4 WAG 1997) und sich „um die Vermeidung von Interessenkonflikten zu bemühen“ (§ 13 Z 2 WAG 1997) beinhaltet vor allem auch die Verpflichtung, dem Kunden Retrozessionsvereinbarungen („Kick-back“-Vereinbarungen) offenzulegen (RIS-Justiz RS0123045; 6 Ob 110/07f mwN; 6 Ob 193/15y). Diese Verpflichtung ergibt sich - entgegen der Rechtsansicht der Beklagten - nicht erst aus dem WAG 2007, sondern bereits aus § 13 WAG 1997. (vgl 6 Ob 110/07f; *Knobl in Fröhlichsthal/Hausmaninger/Knobl/Zeipelt*, Kommentar zum Wertpapieraufsichtsgesetz [1998] § 13 Rz 12).

Retrozessionsvereinbarungen können eine Gefährdung der Kundeninteressen schaffen, die darin besteht, dass ein Anreiz geschaffen wird, bei dem abzuwickelnden Geschäft nicht allein das Interesse des Kunden, sondern auch das eigene Interesse an möglichst umfangreichen Vergütungen der Bank zu berücksichtigen (RIS-Justiz RS0123045; 6 Ob 110/07f mwN; 6 Ob 193/15y).

Nach § 15 Abs 1 WAG 1997 kann bei Verletzung der Pflichten nach den §§ 13 und 14 Schadenersatz verlangt werden. Damit wurde eine ausdrückliche Haftungsnorm geschaffen, die auch im Gesetz den zivilrechtlichen Charakter der Verhaltenspflichten eindeutig klarstellt. Sie bezweckt die grundsätzliche Sicherstellung der Haftung

des Rechtsträgers bei Verletzung der Bestimmungen der §§ 13 und 14 WAG 1997 auch bei bereits leichter Fahrlässigkeit (RIS-Justiz RS0119753).

Fällt der Bank eine Verletzung von Aufklärungspflichten zur Last, dann ist zu prüfen, wie der Kunde stünde, wenn er ordnungsgemäß aufgeklärt worden wäre (RIS-Justiz RS0119753). Hätte der Anleger bei entsprechender Aufklärung vom Vertragsabschluss Abstand genommen, haftet die beratende Bank für das negative Vertragsinteresse (6 Ob 110/07f). Eine Haftung der Bank scheidet hingegen aus, wenn sie dem Kunden die Retrozessionsvereinbarung („Kick-Back“-Vereinbarung) vor Vertragsabschluss offen gelegt hat, weil dadurch der Kunde in die Lage versetzt wird, das Umsatzinteresse seines Vertragspartners selbst einzuschätzen (6 Ob 110/07f); er kann dann selbst beurteilen, ob die Bank eine bestimmte Anlage nur deswegen empfiehlt, weil sie selbst daran verdient (vgl BGH XI ZR 56/05).

**4.2.** Die Beklagte und die Nebenintervenientin stehen auf dem Standpunkt, dass nach der Entscheidung 6 Ob 110/07f die Offenlegung von Provisionen bzw Retrozessionen nur im Bereich der Vermögensverwaltung geboten sei. Dem ist nicht zu folgen.

Zutreffend ist, dass der Oberste Gerichtshof zu 6 Ob 110/07f einen Fall der Vermögensverwaltung zu beurteilen hatte. Er führte aus, dass der durch Retrozessionsvereinbarungen geschaffene Interessenkonflikt bei der Vermögensverwaltung verstärkt auftrete, weil ein Vermögensverwalter die ihm vom Anleger erteilte Vollmacht ausnützen könne und das Korrektiv einer von Fall zu Fall getroffenen autonomen Entscheidung des Kunden fehle (Punkt 4.4.3. der Entscheidung). Dem kann jedoch nicht entnommen werden, dass die Gefährdung der Kundeninteressen durch die mittels Retrozessionen geschaffene Interessenkollision

auf die Vermögensverwaltung beschränkt wäre. Dass der Oberste Gerichtshof von einer derartigen Einschränkung nicht ausgeht, ergibt sich zudem schon daraus, dass zu 6 Ob 110/07f (Punkt 4.4.3.) zur Begründung der Gefährdung der Kundeninteressen auch auf eine Entscheidung des deutschen Bundesgerichtshofs verwiesen wird, die keine Vermögensverwaltung zum Gegenstand hat, sondern eine Beratung des Kunden über Kapitalanlagen durch die dort beklagte Bank (BGH XI ZR 56/05 = NJW 2007, 1876). Daraus ergibt sich aber, dass der Oberste Gerichtshof - entgegen Koch (Von Rücktritten und Retrozessionen, ÖBA 2008, 475, 481), der sich gegen die Übernahme der Wertungen der zitierten BGH-Entscheidung ausspricht - die Position des Bundesgerichtshofs zur uneingeschränkten Aufklärungspflicht über Retrozessionsvereinbarungen auch für die Rechtslage nach dem WAG 1997 teilt.

**4.3.** Soweit die Beklagte und die Nebenintervenientin aufgrund der Entscheidungen 2 R 25/15h und 4 R 211/14z des Oberlandesgerichts Wien davon ausgehen, dass keine Verpflichtung zur Aufklärung über Kick-Back-Zahlungen bestehe, schließt sich der erkennende Senat dieser Schlussfolgerung nicht an. Zu 2 R 25/15h und 4 R 211/14z wurde eine Aufklärungspflicht mit der Begründung verneint, dass durch die Kick-Back-Zahlungen die Eignung des Produkts für den Anleger nicht berührt sei. In der zu 2 R 25/15h ergangenen Entscheidung 6 Ob 193/15y konnte der Oberste Gerichtshof die Frage der Aufklärungspflicht zwar offenlassen, weil die unterlassene Aufklärung für den Anlageentschluss nicht kausal war. Er verweist dennoch - ohne auf die Eignung des Produkts für den Anleger einzugehen - darauf, dass dem Kunden allfällig bestehende Kick-Back-Vereinbarungen offenzulegen sind, weil sich die Gefährdung der Kundeninteressen aus dem Interessenkonflikt der Bank ergebe.

Ein derartiger Interessenkonflikt besteht aber auch im vorliegenden Fall, weil die Beklagte durch den Vertrieb der Anlage das Agio sowie eine zusätzliche umsatzabhängige Provision lukrierte. Auf die Frage, ob der finanzielle Anreiz beim hier strittigen Produkt größer war als bei anderen Anlageprodukten kommt es - entgegen der Rechtsrüge der Nebenintervenientin - für das Bestehen eines Interessenkonflikts nicht an.

Soweit die Beklagte darauf verweist, dass ein durchschnittlicher Anleger davon ausgehen müsse, dass Kosten für den Vertrieb anfielen, ist ihr zu erwidern, dass der Kläger darüber informiert war, dass die Beklagte ein Agio von 3 % der Investitionssumme erhielt; der Kläger konnte daher ohnehin nicht davon ausgehen, dass die Beklagte unentgeltlich tätig werde. Mit einem zusätzlichen, nicht offengelegten Entgelt musste er daher nicht rechnen.

**4.4.** Schließlich leitet die Beklagte aus der Entscheidung des BGH XI ZR 147/12 ab, dass keine Aufklärungspflicht über die „Innenprovision“ bestanden habe; jedenfalls bestünde kein Verschulden.

Zu XI ZR 147/12 differenziert der BGH zwischen aufklärungspflichtigen Rückvergütungen und versteckten Innenprovisionen. Unter (aufklärungspflichtigen) Rückvergütungen seien umsatzabhängige Provisionen zu verstehen, die nicht aus dem Anlagevermögen, sondern aus offen ausgewiesenen Provisionen wie zB Ausgabeaufschlägen und Verwaltungsvergütungen gezahlt würden, deren Rückfluss an die beratende Bank aber nicht offenbart werde, sondern hinter dem Rücken des Anlegers erfolgt. Dadurch könne beim Anleger zwar keine Fehlvorstellung über die Werthaltigkeit der Anlage entstehen, er könne aber das Interesse der beratenden Bank an der Empfehlung gerade dieser Anlage nicht erkennen. Im Gegensatz dazu stünden versteckte

(nicht ausgewiesene, BGH XI ZR 191/10) Innenprovisionen aus dem Anlagevermögen.

Bei der im vorliegenden Fall nicht offengelegten Provision handle es sich um eine derartige versteckte Innenprovision.

Nach XI ZR 147/12 des BGH muss die Bank über Rückvergütungen jedenfalls aufklären. Hinsichtlich der versteckten Vertriebsprovision sei die Rechtsprechung der Instanzgerichte sowie der Meinungsstand in der Lehre nicht einheitlich. Nach einer Ansicht müsse die Bank aufgrund ihres Interessenkonflikts auch über versteckte Innenprovisionen aufklären; nach anderer Ansicht müsse über Innenprovisionen, die als Kostenbestandteile vom Emittenten in den Anlagebetrag eingepreist seien, erst ab einer Höhe von 15 % (wegen Beeinträchtigung der Werthaltigkeit der Anlage) aufgeklärt werden.

Der BGH hat sich letztere Rechtsansicht jedoch nicht - wie die Beklagte in der Berufung vermeint - zu eigen gemacht, sondern lässt die Frage der Aufklärungspflicht über versteckte Vertriebsprovisionen ausdrücklich offen.

Selbst bei Bejahung einer Aufklärungspflicht über die versteckte Innenprovision habe die im dortigen Verfahren beklagte Bank nämlich ohne Verschulden gehandelt, weil die Rechtslage außergewöhnlich zweifelhaft und schwierig sei, sodass ein Rechtsirrtum der Bank „unvermeidbar“ gewesen sei. Allerdings sei für Beratungsverträge ab dem 1.8.2014 aufgrund der Verschärfung aufsichtsrechtlicher Regelungen davon auszugehen, dass die Bank über versteckte Vertriebsprovisionen jedenfalls aufklären müsse (BGH XI ZR 147/12).

**4.5.** Der Senat schließt sich der Ansicht, wonach zwischen Rückflüssen aus offengelegten Provisionen, Ausgabeaufschlägen und Verwaltungsgebühren und versteckten Provisionen zu differenzieren sei, nicht an. Entscheidend

ist, dass bereits nach § 13 WAG 1997 die Verpflichtung besteht, dem Kunden „alle zweckdienlichen Informationen mitzuteilen“ und „sich um die Vermeidung von Interessenkonflikten zu bemühen“. Zu den zweckdienlichen Informationen zählen – dies führt *Koziol* bereits im Jahr 2003 aus – allgemein solche Provisionsvereinbarungen mit der (depotführenden) Bank, die zu Interessenkonflikten führen können (*Koziol*, Die Haftung der depotführenden Bank bei Provisionsvereinbarungen mit externen Vermögensverwaltern ihrer Kunden, ÖBA 2003, 483, 485). Ein Interessenkonflikt liegt aber bereits dann vor, wenn ein Rechtsträger ein (eigenes) Absatzinteresse an bestimmten Wertpapieren hat (*Knobl* in *Fröhlichsthal/Hausmaninger/Knobl/Zeipelt*, Kommentar zum Wertpapieraufsichtsgesetz [1998] § 13 Rz 13).

Auch der Entscheidung 6 Ob 110/07f kann eine Differenzierung zwischen Kick-Back-Zahlungen aus offengelegten Kosten und versteckten Provisionen aus dem Anlagevermögen nicht entnommen werden. So ist lediglich festgestellt, dass die dort beklagte Vermögensverwalterin Retrozessionen erhielt. Darunter verstehe man überwiegend umsatzabhängige Provisionen, die „in der Regel“ aus Mitteln gezahlt würden, die ein anderer Rechtsträger für die Durchführung von Wertpapiergeschäften erhalte (Punkt 4.4.2. mit zahlreichen Nachweisen). Eine Einschränkung dahin, dass nur über solche Provisionen aufzuklären sei, die aus offengelegten Kosten zurückfließen, kann der Entscheidung nicht entnommen werden. Die Entscheidung 6 Ob 110/07f gibt daher keinen Anlass, diesbezüglich eine Differenzierung vorzunehmen.

Aus der Entscheidung 6 Ob 193/15y kann eine Differenzierung ebenfalls nicht abgeleitet werden. Strittig war, wie im vorliegenden Sachverhalt, die Haftung aus der unterbliebenen Offenlegung einer – neben dem Agio gebührenden – Vertriebsprovision einer Bank. Der Oberste Ge-



richtshof musste zwar, mangels Kausalität, nicht abschließend zur behaupteten Verletzung der Aufklärungspflicht Stellung nehmen, führte jedoch unter Verweis auf 6 Ob 110/07f aus, dass Kick-Back-Vereinbarungen offenzulegen seien, ohne in Betracht zu ziehen, dass bei den gegenständlichen Vertriebsprovisionen ein anderer rechtlicher Maßstab zur Anwendung kommen könnte.

Zusammenfassend kann daher weder der Entscheidung des BGH XI ZR 147/12 noch der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs entnommen werden, dass nach dem WAG 1997 keine Aufklärungspflicht über versteckte Vertriebsprovisionen bestanden hätte.

Nach Ansicht des Senats wird vielmehr auch durch die versteckte Vertriebsprovision ein Eigeninteresse der Bank am Absatz des konkreten Anlageprodukts und damit ein Interessenkonflikt begründet (vgl. *Brandstätter*, Anlageberatung - Annahme und Offenlegung von Provisionen, *ecolex* 2016, 280, 282). Die Beklagte hätte ihren Provisionsanspruch daher dem Kläger gegenüber nach § 13 Z 2 und 4 WAG 1997 offenlegen müssen.

**4.6.** Entscheidend für die Aufklärungspflicht der Beklagten ist daher die durch die Provisionsvereinbarung begründete Interessenkollision der Beklagten, nicht aber die Frage, ob durch die Innenprovision die wirtschaftliche Werthaltigkeit der Veranlagung beeinträchtigt ist.

Die Frage, ob die Provision aus von vornherein feststehenden Kapitalbeschaffungskosten geleistet wurde, hat daher auf die Offenlegungsverpflichtung keinen Einfluss. Die in diesem Zusammenhang gerügten sekundären Feststellungsmängel liegen daher nicht vor.

Soweit die Beklagte darauf verweist, dass die Kapitalbeschaffungskosten im Gesellschaftsvertrag sowie im Kapitalmarktprospekt jeweils ausgewiesen seien, ist sie ihrer Aufklärungspflicht dadurch nicht nachgekommen, er-

gibt sich daraus doch lediglich, dass Kapitalbeschaffungskosten anfallen, nicht aber, dass durch einen Provisionsanspruch ein Eigeninteresse der Beklagten am Vertrieb des Produkts begründet wird. Damit kommt es auch auf den Zeitpunkt, zu dem dem Kläger der Gesellschaftsvertrag und der Kapitalmarktprospekt zur Verfügung standen, nicht an.

Soweit die Beklagte in ihrer Beweistrüge ergänzende Feststellungen zur Aufklärung über finanzielle Anreize durch Übergabe der „Allgemeinen Informationen zum Anlagegeschäft“ (Beilage ./37) begehrt (Berufung S. 43), kann auf die zutreffenden Ausführungen des Erstgerichts verwiesen werden, wonach der in Beilage ./37 enthaltenen Formulierung („Zusätzlich zur Ausgabeaufschlagsvergütung eine Vermittlungsprovision zwischen 0 und 6 % des gezeichneten Nominales“) nicht einmal entnommen werden kann, ob im konkreten Fall eine Provision vereinbart ist oder nicht („0 %“). Die allfällige Übergabe der Beilage ./37 ist daher nicht geeignet, den Kläger nachträglich in die Lage zu versetzen, den Interessenkonflikt der Beklagten bei der Anlageberatung zu erkennen. Es liegen daher auch keine rechtlichen Feststellungsmängel im Zusammenhang mit der behaupteten Übergabe der „Allgemeinen Informationen zum Anlagegeschäft“ vor.

**4.7.** Die Beklagte handelte auch zumindest leicht fahrlässig.

In ihrer Berufung steht die Beklagte auf dem Standpunkt, dass ihr eine Aufklärungspflicht über versteckte Vertriebsprovisionen nicht erkennbar gewesen sei, sodass sie an einer allfälligen Verletzung der Aufklärungspflicht kein Verschulden treffe. Dem kann nicht gefolgt werden.

Soweit die Beklagte die mangelnde Erkennbarkeit einer Aufklärungspflicht daraus ableitet, dass in der Ent-

scheidung 6 Ob 110/07f eine Aufklärungspflicht ausschließlich für den Fall der Vermögensverwaltung angenommen werde, überzeugt dies nicht, weil der Entscheidung eine derartige Einschränkung nicht entnommen werden kann. Zudem erging die Entscheidung erst am 7.11.2007 und damit nach dem Zeitpunkt, zu dem der Kläger die Kommanditbeteiligung erworben hat; sie konnte daher die Vorstellung der Beklagten von der Rechtslage im Zeitpunkt ihrer Beratungsleistung nicht beeinflussen.

Der pauschale Verweis der Beklagten auf „die Rechtslage“ vermag ebenfalls nicht zu überzeugen. Zwar vermag ein sorgfältig begründetes Vertrauen auf eine bloß vermeintliche Rechtslage ohne einschlägige Judikatur einen Grund für die Verneinung von Verschulden bilden (*F. Bydlinski*, Gegen die „Zeitzündertheorien“ bei der Rechtsprechungsänderung nach staatlichem und europäischem Recht, JBl 2001, 2, 23). Diese Voraussetzung liegt hier jedoch nicht vor. Betrachtet man den Stand der zum 8.1.2007 (Zeitpunkt des Beteiligungserwerbs des Klägers) verfügbaren Erkenntnisquellen zur österreichischen Rechtslage, so zeigt sich folgendes Bild:

Wie bereits ausgeführt, erachtete *Koziol* solche Provisionsvereinbarungen nach § 13 WAG 1997 als aufklärungspflichtig, die zu Interessenkonflikten führen können (ÖBA 2008, 483, 485). *Gumpoltsberger* (Aufklärungspflichten der Bank über Spesenaufteilungsvereinbarung bei gestaffelter Einschaltung zweier WPDLU, *ecolex* 2005, 682) bejaht die Aufklärungspflicht der Bank über Kick-Back-Vereinbarungen unter dem Aspekt der Interessenkollision. Nach *Knobl* waren Rückflüsse aus Kick-Back-Vereinbarungen mit Dritten dem Kunden gegenüber offenzulegen; dies nicht nur bei der Vermögensverwaltung (*Knobl* in *Fröhlichsthal/Hausmaninger/Knobl/Zeipelt*, Kommentar zum Wertpapieraufsichtsgesetz [1998] § 13 Rz 90), sondern allgemein im Rahmen der in-

teressengerechten Erbringung von Wertpapierdienstleistungen (Rz 12); ganz grundsätzlich sei der Kunde über Interessenkonflikte aufzuklären (Rz 17). Interessenkonflikte werden aber schon darin gesehen, dass ein eigenes Absatzinteresse an einem bestimmten Wertpapier besteht (*Knobl aaO Rz 13*), etwa wegen der damit verbundenen höheren Provisionssätze (*Kornfeld in Brandl/Kalss/Lucius/Oppitz/Sarria, Handbuch Kapitalmarktrecht Band 3 [2006] 219*).

Wie die Beklagte in ihrer Berufung herausstreicht, lag Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Aufklärungspflicht über Innenprovisionen vor dem Zeitpunkt der Anlageentscheidung des Klägers nicht vor. Der deutsche Bundesgerichtshof führte zu III ZR 359/02 zur Offenlegung von Innenprovisionen aus, dass der Anleger darüber jedenfalls dann, wenn diese 15 % überschritten, generell unterrichtet werden müsse. Eine „nähere Festlegung“ ließ er ausdrücklich offen. In der deutschen Literatur wurde die Frage der Aufklärungspflicht kontrovers diskutiert (vgl nur die Darstellung des Meinungsstands bei *Schirp/Sorgo, Aufklärungspflichten bei internen Provisionsvereinbarungen, BKR 2002, 354, 356* sowie in BGH III ZR 359/02, Punkt 2.bb).

Nach Ansicht des Senats hatte sich die Beklagte bei der Ermittlung der ihr obliegenden Aufklärungspflicht mangels ausdifferenzierter Rechtsprechung zu allen denkbaren Fallkonstellationen an den dafür relevanten Grundsätzen zu orientieren. Demnach hatte sie - dies bereits nach dem WAG 1997 - über solche Umstände aufzuklären, die Interessenkonflikte begründen, sohin auch über ihr wirtschaftliches Eigeninteresse am Erwerb bestimmter Anlageprodukte. Im Zeitpunkt des Beteiligungserwerbs des Klägers bestand keine gesicherte rechtliche Grundlage für die Annahme, dass „versteckte Innenprovisionen“ von dieser allgemeinen Aufklärungspflicht ausgenommen wären. So-

weit in der von der Beklagten herangezogenen Entscheidung des BGH XI ZR 147/12 (darauf lediglich ohne eigene Stellungnahme verweisend: *Brandl/Klausberger in Brandl/Saria*, WAG [2015] § 39 Rz 78) Literaturstimmen und Rechtsprechung ausgewertet werden, die nach dem Zeitpunkt des Beteiligungserwerbs des Klägers datieren, kann eine Rechtsunsicherheit, die sich aus später vertretenen unterschiedlichen Rechtsstandpunkten ergibt, nicht zu einem entschuldbaren Rechtsirrtum führen. Ein Verschulden der Beklagten an der Verletzung der Aufklärungspflicht ist daher zu bejahen.

#### **Zur Verjährung**

**4.8.** Die Beklagte rügt, das Erstgericht habe die Verjährung des Klageanspruchs zu Unrecht verneint, weil der Kläger bereits im Dezember 2010 gewusst habe, dass er über das Risiko der Beteiligung und die erwartete Rendite von 7 % falsch beraten worden sei und deshalb eine nicht gewünschte Veranlagung erworben habe.

**4.9.** Die dreijährige Verjährungsfrist nach § 1489 ABGB beginnt mit dem Zeitpunkt zu laufen, in dem der Ersatzberechtigte sowohl den Schaden als auch den Ersatzpflichtigen so weit kennt, dass eine Klage mit Aussicht auf Erfolg erhoben werden kann (RIS-Justiz RS0034524, RS0034374, RS0034951; RS0034686). Dem Geschädigten müssen dabei alle für das Entstehen des Anspruchs maßgebenden Tatumstände objektiv bekannt sein (RIS-Justiz RS0034547). Der Geschädigte darf sich allerdings nicht einfach passiv verhalten (RIS-Justiz RS0034327). Wenn er die für die erfolgversprechende Anspruchsverfolgung notwendigen Voraussetzungen ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung bringen kann, gilt die Kenntnisnahme schon als in dem Zeitpunkt erlangt, in dem sie ihm bei angemessener Erkundigung zuteil geworden wäre (RIS-Justiz RS0034335, RS0065360).

Die Verjährungsfrist beginnt grundsätzlich mit Kenntnis des Primärschadens, auch wenn der Geschädigte die Höhe des Schadens noch nicht beziffern kann, ihm nicht alle Schadensfolgen bekannt oder diese noch nicht zur Gänze eingetreten sind (RIS-Justiz RS0087615). Im Fall einer fehlerhaften Anlageberatung liegt der Primärschaden bereits darin, dass sich das Vermögen des Anlegers anders zusammensetzt, als es bei pflichtgemäßem Verhalten des Beraters der Fall wäre. Ein Schaden ist also schon durch den Erwerb des in Wahrheit nicht gewollten Finanzprodukts eingetreten (RIS-Justiz RS0129706; RS0022537 [T22, T24]). Relevanter Zeitpunkt für den Beginn des Laufs der Verjährungsfrist ist daher jener Moment, in dem sich herausstellt, dass die erworbene Anlage die gewünschte Eigenschaft nicht erfüllt (6 Ob 90/15a).

Kenntnis vom Schaden liegt etwa dann vor, wenn der Anleger erkennt, dass er anstelle eines risikolosen ein Kursschwankungen unterworfenen Wertpapier erworben hat (10 Ob 39/11z); dass mit einer Nettorendite von bloß 5 bis 5,5 % anstelle der erwarteten 6,5 % zu rechnen ist (7 Ob 18/13t) oder dass ein aus einer Kombination von Fremdwährungskrediten mit verschiedenen Tilgungsträgern bestehendes Gesamtkonzept nicht im zugesagten Ausmaß risikolos ist (5 Ob 177/15p). Erkennt der Anleger, dass die Beteiligung die von ihm als fix angesehenen Ausschüttungen nicht erbringen kann, dann vermag es am Lauf der Verjährungsfrist nichts zu ändern, wenn es sich dabei lediglich um Prognoseberechnungen gehandelt hat (6 Ob 90/15a).

Derjenige, der die Verjährung einwendet, hat die Tatsachen, die seine Einrede zunächst einmal schlüssig begründen, vorzubringen und zu beweisen (RIS-Justiz RS0034198 [T2]). Der Beklagte ist insbesondere auch für den Beginn der Verjährungsfrist beweispflichtig (RIS-Justiz RS0034456 [T1, T3]).

**4.10.** Die Verjährung bezieht sich auf den jeweils geltend gemachten Anspruch, der - ebenso wie der Streitgegenstand - durch die zu seiner Begründung vorgebrachten Tatsachen konkretisiert wird (3 Ob 112/15i; 5 Ob 133/15t).

Der Oberste Gerichtshof hat bereits mehrfach ausgesprochen, dass dann, wenn ein Kläger sein Begehren alternativ auf verschiedene Sachverhaltsvarianten stützt, in Wahrheit zwei Ansprüche vorliegen, die auch verjährungsrechtlich getrennt zu beurteilen sind (RIS-Justiz RS0050355 [T2] zu Amtshaftung aus schuldhaftem Verhalten verschiedener Organe; 4 Ob 144/11x zu Arzthaftung aus mehreren Kunstfehlern; zur Haftung aus Anlageberatung 3 Ob 112/15i; 6 Ob 153/15s; 5 Ob 133/15t).

Zu 3 Ob 112/15i entschied der Oberste Gerichtshof im Zusammenhang mit einer dem vorliegenden Fall vergleichbaren Kommanditbeteiligung, dass die Verjährung von Ansprüche aus Fehlberatung über das Kapitalverlustrisiko einer Stattgebung des Klagebegehrens aufgrund des für sich genommen noch nicht verjährten Beratungsfehlers über den „Ausschüttungsswindel“ nicht entgegenstehe.

Zu 6 Ob 153/15s wird im Zusammenhang mit einem Fremdwährungskredit hervorgehoben, dass sich ein Kläger aussuchen kann, auf welche von mehreren Pflichtverletzung er sich stützt. So sei es nach österreichischem Recht nicht ausgeschlossen, im Fall der Abweisung einer auf einen Beratungsfehler gestützten Klage eine neuerliche Klage mit abweichenden Klagebehauptungen zu erheben; maßgeblich für die objektiven Grenzen der Rechtskraft sei vielmehr, ob die anspruchserzeugenden Tatsachen ident seien. Im konkreten Fall musste die Frage nicht abschließend geklärt werden, weil die behaupteten Beratungsfehler nicht geeignet waren, einen selbständigen Lauf der Verjährungsfrist zu begründen. Im konkreten Fall war der

Kläger mehr als drei Jahre vor Klageeinbringung über das Risiko von Währungsschwankungen und Zinsänderungen sowie über das Risiko der Entwicklung des Ansparplans informiert worden; ein eigenständiges Risiko des „Zusammenwirkens“ der einzelnen Risiken beim Fremdwährungskredit, über das gesondert aufzuklären wäre und das eine gesonderte Verjährungsfrist auslösen könnte, sei nicht anzuerkennen.

Zuletzt hat sich der Oberste Gerichtshof zu 5 Ob 133/15t im Zusammenhang mit einer dem vorliegenden Fall vergleichbaren Kommanditbeteiligung ausführlich mit der bisherigen Rechtsprechung und den in der Lehre vertretenen Positionen auseinandergesetzt und die Voraussetzungen einer gesonderten verjährungsrechtlichen Anknüpfung eines von mehreren Beratungsfehlern neuerlich präzisiert. Entscheidend ist demnach, ob der behauptete Beratungsfehler tatsächlich als eine eigenständige, den geltend gemachten Anspruch begründende Pflichtverletzung zu qualifizieren ist.

Die Beurteilung, ob die mangelhafte Aufklärung über einen Umstand eine eigenständige, von anderen abgrenzbare Pflichtverletzung oder bloß ein Aspekt und unselbständiger Bestandteil einer einzigen Pflichtverletzung ist, hat in erster Linie nach inhaltlichen Gesichtspunkten zu erfolgen. Weist die unterbliebene Aufklärung über einen Umstand einen engen inhaltlichen Bezug zu einer ebenfalls unterbliebenen oder fehlerhaften Aufklärung über einen anderen Umstand auf, rechtfertigt es diesen Zusammenhang, beide Aufklärungsfehler zu einem einheitlichen Beratungsfehler zusammenzufassen. Es liegen dann nicht mehrere getrennte, sondern nur ein einheitlicher Beratungsfehler mit einzelnen verschiedenen Aspekten vor (5 Ob 133/15t = RIS-Justiz RS0050355 [T10]).



Die mangelnde Aufklärung über die Rückforderbarkeit der Ausschüttungen wurde dabei nur als Teilaspekt des Sicherheitsrisikos und damit als eine Ausprägung des einheitlichen Totalverlustrisikos beurteilt, die grundsätzlich nicht als eigener Aufklärungsfehler zu qualifizieren sei (5 Ob 133/15t). Anderes könne sich ergeben, wenn dem Anleger - wie etwa in dem der Entscheidung 3 Ob 112/15i zugrundeliegenden Fall - die Vorstellung vermittelt worden wäre, bei den Ausschüttungen handle es sich um eine Verzinsung des Kapitals (5 Ob 133/15t).

**4.11.** Im vorliegenden Fall besteht kein inhaltlicher Zusammenhang zwischen der fehlenden Offenlegung der Innenprovision und allfälligen Aufklärungsfehlern über das Risiko und die Ertragslage der Beteiligung. Es liegen daher mehrere getrennte Beratungsfehler vor, die auch verjährungsrechtlich gesondert zu beurteilen sind. Der Umstand, dass jeder Beratungsfehler für sich allein den Schaden des Klägers - den Erwerb einer nicht gewünschten Anlage - herbeigeführt hat, ändert daran nichts. Dies lässt die Beklagte in ihrer Rechtsrüge zur Erkundigungspflicht außer Acht, indem sie ausschließlich auf die Erkennbarkeit der enttäuschten Erwartungen im Hinblick auf Risiko und Ertrag der Anlage verweist.

Konkret bringt die Beklagte vor, dass die Kapitalbeschaffungskosten, aus denen die Innenprovision gezahlt worden sei, im Gesellschaftsvertrag, im ersten Geschäftsbericht und im Kapitalmarktprospekt ausgewiesen seien. Letzterer sei dem Kläger im Juli 2011 zur Verfügung gestanden (Berufung S. 38 f). Dem ist entgegen zu halten, dass die Angabe von Kapitalbeschaffungskosten keinen Hinweis darauf enthält, dass daraus Provisionen an die Beklagte geleistet wurden. Der Kläger musste aufgrund des Umstands, dass er an die Beklagte ein Agio von 3 % der Investitionssumme leistete, auch nicht davon ausgehen,

dass in den Kapitalbeschaffungskosten Entgelte für Leistungen der Beklagten enthalten waren. Der bloße Hinweis auf die Kapitalbeschaffungskosten konnte daher keine weitergehende Erkundigungspflicht des Klägers im Hinblick auf einen allfälligen Interessenkonflikt der Beklagten auslösen.

**4.12.** Die Beklagte behauptet unter Punkt 4.3. der Berufung rechtliche Feststellungsmängel (Berufung S. 39 ff) im Zusammenhang mit der Kenntnis des Klägers von der Einstellung der Ausschüttungen, der darauf folgenden Klagsandrohung des Klägers, Erkundigungen des Klägers über die Anlage und die Übermittlung der Informationsbroschüre (Beilage ./4), der Verträge und Beitrittsunterlagen (Beilage ./5), des Risikoprofils (Beilage ./6) und des KMG-Prospekts (Beilage ./7). Sie bringt jedoch nicht vor, dass diesen Urkunden ein konkreter Hinweis auf die von der Beklagten lukrierte Vertriebsprovision zu entnehmen wäre. Dass das Anführen von Kapitalbeschaffungskosten nicht ausreicht, wurde bereits ausgeführt. Da die begehrten Feststellungen sämtlich die Kenntnis von Aufklärungspflichtverletzungen betreffen, die mit der Offenlegung der Vertriebsprovision nicht in einem inhaltlichen Zusammenhang stehen, liegen die behaupteten rechtlichen Feststellungsmängel nicht vor. Dies gilt auch, soweit die Beklagte unter Punkt 6.2. der Berufung (S. 59 ff) ergänzende Feststellungen dazu begehrt, dass der Kläger in seiner Beitrittserklärung auf den Beitrittsprospekt und die Beitrittsbedingungen, die ihrerseits einen Hinweis auf den Kapitalmarktprospekt enthielten, hingewiesen worden sei.

Die Beklagte begehrt weiters Feststellungen dazu, dass der Kläger im Juli 2011 einen Rechtsanwalt beauftragt habe, der gegenüber der Beklagten eine Reihe von nicht im Zusammenhang mit der Innenprovision stehende Pflichtverletzungen geltend gemacht habe (Punkt 4.3. der

Berufung, S. 40 ff). Auch dies betrifft die Verjährung von Ansprüchen aus der mangelnden Offenlegung der Innenprovision nicht.

**Zum Schaden**

**4.13.** Die Nebenintervenientin und die Beklagte rügen, das Erstgericht habe zu Unrecht den Eintritt eines Schadens angenommen. Die Nebenintervenientin verneint einen Schaden deshalb, weil der Wert der Beteiligung durch die Provision der beklagten nicht gemindert sei. Die Beklagte steht auf dem Standpunkt, der Kläger habe seiner Behauptungslast nicht entsprochen, weil er kein konkretes Vorbringen zur Höhe seines Vermögens sowie seines hypothetischen Vermögens unter Zugrundelegung einer Alternativveranlagung erstattet habe.

Die Beklagte hat dadurch, dass sie den Kläger nicht über ihre neben dem Agio bezogene Provision aufgeklärt hat, gegen die Wohlverhaltensregel des § 13 Z 2 und 4 WAG 1997 verstoßen; dies begründet nach § 15 Abs 1 WAG 1997 ihre Schadenersatzpflicht. Bei einer fehlerhaften Anlageberatung tritt der reale Schaden des Anlegers bereits durch den Erwerb der nicht gewünschten Vermögenswerte ein (RIS-Justiz RS0022537 [T22, T24]; RS0129706). In einem solchen Fall hat der Anleger einen vereinfacht als Naturalrestitution bezeichneten Anspruch auf Ersatz des Kaufpreises Zug um Zug gegen einen Bereicherungsausgleich durch Übertragung des noch vorhandenen Finanzprodukts (5 Ob 133/15t; RIS-Justiz RS0120784 [T22]; RS0129706 [T2]; RS0120784 [T3]). Die Ermittlung des tatsächlichen Vermögens des Klägers zur Gegenüberstellung mit dem hypothetischen Vermögen unter Zugrundelegung einer alternativen Veranlagung ist dafür nicht erforderlich. Nur im Fall des Verkaufs eines Anlageprodukts, wenn der Anleger einen Anspruch auf Geldersatz stellt, ist der rechnerische Schaden durch Gegenüberstellung des Erwerbspreises zuzüg-

lich der Erwerbskosten und des Veräußerungspreises zu ermitteln (vgl. RIS-Justiz RS0120784). Dieser Fall liegt hier aber nicht vor. Auch die Feststellung des Werts der Kommanditbeteiligung ist für die Beurteilung des Anspruchs auf Naturalrestitution nicht erforderlich.

**4.14.** Die Beklagte steht schließlich auf dem Standpunkt, dass ihre Haftung ausgeschlossen sei, weil sich lediglich ein allgemeines Marktrisiko verwirklicht habe (S. 78 ff der Berufung). Sie begehrt, ergänzend festzustellen, dass die Kommanditgesellschaft ihre Ausschüttungen nur wegen der weltweiten Wirtschafts- und Finanzkrise im Anschluss an die Insolvenz von Lehman Brothers nicht habe planmäßig leisten können, was im Zeitpunkt des Beteiligungserwerbs des Klägers nicht vorhersehbar gewesen sei. Rechtlich liege wegen der Unvorhersehbarkeit der Weltwirtschaftskrise kein Verschulden der Beklagten vor. Zudem sei der Rechtswidrigkeitszusammenhang zu verneinen, weil sich die unterlassene Aufklärung über die Innenprovision nicht risikoe erhöhend ausgewirkt habe.

Die Vorhersehbarkeit der Finanz- und Wirtschaftskrise ist für den vorliegenden Fall schon deshalb nicht relevant, weil der Anspruch des Klägers schon wegen der unterlassenen Offenlegung der Vertriebsprovision der Beklagten begründet ist.

Ausgangspunkt der Überlegungen, wonach Verluste durch das allgemeine Marktrisiko nicht im Rechtswidrigkeitszusammenhang liegen könnten (vgl. zuletzt 8 Ob 98/15t), ist der Fall, dass sich im Wertverlust oder dem verringerten Ertrag der erworbenen Anlage ein anderes Risiko verwirklicht als dasjenige, über das der Kunde ordnungsgemäß aufgeklärt war, oder ein Risiko, über das gar nicht hätte aufgeklärt werden müssen (*Wendehorst*, Anlageberatung, Risikoaufklärung und Rechtswidrigkeitszusammenhang, ÖBA 2010, 562, 566 ff). Die Verpflichtung zur Of-

fenlegung von Provisionen schützt jedoch das Selbstbestimmungsrecht des Anlegers, dessen Verletzung im Wege der Naturalrestitution ausgeglichen werden kann (vgl *Wendehorst* aaO 569 f). Dabei ist die Entwicklung der alternativen Veranlagung zu berücksichtigen (8 Ob 66/14k). Hätte der Anleger etwa bei richtiger Beratung eine risikolose Anlage gewählt, hätte er das eingesetzte Kapital behalten (8 Ob 66/14k).

Der Kläger hätte bei Aufklärung über die Innenprovision eine Vorsorgewohnung erworben, wodurch sein eingesetztes Kapital erhalten geblieben und eine Rendite von 3 % erzielt worden wäre. Das Problem einer Überkompensation, das etwa dann auftreten könnte, wenn ein Anleger alternativ ein anderes Anlageprodukt erworben hätte, das aufgrund der allgemeinen Marktentwicklung ebenfalls an Wert verloren hätte, stellt sich daher im vorliegenden Fall nicht.

Im Übrigen kommt es bei der Naturalrestitution durch Rückübertragung des Finanzprodukts Zug um Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises auf die spätere Kursentwicklung des (unerwünschten) Finanzprodukts und die dafür maßgeblichen Gründe nicht an (6 Ob 28/12d; 5 Ob 246/10b; 8Ob129/10v ua).

**4.15.** Schließlich fehlt es auch nicht an der adäquaten Verursachung des eingetretenen Schadens, wie die Beklagte vermeint (Berufung S. 83 ff). Adäquate Verursachung ist dann anzunehmen, wenn ein Verhalten unter Zugrundelegung eines zur Zeit der Beurteilung vorhandenen höchsten menschlichen Erfahrungswissens und unter Berücksichtigung der zum Zeitpunkt der Handlung dem Verantwortlichen oder einem durchschnittlichen Menschen bekannten oder erkennbaren Umständen geeignet war, eine Schadensfolge von der Art des eingetretenen Schadens in nicht ganz unerheblichem Grad zu begünstigen (RIS-Justiz

RS0022914). Lediglich ein atypischer Erfolg begründet keine Haftung (RIS-Justiz RS0022606). Dass der Anleger, der über eine Provision nicht aufgeklärt wurde, bei Kenntnis dieser Vergütung das Produkt aber nicht erworben hätte, infolge mangelnder Offenlegung ein ungewolltes Anlageprodukt erwirbt, liegt aber gerade nicht außerhalb des Erwartbaren.

Der durch die unterbliebene Aufklärung adäquat verursachte und im Rechtswidrigkeitszusammenhang liegende Schaden ist daher der Erwerb einer unerwünschten Vermögensanlage, nicht aber liegt er, wie die Beklagte meint (Berufung S. 84), in einem Vermögensnachteil in Höhe der Innenprovision.

Soweit die Beklagte ein Mitverschulden des Klägers daraus ableitet, dass er die Risikohinweise in den Beitrittsunterlagen ignoriert habe, ist darauf zu verweisen, dass die Risikohinweise in keinem Zusammenhang mit der Offenlegung der Innenprovision stehen.

#### **Zum Feststellungsbegehren**

**4.16.** Das Erstgericht begründet die Feststellung der Haftung der Beklagten damit, dass der Kläger dem Risiko ausgesetzt sei, dass die erhaltene Ausschüttungen nach § 172 Abs 4 dHGB die Kommanditistenhaftung wieder aufleben ließen; weiters damit, dass er im Fall der Insolvenz der Emittentin zur Rückerstattung des Empfangenen verhalten werden könnte. Aus welchem Grund dies unzutreffend sein soll (Berufung S. 86), wird in der Berufung der Beklagten nicht dargelegt, sodass die Rechtsrüge in diesem Punkt nicht gesetzmäßig ausgeführt ist (vgl RIS-Justiz RS0043603; RS0043312 [T8, T9, T13]).

#### **Zur Naturalrestitution**

**4.17.** Die Beklagte steht weiter auf dem Standpunkt, dass der Kläger keinen Anspruch auf Naturalrestitution habe. Soweit die Beklagte dies daraus ableitet, dass

durch die Naturalrestitution eine Überkompensation des Klägers eintreten würde, ist auf die obigen Ausführungen zu verweisen (Punkt 4.14).

Die Naturalrestitution sei zudem untunlich, weil dadurch der Beklagten eine Beteiligung aufgedrängt würde, die sie langfristig mit Eigenmitteln unterlegen müsste und die nach derzeitiger Marktlage kaum verkäuflich sei. Zudem bedürfe nach dem Gesellschaftsvertrags die Übertragung der Beteiligung des Klägers der ausdrücklichen Zustimmung aller Gesellschafter; das gelte auch für die Übertragung von treuhänderisch verwalteten Kommanditanteilen von der Treuhänderin auf den Treugeber.

Tritt für den eigentlichen Geldgeber ein Treuhänder als Kommanditist in eine Kommanditgesellschaft ein, so ist dieser allein gegenüber der Gesellschaft und den Gesellschaftsgläubigern aus dem Kommanditverhältnis berechtigt und verpflichtet; er allein und nicht auch der Treugeber ist Gesellschafter (RIS-Justiz RS0010762 [T1, T2]). In einem solchen Fall könnte das Angebot auf „Übertragung der Kommanditbeteiligung“ unschlüssig sein (vgl 8 Ob 135/10a). Die vom Kläger angebotene Zug-um-Zug-Leistung besteht aber nicht in der Übertragung eines Gesellschaftsanteils, sondern im Anbot, der Beklagten seine Rechte aus dem Treuhandvertrag abzutreten. Die Ausführungen zu den finanziellen Belastungen, die der Beklagten durch eine „aufgedrängte“ gesellschaftsrechtliche Beteiligung entstünden, gehen daher in Leere. Ob für eine Übertragung der Kommanditbeteiligung die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich ist, ist aus dem gleichen Grund nicht relevant. Dass für die Abtretung der Rechte des Klägers aus dem Treuhandvertrag die Zustimmung Dritter erforderlich wäre, behauptet die Beklagte aber nicht. Die rechtliche oder faktische Unmöglichkeit der begehrten Naturalrestitution kann daher nicht erkannt werden.

Im Ergebnis erweisen sich beide Berufungen als **nicht berechtigt**.

Die Kostenentscheidung gründet auf §§ 41, 50 ZPO.

Die ordentliche Revision war zuzulassen, weil - soweit ersichtlich - zur Frage der Aufklärungspflicht über aus dem Anlagevermögen geleistete Vertriebsprovisionen nach dem WAG 1997 sowie zur Frage des Umfangs daraus resultierender Schadenersatzpflichten keine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs vorliegt.

Oberlandesgericht Wien  
1011 Wien, Schmerlingplatz 11  
Abt. 5, am 28. Juli 2016

**Dr. Maria Schrott-Mader**  
Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG