



Republik Österreich
Handelsgericht Wien

49 Cg 10/10 b -13

Im Namen der Republik

Das Handelsgericht Wien fasst durch den Richter Mag. Harald Wagner in der Rechtssache der klagenden Partei, [REDACTED] vertreten durch PODUSCHKA Anwaltsgesellschaft mbH in 4320 Perg, gegen die beklagte Partei **AWD Gesellschaft für Wirtschaftsberatung GesmbH**, Rennweg 9, 1030 Wien, vertreten durch BINDER GRÖSSWANG Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, wegen € 78.378,13 samt Anhang

I. den

Beschluss

1. Das Eventualbegehren wird gemäß § 7 Abs 2 RATG mit € 78.378,13 bewertet.
2. Der Schriftsatz des Klägers vom 31.3.2010 (Replik zu den Einwendungen der Beklagten zum Kostenverzeichnis) wird zurückgewiesen.

II.

erkennt in der selben Rechtssache nach öffentlicher mündlicher Verhandlung zu Recht:

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen Zug um Zug gegen Übertragung von 2.118,91696 Stück Aktien der Immofinanz AG (ISIN AT0000809058), 2.149,57887 Stück Aktien der Immoeast AG (ISIN AT0000642806) sowie 25,87959 Stück Anteile an CBP European Property T (ISIN AT0000746258) € 49.206,65 samt 4 % Zinsen seit 1.10.2009 zu zahlen und die mit € 3.665,10 (darin € 346,46 USt und € 1.586,34 Pauschalgebühr) bestimmten anteiligen Kosten des Verfahrens zu Handen der Klagevertreterin zu ersetzen.

Das Mehrbegehren, die beklagte Partei sei schuldig der klagenden Partei Zug um Zug gegen Übertragung von 1059,45848 Stück Aktien der Immofinanz AG (ISIN AT0000809058), 1074,78943 Stück Aktien der Immoeast AG (ISIN AT0000642806) sowie 12,93979 Stück Anteile an CBP European Property T (ISIN AT0000746258) € 29.171,48 samt 4% Zinsen p.a. ab dem Tag der Klageeinbringung binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu bezahlen, und das Zinsenmehrbegehren werden abgewiesen.

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

Zu I.1.:

Die Beklagte bemängelte die Bewertung des eventualiter erhobenen Feststellungsbegehrens als zu hoch und beantragte dessen Bewertung mit € 5.000. Eine Einigung der Parteien über den Streitwert kam nicht zu Stande.

Gemäß § 7 Abs 2 RATG hat das Gericht mangels Einigung der Parteien über die Bewertung des Streitgegenstandes möglichst ohne weitere Erhebungen und ohne die Erledigung wesentlich zu verzögern oder Kosten zu verursachen, den Streitgegenstand für die Anwendung des RATG im Rahmen der von den Parteien behaupteten Beträge zu bewerten.

Die Streitwertfestsetzung durch das Gericht im Rahmen des RATG verfolgt das Ziel der Angemessenheit der anwaltlichen Vergütung (*Feil/Wennig, Anwaltsrecht*⁴ 505; *Thiele, Anwaltskosten*² 156). Die Bewertung des für den Fall der Unzulässigkeit des Leistungsbegehrens erhobenen Eventualbegehrens mit dem Streitwert des Hauptbegehrens, der den – nach Ansicht des Klägers schon bezifferbaren – vermögensrechtlichen Schaden darstellt, ist nach dem Prinzip der Angemessenheit der anwaltlichen Vergütung nicht zu beanstanden, zumal es letztlich eine Rechtsfrage ist, ob die Leistungsklage zulässig ist. Der Verfahrensumfang und -aufwand bliebe gleich, wenn an Stelle des Hauptbegehrens über das Eventualbegehren meritorisch entschieden werden müsste, sodass die vom Kläger vorgenommene Bewertung sachgerecht ist.

Zu I.2.

Eine Gegenäußerung zu den Einwendungen nach § 54 Abs 1a ZPO ist im Gesetz nicht vorgesehen und somit unzulässig, weswegen der Schriftsatz des Klägers zurückzuweisen war. Der Kläger hätte gemäß § 54 Abs 1 ZPO bei sonstigem Verlust des Ersatzanspruches das Verzeichnis der Kosten samt den zur Bescheinigung der Ansätze und Angaben dieses Verzeichnisses etwa erforderlichen Belegen vor Schluss der Verhandlung dem Gericht zu übergeben gehabt.

Zu II:

Der Kläger wurde in den Jahren 2005 bis 2007 von der Beklagten, einer von der Finanzmarktaufsicht konzessionierten Finanzdienstleistungsgesellschaft, durch deren Mitarbeiter [REDACTED] (im Folgenden: Berater) bei seinen Vermögensveranlagungen entgeltlich beraten.

Der Kläger tätigte über Vermittlung durch die Beklagte folgende Wertpapierkäufe:

Wertpapier (ISIN)	Kaufdatum (Valuta)	Stück	Spesen	Kaufpreis
Immofinanz AG (ISIN AT0000809058)	29.08.2006	4.027,83224	€ 546,78	€ 36.998,66
Immoeast AG (ISIN AT0000642806)	29.08.2006	1.070,25965	€ 196,07	€ 9.999,65
CEP European Property T (ISIN AT0000746258)	30.08.2006	38,81938	€ 523,79	€ 10.999,59
Immoeast AG (ISIN AT0000642806)	09.11.2006	980,39215	€196,08	€ 10.000,00
Immoeast AG (ISIN AT0000642806)	12.12.2006	934,59690	€ 196,08	€ 10.000,00
Immoeast AG (ISIN AT0000642806)	24.05.2007	239,11960	€ 60,97	€ 2.499,99

Der Kläger beehrte wie aus dem Spruch ersichtlich und brachte dazu zusammengefasst vor, dass er von der Beklagten schuldhaft und entgegen den Bestimmungen der §§ 13 ff WAG 1997 beraten worden sei.

Nachdem der Kläger, ein weitgehend unerfahrener Anleger, über Anraten des Beraters im Jahr 2005 seinen Bausparvertrag gekündigt gehabt und an dessen Stelle einen monatlichen Ansparplan in Aktien der Immofinanz AG (im Folgenden nur: Immofinanz) abgeschlossen habe, habe am 19.8.2006 zwischen dem Berater und dem Kläger ein Gespräch über die Veranlagung der Abfertigung des Klägers und des Teilerlöses aus einem Wohnungsverkauf stattgefunden. Der Kläger habe ausdrücklich betont, dass er bei der Veranlagung kein Risiko eingehen wolle und er (gemeint wohl: zumindest) den Großteil des investierten Kapitals ohne Abschläge zurückbekommen wolle. Dies sei vom Berater auch zugesichert worden. Der Berater habe dabei empfohlen € 88.000 überwiegend in Immobilientitel zu investieren, wobei er die Aktien der Immofinanz und der Conwert Immobilien Invest AG (im Folgenden nur: Conwert) als sicher mit geringem Risiko und die Wertpapiere der Immoeast AG (im Folgenden nur: Immoeast) und der CBP European Property (im Folgenden nur: CEP) als mit mittlerem Risiko behaftet präsentiert habe. Die übrigen 10 – 20 % des zu veranlagenden Kapitals sollten in risikoträchtige Papiere investiert werden, was dem Kläger auch bewusst gewesen sei, weswegen diese Veranlagungen auch nicht klagsgegenständlich seien. Die Beklagte habe die Wertpapiere der Immofinanz und der Conwert empfohlen und versichert, dass diese höchste Sicherheit, vergleichbar mit einem Sparbuch, aufweisen würden. Die Papiere der Immofinanz seien sogar mündelsicher. Die Wertpapiere der Immoeast und der CEP würden allenfalls ein mittleres Risiko bergen, zumal dahinter Immobilien stünden, die auch in Krisenzeiten ihren Wert behalten würden. Über die Möglichkeit eines Teil- oder sogar Totalverlusts des eingesetzten Kapitals sei der Kläger nicht informiert worden. Ebenso wenig sei die Empfehlung zu einer notwendigen Streuung erfolgt.

Da der Kläger mit der vorhergesagten Entwicklung des Conwert-Wertpapiers nicht zufrieden gewesen sei, habe der Berater im November 2006 unter anderem eine Umschichtung in Aktien der Immoeast empfohlen.

Die Beklagte habe gegen ihre Aufklärungs-, Informations-, Nachforschungs- und Wohlverhaltenspflichten verstoßen, weil sie das wahre Risiko der empfohlenen Wertpapiere verschwiegen, die Wertpapiere irreführend als „so sicher wie ein Sparbuch“ dargestellt, irreführend den Begriff Immobilienaktie verwendet und die Wertpapiere der Immofinanz pauschal unrichtig als mündelsicher empfohlen habe. Die Beklagte habe es verabsäumt, dem arbeitslosen Kläger eine sinnvoll auf mehrere branchenverschiedene Anlageprodukte aufgeteilte, sohin risikogestrente Kapitalveranlagung zu empfehlen. Die Beklagte habe den Kläger nicht darüber aufgeklärt, in welcher Höhe ihr Provisionen und andere so genannte „Retrozessionen“ für die vermittelten Wertpapiergeschäfte zufließen.

Der Schaden des Klägers bestehe primär darin, dass ihm nicht wertstabile, sondern Kursschwankungen unterliegende Wertpapiere vermittelt worden seien, die er bei Kenntnis der wahren Tatsachen zu keinem Zeitpunkt erworben hätte. Der Kläger sei so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Aufklärung stünde. Es werde daher Naturalrestitution durch Rückabwicklung der vermittelten Geschäfte begehrt, wobei sich der Klagsbetrag aus dem seinerzeitigen Ankaufspreis zuzüglich der aufgewendeten Depotgebühren und entgangener Zinsen einer Alternativveranlagung abzüglich des Erlöses aus Aktienverkäufen und der Dividendenausschüttung errechne.

Die Beklagte bestritt das Klagebegehren, beantragte die Abweisung der Klage und wendete zusammengefasst ein, der Kläger habe ihr gegenüber erklärt, an einem höheren bis maximalen Kapitalwachstum interessiert und dafür bereit zu sein, bei seinen Veranlagungen ein höheres bis hohes Risiko einzugehen. Eine risikolose Veranlagung habe nie zur Debatte gestanden. Der Kläger habe zwischen Oktober 2005 und Oktober 2008 insgesamt 67 Kaufaufträge für Wertpapiere erteilt, von denen er lediglich sechs, mit deren Entwicklung er offensichtlich letztlich nicht zufrieden gewesen sei, zum Gegenstand der Klage mache.

Der Berater habe den Kläger im Detail erläutert, welche Spesen bei der gewählten Veranlagung anfallen würden und welchen Schwankungen die Veranlagung ausgesetzt sein könnte. Der Kläger sei ausdrücklich mündlich und schriftlich auf die mit der jeweiligen Veranlagungsform verbundenen Risiken hingewiesen worden. Er habe, nicht zuletzt aufgrund seiner bisherigen Erfahrungen mit Kapitalveranlagungen, verstanden, dass er mit der gewählten Veranlagung ein höheres bis hohes Risiko eingegangen sei. Es sei eine allgemein bekannte Tatsache, dass insbesondere der Ankauf von Aktien im hohen Maße risikoträchtig sein kann. Der Berater und der Kläger hätten aus damaliger Sicht zu Recht davon ausgehen können, dass

die gewählte Veranlagungsstrategie ein für den Kläger im Hinblick auf dessen im Detail besprochene Anlageziele geeigneter Ansatz gewesen sei.

Die Beklagte habe dem Kläger ab September 2006 Zugang zu ihrem Computerprogramm „Finance-Manager“ gewährt, womit sich der Kläger laufend über die Wertpapierkurse informieren können, was der Kläger ab 13.9.2006 auch beinahe täglich getan habe. Darauf stützte die Beklagte ihren Einwand der Verjährung hinsichtlich der im August 2006 getätigten Wertpapierkäufe. Der Kläger sei auch von der Constantia Privatbank regelmäßig über Kapitalerhöhungen bei Immofinanz und Immoeast informiert worden, weswegen dem Kläger auch bewusst gewesen sei, dass er Wertschwankungen unterliegende Aktien erworben habe.

Zumindest treffe den Kläger jedenfalls ein erhebliches Mitverschulden am entstandenen Schaden, hätte er die Beratungsprotokolle tatsächlich ungelesen und ungeprüft unterschrieben.

Beweis wurde aufgenommen durch Einsicht in die von den Parteien vorgelegten Urkunden, Beilagen ./A - ./M und ./1 - ./11, sowie durch Vernehmung der Zeugin [REDACTED] und des Klägers als Partei.

Folgender Sachverhalt steht fest:

Der Kläger arbeitete nach Abschluss der Handelsschule zunächst im elterlichen Getränkegroßhandel und war dann für verschiedene Unternehmen im Verkaufsaußendienst tätig.

In den Jahren 2005/2006 bestand das Vermögen des Klägers aus einer teilweise fremdfinanzierten Eigentumswohnung, einem Bausparvertrag und einem Raiffeisen-Pensionssparen. Der Kläger verdiente monatlich € 3.000 brutto zuzüglich eines Taggeldes in der Höhe von € 26,30 und der Privatnutzung seines Firmenwagens.

Der Berater war dem Kläger als ehemaliger Schwiegervater eines guten Freundes und von einem gemeinsamen Segelurlaub im Jahr 1990 bekannt. Im Jahr 2005 rief der Berater den Kläger an, teilte ihm mit, dass er nun für die Beklagte arbeite und bat um ein Treffen mit dem Kläger, weil die Beklagte Finanzprodukte anbiete und der Berater daher in der Lage sei, für jeden einen wirtschaftlichen Vorteil herauszuschlagen.

Im Zuge des daraufhin stattgefundenen Gesprächs erstellte der Berater eine sogenannte Wirtschaftsbilanz, in der der Kläger dem Berater seine Vermögens- und Einkommenssituation sowie die abgeschlossenen Versicherungsverträge wahrheitsgemäß offenlegte. Der Berater sagte dem Kläger, dass ein Bausparvertrag als Sparform wirtschaftlich keinen Sinn mache, weil man vom Zinssatz die Kapitalertragssteuer und die Inflationsrate abziehen müsse. Sogleich stellte der Berater die Wertpapiere der Immofinanz als eine

Immobilienaktie vor. Der Berater legte dem Kläger mit Hilfe eines Folders der Immofinanz dar, dass hinter diesem als „Immobilienfirma“ bezeichneten Unternehmen Immobilien mit den entsprechenden Mieteinnahmen stünden und stellte dem Kläger eine jährliche Rendite von 7 - 9 % pro Jahr in Aussicht. Der Folder der Immofinanz zeigte einen seit der Unternehmensgründung langsam aber stetig steigenden Kursverlauf. Der Berater meinte, es sei bei der Immofinanz mit keinen bzw. kaum mit Kursschwankungen zu rechnen. Diese Erläuterungen überzeugten den Kläger, sodass er sich entschloss, seinen Bausparvertrag zu kündigen und fortan um € 100 pro Monat Aktien der Immofinanz zu kaufen. Vor diesem Ansparplan hatte der Kläger noch nie in Wertpapiere investiert, was der Berater auch wusste (Beilage ./1).

Der Kläger wusste, dass es sich bei dieser Veranlagung um eine Investition in eine Aktie handelte, deren Wert sich an der Börse aufgrund von Angebot und Nachfrage bilde. Er hat den Darlegungen des Beraters, wonach sich eine Immobilienaktie dadurch auszeichne, dass sie im Vergleich zu anderen Aktien mit einem minimalen Risiko behaftet sei, jedoch eine geringe Ertragschance aufweise, geglaubt. Weitergehende Überlegungen zur Kursbildung einer Immobilienaktie stellte der Kläger nicht an.

Bei diesem und allen nachfolgenden Gesprächen, bei denen der Kläger Kaufaufträge erteilte, unterfertigte der Kläger eine vom Berater vorausgefüllte „Gesprächsnotiz zur Beratung“, ohne diese Urkunde zu lesen. Auf der zweiten Seite dieser diesbezüglich immer gleich lautenden Urkunde finden sich unter anderem folgende Hinweise (Beilage ./1):

„Risikohinweise bei Immobilienaktien, anderen Immobilienprodukten und Alternativen Investments:

Bei Immobilienaktien handelt es sich um Veranlagungen in Einzeltitel und keine Investmentfonds. Aktien unterliegen mitunter starken Schwankungen und diese können bis zum Totalverlust des eingesetzten Kapitals führen.

Ich nehme ausdrücklich zur Kenntnis, dass mit der Veranlagung in Immobilienaktien, anderen Immobilienprodukten und Alternativen Investments Chancen, aber auch Risiken verbunden sind. [...]

Die Investition in Immobilienaktien, welche überwiegend bzw. ausschließlich in Staaten Zentral- und/oder Osteuropas veranlagen, unterliegen zusätzlichen Risiken, da insbesondere die rechtlichen/politischen/wirtschaftlichen Rahmenbedingungen nicht mit jenen Westeuropas vergleichbar sind.

Wir empfehlen maximal 10 % des insgesamt verfügbaren Kapitals in Immobilienaktien, andere Immobilienprodukte oder Alternative Investments verschiedener Emittenten zu veranlagen.“

Unter dem Punkt „Meine Risikobereitschaft“ der Gesprächsnotiz war „höheres Kapitalwachstum bei mittlerer Risikobereitschaft“ angekreuzt.

Schon im Jahr 2005 erzählte der Kläger seinem Berater, dass er mit dem Gedanken spiele, seine Eigentumswohnung zu verkaufen. Zwischen dem Kläger und dem Berater bestand ein laufender Kontakt, wobei teilweise Privates besprochen wurde und teilweise die Entwicklung des Ansparplanes beobachtet wurde.

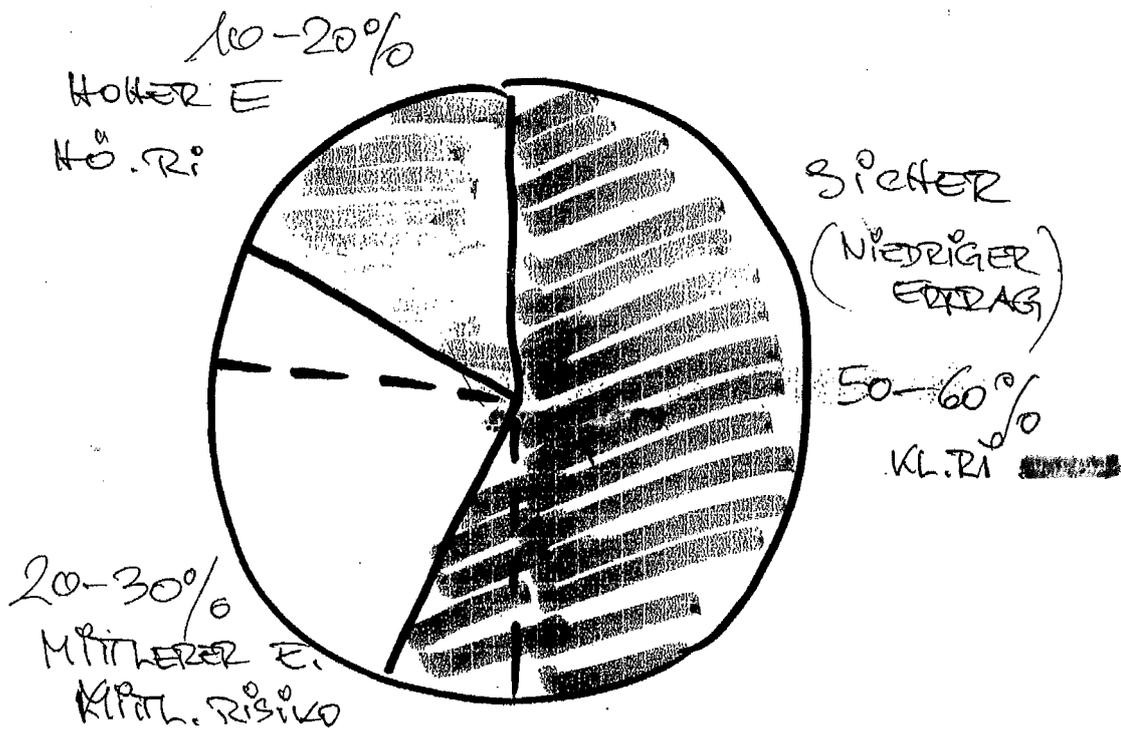
Aus dem Verkauf der Eigentumswohnung im Frühjahr 2006 blieb dem Kläger nach Abzug der Kreditverbindlichkeit ein Betrag in der Höhe von € 90.000. Das Dienstverhältnis des Klägers wurde zum September 2006 gekündigt, weswegen der Kläger für September oder Oktober 2006 eine Abfertigung in der Höhe von rund € 13.300 erwartete.

Somit standen dem Kläger rund € 100.000 zur Veranlagung zur Verfügung, weswegen der Berater mit dem Kläger im Sommer 2006 einen Termin im Büro der Beklagten in Wien Heiligenstadt vereinbarte. Schon vor diesem Gespräch stellte der Kläger dem Berater gegenüber klar, dass es sich bei diesem Geld um seinen gesamten Lebensverdienst bzw. seine gesamten Ersparnisse handle und er dieses Geld keinesfalls spekulativ oder hoch riskant anlegen möchte. Der Kläger beabsichtigte, sich bei diesem Gespräch zunächst zu informieren und keine Abschlüsse zu tätigen, was er auch eingangs des Gesprächs, an dem auch ein weiterer Mitarbeiter der Beklagten, ██████████ teilnahm, klarstellte. Der Berater und ██████████ ██████████ stellten dem Kläger daraufhin mehrere Produkte und zwar Anleihen sowie schwerpunktmäßig Wertpapiere der Immofinanz, Immoeast, Ecoplus, Conwert und Aktienfonds vor. Dieses Gespräch brachte für den Kläger kein konkretes Ergebnis.

In einem Telefongespräch etwa zwei Wochen nach diesem persönlichen Kontakt schlug der Berater ein weiteres Treffen vor, weil er speziell für den Kläger einen Veranlagungsvorschlag ausgearbeitet habe, bei dem es sich um eine sichere Geldanlage handle.

Bei diesem Termin präsentierte der Berater dem Kläger das von ihm so bezeichnete Geldanlagemodell nach Markowitz und präsentierte folgende Grafik (Beilage ./E):

PORTFOLIO NACH MARKOWITZ - THEORIE INVESTMENT € 10.000,-



38.000,-	IMMOFINANZ	} 63.000,-
25.000,-	CONVERT	
17.000,-	IMMOEAST	} 32.000,-
15.000,-	EUROP. PROPERTY	
5.000,-	FFD. CHINA FOCUS	

Laut diesem Diagramm sollten 50 - 60% des Kapitals sicher bei niedrigem Ertrag, 20 - 30% mit mittlerem Ertrag und mittlerem Risiko und 10 - 20% mit hohem Ertrag und höherem Risiko veranlagt werden, wobei aufgrund der geschwungenen Klammer die Wertpapiere der Immofinanz und Conwert dem sicheren Bereich und jene der Immoeast und CEP dem mittleren Bereich zugeordnet wurden. Im persönlichen Gespräch sprach der Berater aber einheitlich von „Immobilien“ ohne innerhalb dieser Kategorie zwischen niedrigem und mittlerem Risiko zu

unterscheiden.

Über mit diesem Veranlagungsvorschlag verbundene Risiken wurde nicht gesprochen. Der Kläger ging aber davon aus, dass es hinsichtlich des Teils mit dem höheren Risiko auch zu einem erheblichen Verlust des eingesetzten Kapitals kommen kann.

Der Kläger erkundigte sich zwischenzeitig auch bei einer Bank nach Veranlagungen und präsentierte dort auch die Beilage ./E, von der sich der Bankmitarbeiter nicht überzeugt zeigte. Bei der Bank bot man dem Kläger für ein Kapital von € 50.000 eine Verzinsung von etwa 4,5 % an.

Da es auch anlässlich dieses Gesprächs zu keiner Entscheidung des Klägers gekommen war, rief der Berater den Kläger wiederum nach einiger Zeit an. Der Kläger teilte dem Berater mit, dass er sich entschieden habe, sein Geld über die Beklagte zu veranlagen, weswegen es am 19.8.2006 zu einem weiteren Treffen kam, wobei nochmals alle Produkte durchbesprochen wurden. Der Berater stellte dabei nochmals die Produkte vor, wobei er zwischen „Immobilien“ mit niedrigem Risiko und niedrigem Ertrag einerseits und Aktienfonds mit höherem Risiko und höherem Ertrag andererseits unterschied. Innerhalb der Immobilientitel erklärte er, dass Immofinanz hauptsächlich Immobilien in Westeuropa besitze und Immoeast hauptsächlich über Immobilien in Osteuropa verfüge. Zum CEP führte der Berater aus, dass in diesem Produkt die besten Immobilienfonds Europas vereint seien. Eine weitere Veränderung zum ursprünglichen Veranlagungsvorschlag des Beraters bestand darin, dass dem Kläger noch nicht das gesamte Kapital sondern zunächst nur € 88.000 zur Verfügung gestanden sind. Damit kaufte er die eingangs mit Valuta vom 29. und 30.8.2006 angegebenen Aktien (Immofinanz und Immoeast) und Anteilscheine (CEP) sowie Aktien der Conwert zum Preis von € 19.999,99 und für jeweils rund € 5.000 Anteile an den Aktienfonds Fidelity China Focus Fund und Black Rock Emerging Europe. Nach dem der Risikoeinschätzung durch den Berater folgenden Verständnis des Klägers veranlagte er dadurch € 78.000 in sichere Immobilientitel und € 10.000 mit höherem Risiko.

Bei der vom Kläger ungelesen unterfertigten „Gesprächsnotiz zur Beratung“ war unter dem Punkt „Meine Risikobereitschaft“ „höheres Kapitalwachstum bei mittlerer Risikobereitschaft“ und „maximales Kapitalwachstum bei hoher Risikobereitschaft und starken Wertschwankungen“ angekreuzt (Beilage ./A).

Der Kläger unterschrieb diese Urkunde, nachdem die einzelnen Kaufaufträge ausgefüllt und unterschrieben worden sind. Der Berater markierte die Stelle auf der zweiten Seite der Urkunde, an die der Kläger seine Unterschrift setzen sollte, mit einem Kreuz und stellte diese Unterschrift als einen vom Gesetzgeber vorgeschriebenen Formalakt dar. Hätte der Kläger diese Gesprächsnotiz, insbesondere die oben angeführten Risikohinweise gelesen, hätte er die klagsgegenständlichen Wertpapiergeschäfte nicht getätigt.

Am 13.9.2006 benutzte der Kläger erstmals den ihm von der Beklagten über das Internet gewährten Zugang zum Programm „Finance-Manager“ der Beklagten, wo er sich ab diesem Zeitpunkt regelmäßig über seinen Gesamt-Depotstand informierte. Der Kläger wollte so kontrollieren, dass sich sein Vermögen nicht verringert. Er war mit der Entwicklung zufrieden, weil er gesehen hat, dass sich sein Vermögen vermehrt. Einzelne Kurse beobachtete der Kläger nicht.

Am 31.10.2006 kam es, nachdem der Kläger seine Abfertigung ausbezahlt bekommen hatte, zu einem weiteren Treffen zwischen dem Kläger und dem Berater (Beilage ./B), bei dem als Teil des am 19.8.2006 entwickelten Veranlagungskonzepts der eingangs wiedergegebene mit 9.11.2006 durchgeführte Aktienkauf in Auftrag gegeben wurde. Der Kläger unterfertigte wieder eine mit der oben auszugsweise wiedergegebenen Gesprächsnotiz übereinstimmende Urkunde (Beilage ./B), ohne sie zuvor zu lesen. Auch diesmal war die Risikobereitschaft wieder mit „höheres Kapitalwachstum bei mittlerer Risikobereitschaft“ und „maximales Kapitalwachstum bei hoher Risikobereitschaft und starken Wertschwankungen“ gewählt.

Im November 2006 entschloss sich der Kläger, die Aktien der Conwert zu verkaufen, weil er aufgrund der Medienpräsenz Immofinanz und Immoeast größeres Vertrauen entgegenbrachte. Der Berater empfahl nicht das gesamte dadurch frei werdende Kapital in „Immobilien“ zu investieren, sondern nur die Hälfte in der Höhe von € 10.000 und jeweils € 5.000 in zwei Aktienfonds umzuschichten. Diesem Rat kam der Kläger nach, wobei er wiederum die ihm zur Unterschrift vorgelegte Gesprächsnotiz ungelesen unterfertigte. Den Auftrag zum Kauf der Aktien der Immoeast unterfertigte der Kläger, nachdem er das vom Berater handschriftlich Ausgefüllte, nicht aber das Vorgedruckte gelesen hatte.

Im Mai 2007 erhielt der Kläger folgendes Schreiben der Beklagten, das vom Berater unterfertigt war (Beilage ./F):

„Sehr geehrter Interessent, sehr geehrter Investor

Es freut mich, Ihnen wieder eine Chance für eine erstklassiges Investment vorzuschlagen:

AWD - Empfehlung

IMMOEAST Kapitalerhöhung Mai 2007

Alle Details entnehmen Sie bitte dem Folder im Anhang bzw. dem Beilageblatt

(Artikel aus WI-Blatt vom 24.4.07 - Beste Immobilienaktien Europa im Vergleich)

Begleitender Fach-Kommentar zur Kundenfragen hinsichtlich aktuelle Kursentwicklung:

Bitte betrachten Sie die jüngste Kursentwicklung der Immoeast im Zeitraum der letzten 3 Monate insofern, als

a) das Geschäftsjahr IMMOEAST jeweils mit 1 .Mai d.J. beginnt (vorher Seitwärtsbewegung

bzw. Kursrückgang)

b) eine Kurskorrektur vor einer Kapitalerhöhung ist bei jedem Aktientitel ganz normal und kann sich in einem kurzfristigen Rückgang von 10-15% bewegen

c) die Kursentwicklung der IMMOEAST normalisiert sich wieder in einem Zeitraum von wenigen Wochen, Monaten nach der Kapitalerhöhung

.) Das bedeutet, daß Sie jetzt bei Zeichnung eine tolle Möglichkeit nutzen, innerhalb kürzerer Zeit sehr guten Gewinn zu erzielen.

.) Jüngsten Analystenkommentaren zufolge liegen die nächsten kurzfristigen Kursziele für IMMOEAST bei € 12,80 (aktueller Kurs vom 3.5.2007 bei € 10,61)

Ein erstklassiges Immobilien-Investment bedeutet eine starke Absicherung und Risikobegrenzung jedes Portfolios.

!!! Eine Top-Gelegenheit für ein sicheres und erfolgreiches Investment !!!

Über alle Detail's informiere ich Sie gerne persönlich

Wir freuen uns über Ihren Zeichnungsantrag“

Aufgrund dieses Schreibens kam es dann zu einem Treffen zwischen dem Kläger und dem Berater, bei dem der Berater nochmals darlegte, dass die Kapitalerhöhung ein günstiger Zeitpunkt sei, um Aktien der Immoeast zu erwerben. Aufgrund dieser Empfehlung entschloss sich der Kläger zu der außer Streit stehenden mit 27.5.2007 durchgeführten Zeichnung.

Der Berater hat den Kläger anlässlich der festgestellten Gespräche grundsätzlich darüber informiert, dass mit den Wertpapiertransaktionen auch Spesen verbunden seien. Über die Verwendung dieser Spesen, insbesondere wem sie in welcher Höhe zufließen, wurde nicht gesprochen. Dem Kläger war jedoch bewusst, dass von seinen Transaktionen auch der Berater finanziell profitiert. Über mögliche Verluste bei der Investition in Immobilientitel ist nie gesprochen worden.

Wäre der Kläger vom Berater darüber informiert worden, dass die vermittelten Wertpapiere nicht seinen Risikovorstellungen entsprechen und wäre er über die Risiken der Kapitalanlage ordnungsgemäß aufgeklärt worden, hätte er, dem Rat seines Bruders folgend, Bundesschatze der Republik Österreich gekauft. Es kann nicht festgestellt werden, wie hoch die damit lukrierten Zinsen gewesen wären.

Anlässlich eines „Servicetermin“ genannten Treffens zwischen dem Kläger und seinem Berater am 27.9.2007 brachte der Kläger seine Unzufriedenheit mit der Entwicklung seines Portfolios zum Ausdruck. Der Berater empfahl dem Kläger einen monatlichen Absparrplan einzugehen, mit dem er monatlich Aktien der Immofinanz um € 1.200 verkaufe und den Erlös in gleichen Teilen auf vier Aktienfonds umschichte. Der Kläger stimmte diesem Vorschlag, ohne davon überzeugt zu sein, zu, stoppte den Absparrplan jedoch nach fünf Terminen im März 2008.

Am 5.10.2007 erhielt der Kläger von der Immofinanz eine Dividende in der Höhe von

€ 1.072,42.

Im April 2008 kaufte der Kläger in Kenntnis des bis dahin eingetretenen Kursverlustes Aktien der Immofinanz um € 10.000, weil er angespornt durch eine Werbekampagne der Immofinanz und durch Medienberichte über das finanzielle Engagement eines Großinvestors, hoffte, dass er so seine Verluste schneller wieder aufholen könne.

Für das bei der Constantia Privatbank AG eröffnete Wertpapierdepot zahlte der Kläger in den Jahren 2006 bis 2009 insgesamt € 384,51 an Depotgebühren.

Zur Beweiswürdigung:

Soweit oben Beilagenbezeichnungen in Klammer angeführt sind, beruhen die jeweiligen Feststellungen auf den zitierten Urkunden. Auch wenn die Beilage ./E keinen expliziten Aussteller hat, so ist das Gericht aufgrund der Angaben des Klägers und dem Umstand, dass die Skizze offensichtlich auf einem Notizblock der Beklagten angefertigt wurde, davon überzeugt, dass sie vom Berater stammt.

Im Übrigen beruhen die Feststellungen auf den Angaben des Klägers, der bei Gericht einen bedachten und vorsichtigen aber durchwegs ehrlichen Eindruck hinterließ.

Die vorgelegten Urkunden, insbesondere die sogenannten Gesprächsnotizen, stehen als einzige Beweismittel mit den Schilderungen des Klägers teilweise in Widerspruch. Der Berater wurde nicht als Zeuge geführt, wofür die Beklagte ihre Gründe haben wird. Der Kläger schilderte, dass er im Zuge des Erstkontaktes seine Vermögens- und Einkommenssituation gegenüber dem Berater offengelegt hat. Dies konnte auch die Zeugin [REDACTED] aus ihren Unterlagen bestätigen. Aus den Angaben des Klägers ergibt sich weiters, dass der Berater auch in der Folge über die finanziellen Verhältnisse, etwa den Verkauf der Eigentumswohnung, der Kündigung des Dienstverhältnisses und den Erhalt einer Abfertigung, informiert war. Dennoch wurde in den Gesprächsnotizen festgehalten, dass der Kläger keine Angaben zu seinen finanziellen Verhältnissen gemacht habe. Da somit die Gesprächsnotizen in diesem Punkt nicht den Tatsachen entsprechen, sind sie auch sonst nicht geeignet, die vom Kläger im Wesentlichen widerspruchsfrei geschilderten Gesprächsverläufe zu entkräften.

Obwohl der Kläger ansonsten sehr bedacht und vorsichtig agierte und sich insbesondere für die erste große Veranlagung im Jahr 2006 viel Zeit ließ, bis er sich entschied, seine Veranlagung der Beklagten anzuvertrauen, ist es trotzdem nachvollziehbar, dass er die Gesprächsnotizen ungelesen unterschrieben hat, weil er sich zu diesem Zeitpunkt bereits festgelegt hatte und er im Unterschreiben der vom Berater ausgefüllten Formulare nur die Konsequenz seiner Entscheidung, in seinen Worten den „Papierkrieg“, gesehen hat, schließlich hat auch der Berater dies als Formalität abgetan.

Die Negativfeststellung zur Höhe der Zinsen der Alternativveranlagung ergibt sich

daraus, dass der Kläger dazu keine Angaben machen konnte, seine Vernehmung aber zugleich das einzige Beweismittel zu diesem Thema war.

Rechtlich folgt:

Die klagsgegenständlichen Wertpapiertransaktionen und insbesondere die jeweils vorangegangenen Beratungen des Klägers fanden vor dem 1.11.2007, somit vor dem Inkrafttreten des WAG 2007 statt. Der Sachverhalt ist somit nach dem WAG 1996 zu beurteilen.

Die Beklagte unterlag bei Erbringung ihrer Dienstleistungen gemäß § 11 WAG 1996 den Verhaltensregeln der §§ 12ff WAG. Sie hatte daher unter anderem die Finanzdienstleistungen, insbesondere die Beratung über die Veranlagung von Kundenvermögen (§ 1 Abs 1 Z 19 BWG aF), mit der erforderlichen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit im Interesse ihrer Kunden zu erbringen, diesen alle zweckdienlichen Informationen mitzuteilen, soweit dies zur Wahrung der Interessen der Kunden und im Hinblick auf Art und Umfang der beabsichtigten Geschäfte erforderlich ist. Der Beklagten war untersagt, ihren Kunden den An- oder Verkauf von Finanzinstrumenten oder Veranlagungen zu empfehlen, wenn und soweit die Empfehlung nicht mit den Interessen der Kunden übereinstimmt. Mit anderen Worten schuldete die Beklagte dem Kläger eine anleger- und anlagegerechte Beratung, woraus sich auch die Bedeutung des Einzelfalles in Bezug auf die Person des Anlegers, seine Erfahrungen und Kenntnisse im Umgang mit Veranlagungen sowie die in Aussicht genommene Kapitalanlage ergibt. Je spekulativer die Anlage und je unerfahrener der Kunde ist, desto weiter reichen die Aufklärungspflichten. Der Kläger hatte bis zum Kontakt mit der Beklagten lediglich Erfahrungen mit Spareinlagen. Der Versuch der Beklagten aus dem Kläger einen erfahrenen Anleger zu machen, weil sein Depot (über Vermittlung der Beklagten) 67 (oder nach der Aussage der Zeugin ██████████ 60) Transaktionen aufweise, versagt nicht nur deshalb, weil das Vorbringen keine zeitliche Einordnung vor den klagsgegenständlichen Aufträgen aufweist, sondern auch weil bei den vermittelten Ansparplänen jede einzelne Transaktion gezählt wird, also allein die Umschichtung von Immofinanz auf vier Aktienfonds über fünf Monate 20 solcher Transaktionen generierte. Maßgeblich sind die Erfahrungen und Kenntnisse am Beginn der Geschäftsbeziehung zur Beklagten. Feststellungen wonach sich diese Erfahrungen und Kenntnisse im Laufe des Kontakts zwischen den Streitteilen entscheidend verändert hätten, wurden nicht getroffen.

Gemäß § 15 WAG 1996 kann bei Verletzung der Pflichten nach §§ 13 und 14 WAG 1996 Schadenersatz verlangt werden.

Schon zu Beginn des Kontakts zwischen den Streitteilen schlug der Berater dem Kläger eine Investition in Aktien der Immofinanz an Stelle eines Bausparvertrages vor, wobei er aber nur die Vorteile des Aktieninvestments (höhere Renditeerwartung, steuerfreie Kursgewinne)

herausstrich, ohne gleichzeitig nachdrücklich auf die höheren Risiken (Kursrisiko, Risiko des Kapitalverlusts) hinzuweisen. Damit stellte er die Aktien der Immofinanz in Bezug auf die Sicherheit einem Bausparvertrag gleich. Ebenso widerspricht es dem Erfordernis einer anlagegerechten Beratung, bei einer Aktie das Vermögen der Aktiengesellschaft (hier insbesondere deren Immobilienvermögen) besonders herauszustreichen und nicht gleichzeitig darauf hinzuweisen, dass sich der Aktienkurs unabhängig von diesem Substanzwert bildet und unter Umständen (kurz-, mittel- und sogar langfristig) von diesem auch nach unten abweichen kann. Der Berater stellte die Aktie der Immofinanz schließlich im Vergleich zu anderen Aktien als eine Veranlagung mit minimalem Risiko dar. Dass diese Risikoeinschätzung falsch war, gesteht auch die Beklagte zu, wenn sie in ihren Schriftsätzen damit argumentiert, der Kläger habe verstanden, dass er mit der gewählten Veranlagung ein höheres bis hohes Risiko eingehe bzw. ihm das hohe Risiko derartiger Veranlagungen jeweils bewusst gewesen sei.

Als der Kläger anlässlich der ersten klagsgegenständlichen Veranlagungen an den Berater herantrat und ausdrücklich klarstellte, dass es sich bei dem zur Veranlagung stehenden Kapital um seine gesamten Ersparnisse handelt und er keine spekulative oder hoch riskante Veranlagung wünsche, schloss der Berater an die im Vorjahr beim Kläger geweckten Vorstellungen – zumindest implizit – an, indem er ihm wiederum Aktien der Immofinanz empfahl, ohne die fehlenden Risikohinweise nachzuholen. Vielmehr pries er sein Konzept zunächst als eine sichere Geldanlage an und stellte insbesondere die klagsgegenständlichen Immobilienaktien (Immofinanz und Immoeast) bzw. den Immobilienaktienfonds (CEP), die er teilweise auch nur als „Immobilien“ bezeichnete, als sicher dar, ohne auf Risiken dieser Produkte hinzuweisen. Nur bei den empfohlenen, nicht klagsgegenständlichen, Aktienfonds wies er auf ein höheres Risiko hin. Der Berater holte die notwendigen, produktspezifischen Risikohinweise auch nicht anlässlich der späteren Investitionen in Aktien der Immoeast nach, sondern ließ den Kläger im Glauben, dass es sich dabei um eine sichere Anlage handle. Obwohl die Beklagte selbst schriftlich empfahl, maximal 10% des Vermögens in Immobilientitel zu investieren, riet der Berater dem Kläger im Ergebnis 90% in österreichische Immobilientitel zu veranlagern, was dem Erfordernis einer ausreichend gestreuten Veranlagung nicht entspricht. Der Berater machte den Kläger auf diesen Umstand auch nicht aufmerksam.

Die Beratung des Klägers durch den der Beklagten unstrittig zuzurechnenden Berater erfolgte somit nicht anleger- und anlagegerecht und entgegen der §§ 13f WAG, was die Beklagte schadenersatzpflichtig macht.

Der Schaden des Klägers besteht schon darin, dass er eine unsicherere Vermögensanlage als die eigentlich gewünschte in seinem Vermögen hat. Der Kläger ist so zu stellen, wie er bei korrekter Aufklärung stünde. Nach den Feststellungen hätte der Kläger in Kenntnis der mit den klagsgegenständlichen Veranlagungen verbundenen Risiken an Stelle der

von der Beklagten vermittelten Wertpapiere, Bundesschätze der Republik Österreich gekauft. Dem nach § 1323 ABGB vorrangigen Naturalersatz entspricht es am ehesten, wenn die Beklagte dem Kläger das von ihm Geleistete gegen Rückstellung der vermittelten Wertpapiere ersetzt. Auch die aufgewendeten Depotgebühren, die bei der Alternativveranlagung nicht zu zahlen gewesen wären, sind Teil des positiven Schadens. Ebenso hätte die Beklagte den fiktiven Zinsgewinn der Alternativveranlagung zu ersetzen, jedoch ist dem Kläger der Beweis über dessen Höhe aufgrund der getroffenen Negativfeststellung nicht gelungen, was zum Nachteil des dafür beweispflichtigen Klägers geht und somit jedenfalls zur Abweisung der Klage hinsichtlich des entgangenen Zinsgewinns führt.

Der im Wesentlichen im Hinblick auf die Nutzung des „Finance-Manager“ gestützte Verjährungseinwand greift nicht, weil der Beklagten der Beweis, wonach der Kläger bereits drei Jahre vor Klageeinbringung seinen Schaden erkannt habe, nicht gelungen ist. Der Kläger hat im September 2006 lediglich seinen Depotstand überprüft und war mit dessen Entwicklung zufrieden. Es ist mittlerweile notorisch und ergibt sich überdies aus den außer Streit stehenden Daten der Wertpapiertransaktionen, dass die Kurse der klagsgegenständlichen Wertpapiere im Jahr 2006 im Steigen waren.

Den Kläger trifft jedoch ein Mitverschulden an dem entstandenen Schaden, weil er die anlässlich der Treffen mit dem Berater verfassten Gesprächsnotizen ungelesen unterschrieb. Auch wenn der Berater das Unterschreiben dieser Gesprächsnotizen als Formalakt abtat, ist es besonders bei der Veranlagung der gesamten Ersparnisse eine Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten, diese auf der selben Seite wie das Unterschriftenfeld abgedruckten und noch dazu eindeutig mit den Worten „Risikohinweise bei Immobilienaktien ...“ überschriebenen Warnhinweise nicht zu lesen. Auch das grundsätzliche Wissen des Klägers um Aktien und der Umstand, dass ihm eine Bank eine Verzinsung von 4,5 % versprach, während der Berater für eine sichere Anlage das Doppelte in Aussicht stellte, hätte den Kläger zu besonderer Vorsicht veranlassen müssen. Dass die Gesprächsnotizen (unter Umständen) zeitlich kurz nach den Kaufaufträgen gefertigt wurden, schadet schon deshalb nicht, weil die Vertragserklärungen des Klägers noch nicht der Depotbank als Erklärungsempfängerin zugegangen, sondern noch in der Sphäre des Klägers und somit widerruflich waren. Außerdem hätte der Kläger die Risikohinweise schon anlässlich des Ansparplans im Jahr 2005, somit jedenfalls vor den gegenständlichen Investitionen, zur Kenntnis nehmen können.

Das Verschulden des professionell und entgeltlich agierenden Beraters, der sich sogar über die eigenen Vorgaben in der Gesprächsnotiz eklatant hinweggesetzt hat, wiegt gegenüber der Sorglosigkeit des Klägers jedoch eindeutig schwerer, sodass eine Verschuldensteilung 2:1 zu Lasten der Beklagten angemessen ist.

Die Beklagte hat dem Kläger somit zwei Drittel des für die fehlerhaft vermittelten

Wertpapiere aufgewendeten Betrages einschließlich der Depotgebühren und abzüglich der Verkaufserlöse und der Dividende, somit zwei Drittel von € 73.809,98, das sind € 49.206,65 zu zahlen. Im Gegenzug erhält die Beklagte zwei Drittel der vermittelten Wertpapiere. Der Kläger hat ein Drittel des Schadens selbst zu tragen, das bedeutet aber auch, dass ihm ein Drittel der den Schaden bildenden Wertpapiere bleiben.

Die gesetzlichen Zinsen stehen bei Schadenersatz mangels anderer Behauptungen erst mit Zustellung der Klage, nicht schon mit deren Einbringung, zu.

Das Eventualbegehren wurde nur für den Fall erhoben, dass das Gericht zur Ansicht käme, Naturalrestitution sei nicht möglich. Dies ist nicht der Fall, sodass trotz Teilabweisung des Hauptbegehrens über das Eventualbegehren nicht zu entscheiden war.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 43 Abs 1 ZPO. Der Kläger ist mit rund 63 % seines Begehrens durchgedrungen, erhält somit 63 % der Pauschalgebühr und 26 % seiner sonstigen Kosten ersetzt.

Zu Recht beanstandet die Beklagte die vom Kläger als „Scan/Kopien“ verzeichneten Barauslagen. Zunächst verstößt das Kostenverzeichnis hinsichtlich dieses Punktes gegen § 54 Abs 1 ZPO, weil es offen lässt, ob die Barauslagen nun für eingescannte oder doch kopierte Unterlagen verzeichnet werden, somit dieser Punkt unbestimmt bleibt. Weiters fehlt auch die vom Gesetz verlangte Bescheinigung dieser Auslagen. Auch der Satz, wonach der Aufwand für die Herstellung aller Kopien mit einem Ansatz von € 0,80 (gemeint wohl pro Seite) in das Kostenverzeichnis aufgenommen wurde, hilft nicht weiter, weil die Division von € 55 durch € 0,80 keine ganze (Seiten-)Zahl ergibt. Im Übrigen sind die Kosten für das Einscannen von Dokumenten durch den Rechtsanwalt zur Vorlage an das Gericht vom Verdienst des Rechtsanwalts umfasst. Für ihre Einwendungen gegen das Kostenverzeichnis steht der Beklagten kein Kostenersatz zu. Im Übrigen war gemäß § 54 Abs 1a ZPO das Kostenverzeichnis des Klägers der Kostenentscheidung ungeprüft zu Grunde zu legen.

Handelsgericht Wien
1030 Wien, Marxergasse 1a
Gerichtsabteilung 16.3, am 11.8.2010

Mag. Harald Wagner
Richter
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG