



Im Namen der Republik

Das Handelsgericht Wien hat durch den Richter HR Dr. Rainer Geißler in der Rechtssache der klagenden Partei [REDACTED], Pensionistin, [REDACTED] [REDACTED] 4020 Linz, vertreten durch Dr. Gerhard Deinhofer, Dr. Friedrich Petri und Dr. Benedikt Wallner, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei **Fundpromotor Investment AG**, Mariahilfer Straße 123/7. Stock, 1060 Wien, vertreten durch Neumayer, Wallner & Haslinger Rechtsanwälte-Partnerschaft in Wien wegen € 45.514,60 samt Anhang

I. den **Beschluss** gefasst:

Der Schriftsatz der beklagten Partei vom 21.4.2009 samt Urkundenvorlage und Beweisanträgen (ON 13) wird zurückgewiesen, da er nach Schluss der Verhandlung (§ 193 Abs 1 ZPO) eingebracht wurde.

II. nach öffentlicher mündlicher Verhandlung **zu Recht erkannt**:

1.) Die beklagte Partei ist **schuldig**, der klagenden Partei € 26.668,31 binnen 14 Tagen Zug um Zug gegen Rückgabe von 1497 Stück Zertifikate der Meinl European Land Ltd. (nunmehr Atrium European Real Estate) zu zahlen.

2.) Die beklagte Partei ist **schuldig**, der klagenden Partei € 1.669,12 samt 4 % Zinsen seit 2.6.2008 binnen 14 Tagen zu zahlen.

3.) Das Klagebegehren, die beklagte Partei sei überdies schuldig, der klagenden Partei weitere € 15.325,24 Zug um Zug gegen Rückgabe von weiteren 748 Stück Zertifikate der Meinl European Land Ltd. (nunmehr Atrium European Real Estate), sowie weitere € 1.851,93 samt 4 % Zinsen seit 2.6.2008, jeweils binnen 14 Tagen zu zahlen, wird **abgewiesen**.

4.) Das Eventualbegehren, es werde festgestellt, dass die beklagte Partei aus dem zwischen den Streitparteien im Rahmen der Anlageberatungsgespräche geschlossenen Vermittlungs- und Beratungsvertrag vom 8.11.2006 für alle sich künftig ergebenden Schäden aus der Veranlagung in die 2245 Stück MEL-Zertifikate der Meinl European Land Limited hafte, wird **abgewiesen**.

5.) Die beklagte Partei ist **schuldig**, der klagenden Partei zu Handen ihrer Vertreter die mit € 2.820,58 (darin € 350,56 USt und € 717,24 Barauslagen) bestimmten Kosten des Verfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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

Im November 2006 erwarb die Klägerin über Vermittlung von [REDACTED] 2245 Stück Aktien vertretende Zertifikate der (damaligen) Meinl European Land Ltd. (im Folgenden MEL-Zertifikate) zum Kurs von € 17,38 je Zertifikat zuzüglich 2,5% Ausgabeaufschlag.

Mit Klage vom 11.8.2008 beehrte die **Klägerin**, die Beklagte zur Zahlung von € 41.993,55 Zug um Zug gegen Rückgabe der 2245 Stück MEL-Zertifikate, weiters zur Zahlung von € 3.521,50 samt 4 % Zinsen seit 2.6.2008 sowie zum Kostenersatz zu verurteilen. In eventu wurde die Feststellung begehrt, dass die Beklagte für alle künftig sich ergebenden Schäden aus der Veranlagung in die 2245 Stück MEL-Zertifikate hafte. Dazu brachte sie im Wesentlichen vor, dass die Vermögensberaterin

■■■■■ für die Beklagte, ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen, tätig gewesen und daher dieser zuzurechnen sei.

Die Klägerin sei vom Land in die Stadt gezogen, habe ihre alte Wohnung verkauft, eine neue Wohnung gekauft und sich vom Differenzbetrag eine finanzielle Rücklage für das Alter schaffen wollen. Die Klägerin sei krankheitsbedingt als „Mindestrentnerin“ in Pension gewesen und habe noch eine geringfügige Beschäftigung ausgeübt.

■■■■■ ■■■■■ habe die Verhältnisse der Klägerin gekannt und ihr als besonders sichere Anlagemöglichkeit die Anschaffung von MEL-„Aktien“ geschildert. Demnach verfügte die Gesellschaft über umfangreiche Immobilienbestände als Garantie und es könnte mit einem Ertrag bis zu 11 % im Jahr gerechnet werden. ■■■■■ ■■■■■ habe der Klägerin vorgeschlagen, zur Anschaffung der MEL-Zertifikate einen endfälligen Fremdwährungskredit in Schweizer Franken bei der Oberbank im Gegenwert von € 42.000,00 aufzunehmen. Dessen Zinsen könnten aus den Erträgen von Aktienfonds, die mit dem verbliebenen Betrag aus dem Wohnungsverkauf angeschafft werden sollten, bestritten werden. Die Klägerin sei diesen Vorschlägen gefolgt.

Hätte die Klägerin zu diesem Zeitpunkt gewusst, dass die MEL-Zertifikate schon auf Grund ihrer Konstruktion sowie der vertraglichen und personellen Verflechtungen zwischen der Meisl Bank AG und der Emittentin eine Missbrauchsgeneignetheit aufweisen; dass die Emittentin nicht in Österreich, sondern auf Jersey ihren Sitz habe; dass es sich bei den Papieren nicht um Aktien, sondern um Zertifikate handle; oder dass die Papiere nicht auf Grund ihrer (bloß vermeintlichen) Mündelsicherheit besonders risikoarme Papiere seien, sondern möglicherweise auch einen negativen Verlauf nehmen könnten, so hätte sie diese Wertpapiere nicht erworben und auch nicht den Fremdwährungskredit aufgenommen. Zwischen den Streitparteien habe ein Beratungs- und Vermittlungsvertrag bestanden, auf Grund dessen die Beklagte bzw. die ihr zuzurechnende ■■■■■ ■■■■■ die Klägerin über diese Umstände, die ihr aus den Kapitalmarktprospekten ersichtlich gewesen seien, aufklären hätte müssen. Auf Grund der persönlichen und finanziellen Situation der Klägerin hätte man ihr nur risikoarme Wertpapiere empfehlen dürfen. Die Risikohinweise in den ausgefüllten Formularen seien nicht erläutert worden, im Vertrauen auf die Zusagen von ■■■■■

■■■■ habe die Klägerin diese auch nicht durchgelesen. Die ausgefüllten Formulare mit den Risikohinweisen seien der Klägerin auch nicht ausgefolgt worden. Weiters hätte ■■■■ ■■■■ der Klägerin von der Kreditfinanzierung eines Wertpapierkaufes abraten müssen und ihr nicht eine solche empfehlen bzw sogar den Kredit vermitteln dürfen. Die Beklagte bzw die ihr zuzurechnende ■■■■ ■■■■ habe grob fahrlässig gehandelt.

Nach einer anfänglichen Kurssteigerung sei es im Juni/Juli 2007 zu einem Kurssturz gekommen, nach dem die Papiere nur mehr bei ca € 15,00 und damit deutlich unter dem Ankaufsniveau gestanden seien. In der Folge sei der Kurs weiter gefallen und stehe bei Klagseinbringung im Bereich von € 6,00 bis € 8,00. Trotz der ständigen Kursverluste und der sich abzeichnenden Immobilienkrise habe die Beklagte niemals mit der Klägerin Kontakt aufgenommen. Einer Verkaufsempfehlung zur Schadensvermeidung wäre die Klägerin gefolgt. Die Beklagte habe damit auch gegen ihre weitere Beratungsverpflichtung (eine vertragliche Nebenpflicht) verstoßen. Der Schaden sei jedoch bereits durch den Erwerb einer nicht risikolosen Anlage entstanden, sodass es auf die Gründe des späteren Kursverfalls nicht ankomme.

Begehrt werde daher (insbesondere aus dem Titel des Schadenersatzes in Form der Naturalrestitution) der Ersatz des Vertrauensschadens Zug um Zug gegen Rückgabe der klagsgegenständlichen MEL-Zertifikate. Die MEL-Zertifikate seien zu einem Preis von insgesamt € 39.993,55 erworben worden, weiters seien der Klägerin Spesen in Höhe von € 2.000,00 verrechnet worden, woraus sich der Klagsbetrag von € 41.993,55 errechne. Außerdem schulde die Beklagte der Klägerin die tatsächlich bezahlten Zinsen und Spesen für den Fremdwährungskredit (den die Klägerin bei richtiger und umfassender Aufklärung nicht aufgenommen hätte) in der Höhe von bislang € 3.521,05, weshalb deren Zahlung samt 4 % Zinsen seit 2.6.2008 begehrt werde.

Zum Feststellungs-Eventualbegehren brachte die Klägerin vor, dass das schädigende Ereignis bereits stattgefunden habe, ein Schaden möglich, aber noch nicht feststellbar sei. Ein Verkauf der Papiere zum jetzigen Zeitpunkt würde gegen die Schadenminderungspflicht verstoßen, die Beklagte habe es abgelehnt, ein Haftungsanerkentnis abzugeben, ein Feststellungsinteresse der Klägerin sei daher evident.

Die **Beklagte** beantragte kostenpflichtige Klagsabweisung, wendete mangelnde Passivlegitimation, fehlendes Verschulden, Verletzung der Schadensminderungspflicht sowie Mitverschulden der Klägerin ein. Dazu brachte sie im Wesentlichen vor: ■■■■■ ■■■■■ habe die gegenständlichen Papiere nicht im Namen der Beklagten sondern im eigenen Namen vertrieben und sei daher der Beklagten nicht zuzurechnen. Weiters habe ■■■■■ ■■■■■ nicht schuldhaft gehandelt, da sie der Klägerin ein Gutachten sowie ein Factsheet der Meinl Bank über die Mündelsicherheit der Veranlagung zur Verfügung gestellt habe, die auch den Risikohinweis hinsichtlich eines Gesamtverlustes enthalten. Es sei nicht die Risikolosigkeit der Veranlagung behauptet worden, sondern mittleres Risiko angegeben worden. Die Klägerin habe bereits zuvor in hochriskante Wertpapiere investiert, weshalb nicht davon ausgegangen werden könne, dass sie eine risikolose Anlage gewünscht habe. Selbst bei Bekanntgabe des hohen Risikos hätte die Klägerin in die MEL-Zertifikate investiert. Hätte die Beklagte in andere Aktienfonds investiert, so wären diese mittlerweile ebenso zumindest um 60 % im Wert gefallen. Die Beklagte hafte vereinbarungsgemäß als Erfüllungsgehilfin der Meinl Success Finanz AG nicht für leichte Fahrlässigkeit.

Der Fremdwährungskredit sei von ■■■■■ ■■■■■ und nicht von der Beklagten vermittelt worden. Dieser habe nicht der Anschaffung von MEL-Zertifikaten, sondern dem Kauf anderer Wertpapiere gedient. Die Beklagte habe keine Kenntnis darüber gehabt, dass der Ankauf der MEL-Zertifikate kreditfinanziert gewesen sein soll.

Der Kursverfall der MEL-Zertifikate sei auf Grund von Marktmanipulation unter Verletzung des BörseG erfolgt: Entgegen den Angaben in den Verkaufsprospekten und Berichten der Meinl Bank AG sei es bei einem Drittel der Papiere nicht möglich gewesen, diese zu platzieren, sodass diese indirekt von der Meinl Bank bzw der Emittentin zurückgekauft worden seien. Weiters sei ein Drittel des Kapitals in Form von nur teilweise einbezahlten Aktien (partly paid shares) zu Lasten der Publikumsanleger von nur einer Gesellschaft gezeichnet worden. Im Ergebnis sei das Kapital der Gesellschaft nicht nur für Immobilieninvestitionen, sondern zur eigenen Kurspflege eingesetzt worden.

Der Berater müsse nicht über ein jeder Gesellschaft immanentes Missbrauchsrisiko aufklären. Das Immobilienportfolio der Emittentin habe nicht an Wert verloren; keines der Risiken, die bei Immobilieninvestitionen bestehen

(Wertänderungsrisiko, Leerstehungsrisiko, Verlust veranlagter Papiere eines Immobilienfonds), sei eingetreten. So sei der Kurs der Papiere nicht im Zuge der US-Immobilienkrise, sondern erst nach Bekanntwerden des Aktienrückkaufprogramms gefallen. Eine Verpflichtung, im Zuge der Immobilienkrise den Verkauf der Papiere zu empfehlen, habe somit nicht bestanden. Darüber hinaus habe kein laufender Beratungsvertrag bestanden.

Die Klägerin habe ihre Schadensminderungspflicht verletzt, weil sie den Kauf der MEL-Zertifikate nicht gegenüber der Verkäuferin Meinel Bank AG wegen Irrtums angefochten habe. Weiters treffe sie ein Mitverschulden, weil sie die Formulare ohne Beachtung der Risikohinweise unterschrieben habe. Auf Grund der Einstufung als „mittleres Risiko“ habe ihr auch die Risikoträchtigkeit der Papiere bekannt sein müssen.

Das (Eventual-)Feststellungsbegehren sei angesichts des Klagsvorbringens verfehlt.

Beweis wurde erhoben durch Einvernahme der Klägerin als Partei (ON 12 S 2ff), der Zeugen ■■■■■ ■■■■■ (ON 10 S 3ff) sowie durch Einsichtnahme in die vorgelegten Urkunden (.A bis .S sowie .1 - .12), insbesondere den Konto- und Depoteröffnungsantrag/Kaufauftrag vom 2.11.2006 (.A, .M), das Anlegerprofil vom 2.11.2006 (.B, .M), den Kreditvertrag vom 8.11.2006 (.D, .5), den Finanzierungsvorschlag Endfinanzierung vom 4.7.2006 (.Q), die Kontoauszüge der Klägerin zum Verrechnungskonto (.R), die Kaufbestätigung der Meinel Bank AG vom 17.11.2006 (.S) und das Sachverständigengutachten des Univ.-Doz. MMag. Dr. Philip Göth über die „Eignung von Aktien der Meinel European Land Limited zur Mündelgeldveranlagung“ (.1).

Demnach steht folgender **Sachverhalt** fest:

Die Klägerin war zum Zeitpunkt des Ankaufs der MEL-Zertifikate 58 Jahre alt. Sie war mit Unterbrechungen zehn Jahre als Volksschullehrerin tätig und seit 1992 in Erwerbsunfähigkeitspension. Daneben arbeitete sie auf geringfügiger Basis in einem Call-Center. Sie hatte ein verfügbares Nettomonatseinkommen von ca € 1000,00.

■■■■■ ■■■■■ ist eine selbständige Vermögensberaterin. Sie verfügt über keine Konzession nach dem Wertpapieraufsichtsgesetz und wickelte daher die Beratung

und Vermittlung betreffend Wertpapierprodukte über verschiedene konzessionierte Wertpapierdienstleistungsunternehmen ab, darunter auch die Beklagte. Darüber hinaus war sie auch für ein Immobilienbüro tätig. Die dargestellten persönlichen und finanziellen Verhältnisse der Klägerin waren ■■■■■ ■■■■■ bekannt.

Die Klägerin ist im Frühjahr 2006 vom Land nach Linz gezogen, dabei verkaufte sie ihre alte Wohnung und kaufte eine billigere neue, die erzielte Kaufpreisdifferenz lag bei mehreren zehntausend Euro. ■■■■■ ■■■■■ die die Klägerin im Zuge einer Wohnungsbesichtigung kennengelernt hatte, vermittelte ihr eine Zwischenfinanzierung für die Wohnungstransaktionen bei der Oberbank AG in der Höhe von € 102.000,00 (./3). Außerdem beriet sie die Klägerin über die Veranlagung des verbliebenen Erlöses aus dem Wohnungsverkauf. Nach eingehender Beratung vermittelte sie ihr schließlich im Namen der Beklagten den Kauf von Anteilen an sieben verschiedenen Fonds um insgesamt ca € 25.000,00, der im Juli 2006 ausgeführt wurde. Dabei füllte sie ein Beratungsprotokoll (./H) aus, das unter anderem deutlich darauf hinwies, dass Vertragspartner des Kunden nur die Beklagte sei, und diese für die Erfüllung der Berater- und Vermittlerpflichten des Vermittlers einstehe. Die Klägerin verfolgte die Kursentwicklung auf der Internetseite der Beklagten und tätigte bis Juni 2008 mehrfach An- und Verkäufe von Wertpapieren (./4, Klägerin). Insgesamt entwickelte sich diese Veranlagung deutlich positiv für die Klägerin. Im Oktober 2006 verkaufte die Klägerin auf Anraten von ■■■■■ ■■■■■ Anleihen, die sie von ihrer Mutter geerbt hatte, und erwarb AvW-Wertpapiere um ca. € 13.000,00. ■■■■■ ■■■■■ war damals der Meinung, dass diese Investition ein mittleres Risiko darstelle, geht aber mittlerweile von einem hoch riskanten Geschäft aus.

Über weitere Erfahrungen mit Wertpapieren verfügte die Klägerin nicht.

Bereits im Rahmen der Wohnungsbesichtigungen im Frühjahr 2006 sprach ■■■■■ ■■■■■ die Klägerin im Hinblick auf eine mögliche Investition in MEL-Zertifikate an. Zugleich mit dem Angebot der Oberbank AG über die Zwischenfinanzierung holte sie am 4.7.2006 auch eines für einen endfälligen CHF-Fremdwährungskredit in der Höhe von € 46.500,00 ein (./Q), der unter anderem durch die Verpfändung des Guthabens von € 50.000,00 in Form einer noch zu spezifizierenden Veranlagung gesichert werden sollte. Zu diesem Kredit kam es jedoch nicht. Da die ursprünglich vermittelten Wertpapiere eine gute Entwicklung nahmen, sprach ■■■■■ ■■■■■ die

Klägerin wiederholt darauf an, dass von diesen Erträgen die Zinsen eines Kredites finanziert werden könnten, mit dem weitere Wertpapiere, im Besonderen MEL-Zertifikate, erworben werden könnten. In der Folge holte sie am 24.10.2008 ein weiteres Angebot der Oberbank AG für einen CHF-Fremdwährungskredit in der Höhe von € 30.000,00 ein (./6), der jedoch ebenfalls nicht zu Stande kam.

Auf Grund der positiven Entwicklung ihrer bisherigen Investitionen in Anleihen sowie der stetig positiven Entwicklung der MEL-Zertifikate, weiters auf Grund der Information seitens ■■■■■ ■■■■■ dass MEL-Zertifikate eine mündelsichere Anlage seien und dass sie 11 % Ertrag bei Sicherheit der Investition bieten würden, entschloss sich die Klägerin schließlich zum Kauf von MEL-Zertifikaten im Gegenwert von ca. € 40.000,00 (inkl. Ausgabeaufschlag). ■■■■■ ■■■■■ ging bei ihrer Beratung davon aus, dass es sich beim Erwerb von MEL-Zertifikaten um eine direkte Investition in Immobilien (nämlich ein breit gestreutes Portfolio von Supermärkten in Osteuropa), sogar Anteile an Immobilien handelte. Sie war sich über die tatsächliche Natur der Wertpapiere, etwa ob es sich um Aktien, Anteile an Fonds oder etwas anderes handle, nicht im Klaren, ebensowenig darüber, dass die MEL Ltd eine Aktiengesellschaft in Jersey ist, die dem dortigen Aktienrecht und nicht dem österreichischen unterliegt. Jedenfalls war sie der Meinung, dass es sich um Papiere handelte, für die auf Grund des Immobilieninvestments die üblichen Risikohinweise bei Aktienkäufen nicht galten. ■■■■■ ■■■■■ verfügte über das Sachverständigengutachten des Univ.-Doz. MMag. Dr. Philip Göth über die „Eignung von Aktien der Meinl European Land Limited zur Mündelgeldveranlagung“ (./1), weshalb sie von der Mündelsicherheit der Anlage ausging. Das einzige Risiko, das ■■■■■ ■■■■■ in den MEL-Zertifikaten erblickte, war jenes der schwierigen Rechtslage in Russland, wo sich einige der Supermärkte im Portfolio der MEL befanden. Auch über dieses Risiko klärte sie die Klägerin nicht auf, sondern strich die Sicherheit der Investition in Immobilien, die nur im Fall des Ausbruchs eines Weltkrieges gefährdet wäre, sowie den zu erwartenden Ertrag hervor.

Zur Abwicklung des Zertifikatekaufs setzte ■■■■■ ■■■■■ ein von der Meinl Success Finanz AG aufgelegtes Formular (./A, ./M) ein, das unter V. (Erklärungen des Anlegers) unmittelbar über der Unterschrift des Anlegers unter anderem folgenden Text aufweist (Punkt 9. ist durch Fettdruck hervorgehoben.):

„(...)

4. Ich (Wir) bestätige(n), eine vollständige Durchschrift dieses Auftrages erhalten zu haben. (...)

9. Die Haftung der Meinl Bank und der Meinl Success Finanz AG sowie der für sie tätigen Personen im Zusammenhang mit diesem Auftrag und ihrer Ausführung ist auf grobe Fahrlässigkeit bzw. Vorsatz beschränkt. Eine weitergehende Haftung ist ausgeschlossen. (...)

11. Ich (Wir) nehme(n) zur Kenntnis, dass es im Zusammenhang mit der Einführung der Wertpapiere einen Prospekt gem. KMG gibt, der mir (uns) auf Wunsch übergeben wird, aber auch in den Räumen der Meinl Bank zur Einsicht aufliegt bzw. auf der Homepage der Meinl Bank www.meinlbank.com als download zur Verfügung steht

12. Ich (Wir) bestätige(n) gemäß den umseitigen Risikohinweisen über die allgemeinen Risiken bei Wertpapiergeschäften sowie die besonderen Risiken hinsichtlich der antragsgegenständlichen Wertpapiere gemäß Punkt II. vom Vertriebspartner aufgeklärt worden zu sein. (...)

Die Rückseite des Formulars enthält unter der Überschrift „Risikohinweise gemäß § 13 WAG“ unter anderem folgenden Text:

„i) Besondere Risiken beim Kauf von Wertpapieren auf Kredit

Der Kauf von Wertpapieren auf Kredit stellt generell ein erhöhtes Risiko dar. Der aufgenommene Kredit muss unabhängig vom Erfolg des Investments zurückgeführt werden. Die Kreditkosten schmälern außerdem den Ertrag und damit die Gewinnchancen ganz erheblich. Insbesondere für Privatanleger ist von fremdfinanzierten Veranlagungen dringend abzuraten.“

Weiters enthält die Rückseite des Formulars unter der Überschrift „Spezielle Risikohinweise für Aktien der Meinl European Land Limited“ unter anderem

folgenden Text:

„Aktien sind Wertpapiere und verkörpern Mitglieds- und Teilhaberrechte an einer Gesellschaft. (...) Die Kursentwicklung der Aktie hängt daher sowohl von 'inneren Faktoren', wie etwa der Wertentwicklung angekaufter Immobilien, als auch 'äußeren Faktoren', wie etwa der Nachfrage auf dem Aktienmarkt, die zueinander in Wechselbeziehung stehen. (...) Ungünstigenfalls, etwa bei Zusammentreffen mehrerer negativer Entwicklungen auf dem Immobilien- und/oder Wertpapiermärkten besteht auch das Risiko eines Teilverlustes bis hin zum Gesamtverlust des eingesetzten Kapitals. Meinl European Land Limited ist eine nach Jersey-Recht gegründete und geführte Kapitalgesellschaft. (...)“

Am 8.11.2006 füllte ■■■■■ ■■■■■ für die Klägerin dieses Formular (.A, .M) sowie ein Anlegerprofil (.B, .M) aus. Auf den Anlegerprofil gab sie als Risikobereitschaft „mittel“ an und erklärte, dass der Kaufantrag sonst von der Meinl Bank nicht akzeptiert werde. Sie ging davon aus, dass sich das mittlere Risiko aus der Investition in russische Immobilien ergebe. Die Klägerin unterzeichnete beide Formulare, las sich jedoch die Erklärungen und Risikohinweise (insbesondere die oben wiedergegebenen) nicht durch. ■■■■■ ■■■■■ wies die Klägerin nicht auf diese Erklärungen und Risikohinweise hin und besprach sie nicht mit der Klägerin. Hinsichtlich der Warnung vor kreditfinanzierten Wertpapierkäufen ging sie davon aus, dass diese im gegenständlichen Fall auf Grund der vermeintlichen Investition in Immobilien nicht zutreffe. Die „Speziellen Risikohinweise für Aktien der Meinl European Land Limited“ kannte ■■■■■ ■■■■■ selbst nicht. Sie ging davon aus, dass es sich bei dem „Prospekt“ nach Punkt 11. der „Erklärungen des Anlegers“ um den Werbeprospekt handelte, der ihr von der Meinl Finanz Success AG zur Verfügung gestellt wurde und den sie der Klägerin übergab.

Ebenfalls am 8.11.2006 unterzeichnete die Klägerin über Empfehlung von ■■■■■ ■■■■■ einen Kreditvertrag mit der Oberbank AG über Schweizer Franken im Gegenwert von € 42.000,00 (.5, .D). Der Kredit wurde auf zehn Jahre abgeschlossen und ist endfällig gestaltet. Als Tilgungsträger ist das Wertpapierdepot

bei der AVW Management Beteiligungs AG („Zahlungen € 13.677,81“) sowie jenes bei der Meinel Bank AG („Zahlungen € 50.000,00“) angegeben. Als Sicherheiten wurden im Kreditvertrag sämtliche Wertpapiere in diesen Depots (und damit auch die gegenständlichen MEL-Zertifikate) verpfändet. Die im Kreditvertrag bzw seinen Beilagen enthaltenen Risikohinweise (insbesondere zum Wechselkursrisiko und Tilgungsträgerisiko) hat die Klägerin nicht gelesen.

Als Verrechnungskonto für den Kreditvertrag wurde das bestehende Konto der Klägerin bei der Oberbank AG herangezogen. Mit Wertstellung 9.11.2006 überwies die Klägerin € 40.000,00 an die Meinel Bank AG zum Ankauf der MEL-Zertifikate, mit Wertstellung vom 10.11. und 15.11.2006 nutzte sie in zwei Teilen den Fremdwährungskredit im Gegenwert von € 26.136,98 und € 15.557,72 (in Summe € 41.692,70) aus. In der Folge nahm die Klägerin von diesem Verrechnungskonto mehrere Auszahlungen bzw Überweisungen bis zu € 1.570,00 vor, deren Verwendungszweck nicht festgestellt werden konnte. Jeweils zum Ende eines Quartals wurde über dieses Verrechnungskonto der Kontoabschluss (Zinsen und Spesen) des Fremdwährungs-Kreditkontos abgerechnet, also das Verrechnungskonto mit dem Gegenwert des Kreditkontoabschlusses in Euro belastet. Es waren dies

- für das (Rest-)Quartal IV/2006 € 178,02
- für das Quartal I/2007 € 330,84
- für das Quartal II/2007 € 352,75
- für das Quartal III/2007 € 390,67
- für das Quartal IV/2007 € 408,69
- für das Quartal I/2008 € 425,77
- für das Quartal II/2008 € 416,97

somit in Summe € 2.503,68. Eine darüber hinausgehende Verrechnung oder Zahlung von Zinsen oder Spesen für den Fremdwährungskredit konnte nicht festgestellt werden.

Am 17.11.2006 wurde der Kauf von 2245 Stück „Meinel European Land Limited Aktien“ (ISIN: AT0000660659) zum Kurs von € 17,38, also einem Gesamtwert von € 39.018,10 zuzüglich sonstigen Spesen (Ausgabeaufschlag 2,5%) in der Höhe von

€ 975,45, also insgesamt € 39.993,55 ausgeführt. Dass darüber hinaus für den Wertpapierkauf weitere Spesen verrechnet oder bezahlt worden wären, konnte nicht festgestellt werden.

Die von der Klägerin unterzeichneten Formulare (.A, .B, .M) wurden ihr am 8.11.2006 irrtümlich nicht ausgefolgt. Erst über Beratung durch die Arbeiterkammer forderte die Klägerin von ■■■■■ ■■■■■ am 14.9.2007 die Übergabe dieser Unterlagen.

Die weitere Entwicklung der MEL-Zertifikate verfolgte die Klägerin nicht. Sie telefonierte fallweise mit ■■■■■ ■■■■■ die ihr erklärte, dass sich die Zertifikate erwartungsgemäß entwickelten.

■■■■■ ■■■■■ hatte keine direkte Vereinbarung mit der Meinl Finanz Success AG (jener Gesellschaft, die für die Meinl Bank AG den Vertrieb der MEL-Zertifikate abwickelte). Sie hatte die Möglichkeit, den Kaufantrag über verschiedene Wertpapierdienstleistungsunternehmen (die jeweils direkte Vereinbarungen mit der Meinl Finanz Success AG hatten), einzureichen. Die Provision wurde ihr in jedem Fall auf Grund der Vereinbarung zwischen der Meinl Finanz Success AG und dem jeweiligen Wertpapierdienstleistungsunternehmen direkt von der Meinl Finanz Success AG ausbezahlt. Da sie bereits die früheren Wertpapiergeschäfte der Klägerin über die Beklagte abgewickelt hatte, entschied sie sich dazu, dies auch in diesem Fall zu tun. Die entsprechenden Hinweise auf die Beklagte brachte ■■■■■ ■■■■■ jedoch erst im Nachhinein, vor der „Einreichung“, auf den Formularen (.A, .B, .M) an. Die Klägerin ging auf Grund auf Grund einer früheren Aussage von ■■■■■ ■■■■■ und der Abwicklung der früheren Wertpapiergeschäfte über die Beklagte davon aus, dass auch der Kauf der MEL-Zertifikate über die Beklagte laufen sollte. Konkret besprochen wurden die Vertragsrollen jedoch nicht, und die Klägerin hatte auch keine bestimmten Vorstellungen oder Präferenzen.

Hätte ■■■■■ ■■■■■ gewusst, dass die Meinl European Land Limited ihren Sitz auf Jersey hat, hätte sie den Kauf der MEL-Zertifikate nicht empfohlen. Hätte die Klägerin zum Zeitpunkt des Ankaufs gewusst, dass die MEL-Zertifikate nicht die von ■■■■■ ■■■■■ suggerierte Sicherheit besitzen, oder dass es sich bei der Meinl European Land Limited nicht um eine österreichische Gesellschaft handelt, hätte sie keinen Kredit aufgenommen und die Zertifikate nicht erworben.

Der festgestellte Sachverhalt gründet auf nachstehender **Beweiswürdigung**:

Die persönlichen Verhältnisse der Klägerin ergeben sich aus ihrer Aussage und ./6 verso. Sie waren nach den eigenen Worten der Zeugin ██████ bekannt, nicht zuletzt weil die beiden Frauen gemeinsam die ./6 verso ausfüllten.

Dass die Zeugin ██████ keine eigene Konzession für Wertpapiervermittlung hatte, gibt sie selbst zu und wird auch durch die Ausführung der Ankäufe über die Beklagte bewiesen.

Die Feststellungen über die Wohnungstransaktion, die Anschaffung der ersten Wertpapiere durch die Klägerin und deren positive Kursentwicklung, die Veräußerung der ererbten Anleihen und den Kauf von AvW-Papieren folgen den übereinstimmenden Aussagen der beiden Frauen.

Die Feststellung, dass für die Klägerin die wiederholten Äußerungen der Zeugin ██████ über die besondere Sicherheit der MEL-Papiere besonders maßgeblich war, stützt sich nicht nur auf ihre Aussage, sondern wird bestätigt durch das Verhalten der Zeugin, die noch im Prozess glaubte, den Ankauf sicherer Wertpapier vermittelt zu haben - freilich nur deshalb, weil sie über viele bedeutsame Umstände betreffend dieses Papier noch bei ihrer Aussage unrichtig bzw. nicht informiert war. So war ihr nach eigenen Angaben die Rechtsnatur der MEL-Zertifikate nicht bekannt, sie glaubte, diese würden Anteile an Immobilien verbriefen, so wusste sie nicht, dass die Meinl European Land Ltd. ihren Sitz in Jersey hatte, und musste zugeben, dass sie bei Kenntnis dieses Umstands diese Papiere nicht zum Ankauf empfohlen hätte. Sie führte die Risikogeneigntheit, die ihr durch das Ankreuzen von „Risikobereitschaft mittel“ in ./B bewusst sein musste, nur auf die ihrer Meinung nach unsichere russische Rechtslage zurück. Am treffendsten kommt die Uninformiertheit der Zeugin ██████ zum Ausdruck, wenn die Klägerin völlig glaubhaft deponierte, ██████ habe nur einen Weltkrieg als Ursache für eine negative Kursentwicklung der MEL-Papiere für möglich gehalten und dies der Klägerin auch so gesagt. Obwohl die Zeugin aussagte, sie habe im Zeitpunkt der Beratung der Klägerin über das Gutachten ./1 verfügt, hat sie dessen Inhalt offenbar nicht gelesen, weil sie sonst nicht von Mündelsicherheit der Papiere hätte sprechen können, wie dies von der Klägerin glaubhaft ausgesagt wurde.

Angesichts der mangelnden Information der Zeugin ██████ über das von ihr vermittelte Produkt ist einerseits die Aussage der Klägerin besonders glaubwürdig, von ██████ hinsichtlich des Kaufobjekts falsch beraten worden zu sein, andererseits

auch ihre Angabe, bei Kenntnis der wahren Sachlage hätte sie diese Papiere nicht erworben. Beides ist umso überzeugender als die Klägerin eigens zum Erwerb der MEL-Zertifikate einen Kredit aufnehmen musste.

Die Kreditaufnahme durch die Klägerin ist unstrittig. Die Verwendung des Kredits ausschließlich für den Ankauf der MEL-Zertifikate ergibt sich aus der Aussage der Klägerin und der ./ I und R. Spesen im Zusammenhang mit der Kreditaufnahme konnten den vorgelegten Beilagen allerdings nur im festgestellten Ausmaß entnommen werden. Ungeklärt blieb auch die Differenz zwischen Kreditsumme von € 42.000,- und Zahlung von € 40.000,-, weil auch die Klägerin dies nicht erklären konnte und den Unterlagen dazu nichts zu entnehmen ist.

Die Beklagte stellte mehrfach Beweisanträge hinsichtlich der Einholung von Sachverständigengutachten bzw. deren Beischaffung aus einem Strafverfahren.

Soweit sie zum Beweis geführt werden, dass die Einstufung einer börsennotierten Aktie, die angibt, in osteuropäische Einkaufszentren zu investieren, als geringes Risiko nicht fahrlässig sei; dass ein Vermögensberater nicht fahrlässig handle, wenn er dem Kunden ein Gutachten eines gerichtlich beeideten Sachverständigen übergibt oder dass über das Risiko des Missbrauchs von Anlegergeldern nicht aufgeklärt werden müsse, so liegen darin Rechtsfragen, die einem Sachverständigengutachten nicht zugänglich sind.

Soweit die Gutachten zum Beweis dafür eingeholt bzw. beigeschafft werden sollen, dass die bloße Ausformung der Aktie als Zertifikat die Aktionärsrechte nicht beeinträchtigt; dass bestimmte Vorgänge, die in einem vorgelegten Straftat dokumentiert seien, dem Fachpublikum nicht bekannt gewesen seien; worauf die Kursverluste der MEL-Zertifikate zurückzuführen seien bzw. ob deren Kurs manipuliert worden sei oder dass ein anderer von der Klägerin erworbener Aktienfonds zumindest um 60% im Kurs gefallen worden wäre, so sind diese Beweisthemen für das Verfahren nicht erheblich, da der Schaden bereits durch die Vermittlung von Wertpapieren der falschen Risikoklasse eingetreten ist, sodass es auf die Unterschiede zwischen Aktie oder Zertifikat sowie die Gründe des späteren Kursverfalls nicht ankommt, und da festgestellt wurde, dass die Klägerin ohne die Falschberatung keine andere Veranlagung (insbesondere nicht in Aktienfonds) vorgenommen hätte.

Ein Gutachten zur Frage, ob das Gutachten ./1 betreffend die Mündelsicherheit der MEL-Zertifikate richtig oder falsch gewesen sei und ob die Unrichtigkeit einem Vermögensberater erkennbar gewesen sei, war nicht erforderlich, da sich schon aus dem Gutachten selbst ergibt, dass lediglich die „Beimischung von solchen Aktien in ein Portfolio, das nach den Grundsätzen der §§ 230ff ABGB aufgebaut ist“ bei der Veranlagung von Mündelgeld zulässig sei und die Papiere dementsprechend „zu teilweisen Veranlagung von Mündelgeld als geeignet erscheinen“: Selbst unter [REDACTED] einer dem Vermögensberater nicht erkennbaren Unrichtigkeit dieses Gutachtens hätten die MEL-Zertifikate auf dieser Basis vom Vermögensberater bei einem eindimensionalen, kreditfinanzierten Erwerb nicht als „mündelsicher“ dargestellt werden dürfen.

Der von der Beklagten gemäß § 303 ZPO beantragte Vorlageauftrag für das Beratungsprotokoll betreffend den Ankauf der AvW-Genussscheine war nicht erforderlich: Selbst wenn sich daraus ergibt, dass [REDACTED] [REDACTED] bei der Vermittlung der AvW-Genussscheine nicht im Namen der Beklagten tätig war, ändert dies nichts daran, dass die klagsgegenständliche Transaktion (wenn auch nicht unter ausdrücklicher Offenlegung im Einzelfall) für die Beklagte durchgeführt wurde.

Schließlich ist auch der Inhalt des KMG-Prospektes vom Oktober 2006, dessen Vorlage gemäß § 303 ZPO die Klägerin beantragte, nicht relevant, da sich das für die Klägerin nicht adäquate Risiko der MEL-Zertifikate bereits aus den Risikohinweisen in den verwendeten Formularen ergab.

In rechtlicher Hinsicht war zu erwägen:

Zum Zeitpunkt des gegenständlichen Wertpapierkaufes stand das Wertpapieraufsichtsgesetz (WAG), BGBl 1996/753 idF BGBl I 2006/48, in Geltung, das - mangels gegenteiliger Bestimmungen im späteren WAG 2007 – auf den vorliegenden Fall anzuwenden ist (vgl OGH 10 Ob 11/07a). Demnach bedurfte ua die Vermittlung von Geschäftsgelegenheiten zum Erwerb oder zur Veräußerung von Wertpapieren (von hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen) einer Konzession der Finanzmarktaufsichtsbehörde (§ 19 Abs 2 WAG, § 1 Abs 1 Z 19 BWG). Einer solchen Konzession bedurfte jedoch eine natürliche Person dann nicht, wenn sie diese Dienstleistung, „wenngleich selbständig“, ausschließlich im Namen

und auf Rechnung eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens (oder eines anderen berechtigten Institutes) erbrachte. In diesem Fall haftet das Unternehmen für das Verschulden dieser Person gemäß § 1313a ABGB (§ 19 Abs 2a WAG).

Letztere Bestimmung stellt zwar nur die zivilrechtliche Rechtslage klar und schränkt die Gehilfenhaftung auch nicht auf die Fälle des § 19 Abs 2a WAG ein (OGH 6 Ob 249/07x), jedoch verdeutlicht sie das grundsätzliche Regelungsmodell: Natürliche Personen können derartige Dienstleistungen auch ohne eigene Konzession erbringen, sofern sie dies ausschließlich „im Rahmen“ eines konzessionierten Unternehmens tun, das damit unter anderem für die Einhaltung der gesetzlichen Rahmenbedingungen (auch im Rahmen der vertraglichen Haftung) einsteht.

Da ■■■■■ ■■■■■ über keine Konzession verfügte, war ihr die Vermittlung des Kaufs der MEL-Zertifikate nur im Namen eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens möglich, im gegenständlichen Fall war dies die Beklagte. Die notwendige Offenlegung der Stellvertretung erfolgte deutlich im Beratungsprotokoll ./H, das für ein früheres Wertpapiergeschäft erstellt wurde. Die Klägerin ging von einer Abwicklung über die Beklagte auch im gegenständlichen Geschäft aus, da sie ■■■■■ ■■■■■ so verstanden hatte, dass sie alle ihre Geschäfte über die Beklagte abwickle. Für ■■■■■ ■■■■■ war die bestehende Geschäftsverbindung aus einer früheren Wertpapiertransaktion der Klägerin der Grund für die Auswahl der Beklagten. Im Ergebnis schadet es daher auch nicht, dass die Hinweise auf die Beklagte erst nachträglich auf den Formularen vom 8.11.2006 angebracht wurden. Damit besteht zwischen den Streitteilen ein Vertrag über die Beratung und Vermittlung des gegenständlichen Wertpapierkaufs, und die Beklagte haftet gemäß § 1313a ABGB für das Verschulden der ■■■■■ ■■■■■ derer sie sich bei der Erfüllung des Vertrages bedient hat, wie für ihr eigenes.

Wünscht ein Anleger ein risikoarmes Papier, und erwirbt er in Folge einer fehlerhaften Anlageberatung jedoch ein risikoreiches Papier, so liegt der Schaden bereits in dieser ungewollten Vermögensumschichtung, also darin, dass der Anleger etwas anderes (risikoreicheres) in seinem Vermögen hat, als er wollte (OGH 7 Ob 253/97z = ÖBA 1999, 388 mit Anm *Kletecka, Kletecka/Holzinger*, Die Verjährung von Schadenersatzansprüchen aus fehlerhafter Anlageberatung, ÖJZ 2009/69 [630])

mwN).

Im gegenständlichen Fall wollte die Klägerin nachvollziehbar eine risikolose Wertanlage als Vermögensvorsorge, wenn auch mit gewissen Gewinnerwartungen, die im Zusammenhang mit den Zertifikaten geweckt wurden. Dies zeigt sich insbesondere darin, dass die vermeintliche Mündelsicherheit der Anlage letztlich den Ausschlag gab, die Investition zu tätigen. Ein solches Veranlagungsziel ist mit der Vermittlung von Aktien (oder Zertifikaten, die Aktien vertreten) grundsätzlich nicht vereinbar, da ihr Wert – wie schon die auf den von ■■■■■ ■■■■■ verwendeten Formularen ersichtlichen Risikohinweise zeigen – unabhängig von der Art des Vermögens der Aktiengesellschaft prinzipiell im Rahmen des Börsehandels beträchtlichen Schwankungen ausgesetzt sind.

Ob, wann und in welchem Ausmaß die Wertpapiere letztlich tatsächlich im Wert gesunken sind und auf welchen Ursachen dies beruht, ist für die Bestimmung des Schadens irrelevant. Dies betrifft insbesondere die Frage, welches Risiko sich letztlich verwirklicht hat (und ob über dieses spezielle Risiko auch aufgeklärt hätte werden müssen), wenn der Klägerin grundsätzlich Papiere vermittelt wurden, die (auch) mit einem ungewünschten Risiko belegt sind, über das sie hätte aufgeklärt werden müssen.

Zur Frage, ob die Beratung und Vermittlung durch ■■■■■ ■■■■■ rechtswidrig war, kann auf die Bestimmungen des §§ 13, 14 WAG zurückgegriffen werden. § 13 Z 3 und 4 WAG schreibt dabei die schon bisher von der Rechtsprechung und Lehre zu Effektengeschäften insbesondere aus culpa in contrahendo, positiver Forderungsverletzung und dem Beratungsvertrag abgeleiteten Aufklärungspflichten und Beratungspflichten fest; die konkrete Ausgestaltung und der Umfang der Beratung ergibt sich dabei jeweils im Einzelfall in Abhängigkeit vom Kunden, insbesondere von dessen Professionalität, sowie vom ins Auge gefassten Anlageobjekt (zuletzt OGH 9 Ob 32/08h, RIS-Justiz RS0119752). Klarstellend bestimmt auch § 15 Abs 1 WAG dass bei einer Verletzung dieser Pflichten – und zwar schon bei leichter Fahrlässigkeit - Schadenersatz verlangt werden kann (zuletzt OGH 9 Ob 32/08h, RIS-Justiz RS0119753).

So hat der Erbringer der Wertpapierdienstleistung seinem Kunden alle zweckdienlichen Informationen mitzuteilen, soweit dies zur Wahrung der Interessen

des Kunden und im Hinblick auf Art und Umfang der beabsichtigten Geschäfte erforderlich ist (§ 13 Z 4 WAG).

Alleine schon das Unterlassen der Aufklärung über jene Risiken, die in den am verwendeten Formular angeführten Risikohinweisen ausgedrückt werden, ist daher im vorliegenden Fall als rechtswidrig zu qualifizieren. Dies betrifft insbesondere die für die MEL-Zertifikate speziell formulierten Hinweise auf die Abhängigkeit (auch) von der Nachfrage auf dem Aktienmarkt, auf die Möglichkeit des Verlustes des eingesetzten Kapitals und auf das auf die Aktiengesellschaft anwendbare Recht. Die Klägerin hat sich für ■■■■■ ■■■■■ erkennbar nicht mit diesen Risikohinweisen befasst. ■■■■■ ■■■■■ kannte die finanziellen und persönlichen Verhältnisse und damit das Veranlagungsziel der Klägerin, weshalb die Notwendigkeit der Aufklärung über diese Risiken evident war.

Eine Reduktion der Aufklärungspflicht ergibt sich auch nicht durch die früheren, im Ergebnis zum Teil hochspekulativen Wertpapiergeschäfte der Klägerin. So kamen diese damals auch auf Vermittlung von ■■■■■ ■■■■■ zu Stande, die damals selbst bloß von einem mittleren Risiko dieser Geschäfte ausging. Es kann daher keine Rede davon sein, dass die Klägerin bereits hochprofessionell Wertpapiergeschäfte abgewickelt hätte. Und schließlich wäre bei einem evidenten Interesse an nur sicheren Veranlagungsformen jedenfalls darüber aufzuklären, dass es sich bei den gegenständlichen Wertpapieren nicht um solche handelt.

Eine derartig gravierende Fehlberatung, die nicht einmal die Risikohinweise auf dem verwendeten Formular beachtet, sondern im Gegenteil die besondere Sicherheit der Veranlagung hervorstreicht, ist jedenfalls als grob sorgfaltswidrig einzustufen. Dass der Beraterin die genaue Konstruktion des Papiers und das damit verbundene Risiko selbst nicht bekannt war, kann von der Haftung nicht befreien, hat sie doch (und damit auch die Beklagte) als Sachverständige im Sinne § 1299 ABGB für die erforderlichen Kenntnisse einzustehen. Fehlende Kenntnisse wären dem Anlageinteressenten mitzuteilen gewesen (OGH 6 Ob 81/01g; RIS-Justiz RS0108073 [T6]).

Bei diesem Ergebnis kann dahingestellt bleiben, ob die Haftung für leichtes Verschulden auch bezogen auf die Beklagte bzw ■■■■■ ■■■■■ wirksam durch die Erklärungen in Formular ./A (oder allenfalls schon in ./H) ausgeschlossen wurde.

Schließlich liegt auch Kausalität der schädigen Handlung für den eingetretenen Schaden vor, da die Klägerin bei vollständiger und richtiger Beratung die MEL-Zertifikate nicht erworben hätte, dafür auch keinen Kredit aufgenommen hätte und daher (mangels Kapital) gar keine Investition getätigt hätte.

Die Beklagte sieht eine Verletzung der Schadensminderungspflicht der Klägerin darin, dass diese nicht den Kauf der gegenständlichen MEL-Zertifikate gegenüber der Meisl Bank AG als Verkäuferin wegen Irrtums nach § 871 ABGB angefochten hat. Sie bringt dazu vor, dass die Klagsführung zumutbar sei, zumal das OLG Wien bereits die Angaben der Meisl Bank AG als irreführend qualifiziert habe.

Im Unterlassen einer Prozessführung kann zwar grundsätzlich die Verletzung einer Schadensminderungspflicht liegen, es kommt jedoch wesentlich auf die Umstände des Einzelfalles an. Ob eine solche Schadensminderung in der vorliegenden Konstellation auch in einer Irrtumsanfechtung liegen kann, kann aber im Ergebnis dahingestellt bleiben. Der Geschädigte ist nämlich nicht zu gerichtlichen Schritten verpflichtet, die mit einem bedeutenden Kostenrisiko verbunden sind oder geringe Aussichten auf Erfolg haben. Ist die Rechtslage nicht unproblematisch, so liegt keine Verletzung der Schadensminderungspflicht vor, wenn der Rechtsweg nicht beschritten wird (zu alldem OGH 8 Ob 504/04 mwN; RIS-Justiz RS 0018766).

Auch wenn letztlich rechtskräftig die Irreführungseignung bestimmter Werbematerialien für MEL-Zertifikate im Sinne des UWG in einem Verbandsverfahren nach § 14 Abs 1 zweiter Satz UWG festgestellt wurde (siehe OGH 4 Ob 188/08p), so liegt der Erfolg einer allfälligen Irrtumsanfechtung im Sinne des § 871 ABGB nicht auf der Hand: erforderlich wären insbesondere das Vorliegen des (welchen?) Irrtums bei der Klägerin zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, die Verursachung des Irrtums durch die Vertragspartnerin sowie die Wesentlichkeit (bzw Kausalität) des Irrtums. Zu diesen Voraussetzungen für eine erfolgreiche Irrtumsanfechtung bringt die Beklagte nichts vor, sodass letztlich von einer nicht unproblematischen Rechtslage und damit einer riskanten allfälligen Klagsführung gegenüber der Meisl Bank AG auszugehen ist, die der Klägerin nicht zuzumuten ist.

Jedoch trifft die Klägerin aus einem anderen Grund ein Mitverschulden iSd § 1304 ABGB. So hat sie den Ankauf der MEL-Zertifikate beauftragt, ohne die

„Erklärungen des Anlegers“ unmittelbar über ihrer Unterschrift oder die umfangreichen Hinweise auf der Rückseite des Formulars auch nur ansatzweise durchzulesen oder zu hinterfragen. Schon die Lektüre der speziellen Risikohinweise für die MEL-Zertifikate oder der Hinweise betreffend kreditfinanzierte Aktienkäufe hätte die Klägerin von der gegenständlichen Transaktion abhalten müssen, weil sie selbst immer wieder betonte, dass sie bei Kenntnis der dort genannten Umstände vom Kauf Abstand genommen hätte, sodass die Nachlässigkeit der Klägerin ebenso ursächlich für den Schadenseintritt war wie die Fehlberatung.

Die Beraterin hat ihr offenbar versehentlich keine Ausfertigung der unterschriebenen Formulare ausgehändigt. Trotz der offensichtlichen und umfangreichen Hinweise auf den Formularen lag es der Klägerin offenbar nicht daran, sich über die abgegebenen Erklärungen zu informieren: erst über zehn Monate später forderte sie diese Unterlagen von ■■■■■ ■■■■■ ein. Dieses Verhalten kann nur als auffallende Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten aufgefasst werden, die zu einer deutlichen Minderung des Schadenersatzes durch die Beklagte führen muss.

Im Hinblick auf den deutlichen Verschuldensbeitrag seitens der Beklagten (für ■■■■■ ■■■■■ der im wiederholten Versuch, der Klägerin die MEL-Zertifikate zu vermitteln, dem deutlichen Hervorstreichen vermeintlicher Vorteile unter Außerachtlassen (bzw. Unkenntnis) des für die Klägerin nicht adäquaten Risikos und nicht zuletzt in der Empfehlung der Finanzierung durch einen mit weiteren Risiken behafteten Fremdwährungskredit, liegt, ist im Ergebnis die ■■■■■ eines Mitverschuldens der Klägerin in der Höhe eines Drittels und somit eine Schadensteilung im Verhältnis 2:1 zugunsten der Klägerin angemessen.

Aus dem Titel des Schadenersatzes besteht grundsätzlich Anspruch auf Naturalrestitution, bei Tunlichkeit soll demnach alles in den vorigen Stand zurückversetzt werden (§ 1323 ABGB). Der Geschädigte soll so gestellt werden, wie er ohne das schädigende Ereignis stünde. Da der Schaden darin besteht, dass der Klägerin die MEL-Zertifikate in ihrem Eigentum hat, die sie ohne die schädigende Beratung nicht erworben hätte, sind ihr daher die Anschaffungskosten (zuzüglich allfälliger Spesen) Zug um Zug gegen die Rückgabe der Zertifikate zu ersetzen. Dagegen spricht auch nicht, dass die Klägerin die Zertifikate nicht von der Beklagten

erworben hat, ist Anlageberatern doch die Übernahme eines am Markt gehandelten Papiers zumutbar. Damit ist die Situation, wie sie bei von vornherein korrekter Beratung bestünde, am besten nachgebildet. (Vgl zu alledem *P. Bydlinski*, Haftung für fehlerhafte Anlageberatung: Schaden und Schadenersatz, ÖBA 2008, 159 [162] mwN).

Im Falle einer Naturalrestitution ist Voraussetzung für die Berücksichtigung des Mitverschuldens die Teilbarkeit der Ersatzleistung (vgl OGH 6 Ob 169/07g). Eine Forderung ist teilbar, wenn die Leistung teilbar ist, insb wenn sie sich ohne Wertminderung in Teilleistungen zerlegen lässt, die sich von der Gesamtleistung nur in der Größe und nicht in der Beschaffenheit unterscheiden. Die Teilbarkeit richtet sich nach dem Willen der Parteien (*Gamerith* in *Rummeß*, § 889 ABGB Rz 1). Im vorliegenden Fall ist nicht nur die Geldleistung, sondern auch die Leistung der MEL-Zertifikate jedenfalls in einzelne Zertifikate teilbar, zumal auch beim Ankauf der Wertpapiere ihre Anzahl nur nach ihrem Gegenwert bestimmt wurde; mit anderen Worten kommt es den Parteien nicht auf eine bestimmte Stückzahl an, sondern nur dass die Stückzahl dem gewünschten Wert entspricht.

Ausgehend von einer Schadensteilung im Verhältnis 2:1 hat die Klägerin damit einen Anspruch auf zwei Drittel des Kaufpreises gegen Rückgabe von zwei Dritteln der Zertifikate. Damit verbleibt ihr im Ergebnis ein Drittel des Schadens (also der MEL-Zertifikate). Zwei Drittel von 2245 sind (auf Grund der gebotenen Tunlichkeit der Teilung gerundet) 1497 Zertifikate. Dafür sind vom Schädiger jeweils € 17,38 Ankaufspreis zuzüglich 2,5 % Ausgabeaufschlag, somit € 26.668,31 (das sind rund zwei Drittel von € 39.993,55) zu leisten (Spruchpunkt 1). Der abgewiesene Teil der Klagsforderung (Spruchpunkt 3 a) enthält neben dem Ankaufspreis samt Aufschlag für die übrigen 748 Zertifikate (€ 13.325,24) auch die weiteren € 2.000,00 für behauptete, aber im Verfahren nicht festgestellte Spesen.

Die Klägerin begehrt auch den Ersatz der von ihr bislang gezahlten Zinsen und Spesen für den aufgenommen Fremdwährungskredit. Kredit und Wertpapierkauf hängen unmittelbar zusammen: Erwiesenermaßen wurde der Kredit im Gegenwert von ca € 42.000,00 allein für die Anschaffung der MEL-Zertifikate aufgenommen. Dies ergibt sich neben dem zeitlichen Zusammenhang auch aus der Angabe der MEL-Zertifikate als Tilgungsträger sowie deren Verpfändung zur Sicherstellung des

Kredites. Dagegen spricht auch nicht die Angabe weiterer (bereits vorhandener!) Wertpapiere in viel geringerem Ausmaß als (zusätzliche) Tilgungsträger und Pfandobjekte. Da der Kredit ebenfalls von ■■■■■ ■■■■■ zumindest empfohlen wurde, sind Kreditaufnahme und Wertpapierkauf als Einheit anzusehen, was angesichts des gebotenes Abratens von kreditfinanzierten Aktienkäufen das Verschulden der Beklagten deutlich erhöht. Damit besteht ein weiterer Schaden der Klägerin, für den die Beklagte einzustehen hat, darin, dass nunmehr dieser Kredit besteht, zumal die Klägerin ihn bei richtiger Beratung durch ■■■■■ ■■■■■ ebenso nicht aufgenommen hätte.

Die Höhe des festgestellten Schadens war jedoch auf die Abbuchungen im Rahmen der Quartalsabschlüsse des Kreditkontos zu begrenzen, da nur diese ausschließlich dem Fremdwährungskredit zugeordnet werden können. Darüber hinausgehende Spesen, Zinsen oder andere Abgänge des Verrechnungskontos sind mangels konkretisierendem Vorbringens oder Beweisanbotes nicht ersatzfähig. Zum Mitverschulden der Klägerin ist ergänzend zu den obigen Ausführungen festzuhalten, dass die Klägerin sich auch die Risikohinweise im Kreditvertrag nicht durchgelesen hat.

Ausgehend vom festgestellten Schaden durch Kreditzinsen und -spesen in der Höhe von € 2.503,68 waren bei einer Ersatzquote von zwei Drittel daher € 1.669,12 zuzusprechen (Spruchpunkt 2) und das darüber hinausgehende Klagsbegehren abzuweisen (Spruchpunkt 3).

Im Fall einer Teilabweisung des Hauptanspruches ist der Hilfsanspruch (Eventualbegehren) im Allgemeinen auch zu prüfen; es sei denn die Auslegung der Anträge ergibt, dass der Hilfsantrag nur für den Fall einer völligen Anweisung des Hauptantrages gestellt worden ist (zuletzt OGH 9 ObA 121/06v, RIS-Justiz RS0037667). Der Eventualantrag auf Feststellung wurde für den Fall „dass das Klagebegehren aus welchen Gründen auch immer nicht bewilligt wird“ gestellt, weshalb er auch bei Teilabweisung zu prüfen ist (Spruchpunkt 4).

Im Umfang der Klagsstattgebung (also hinsichtlich der Haftung für zwei Drittel) war das Feststellungsbegehren wegen des nunmehr fehlenden Feststellungsinteresses abzuweisen; im Übrigen (hinsichtlich der Haftung für ein weiteres Drittel) erfolgt die Abweisung wegen des Mitverschuldens der Klägerin

(siehe dazu oben).

Die Kostenentscheidung (Spruchpunkt 5) gründet sich auf § 43 Abs 1 ZPO. Nach Zusammenrechnung aller Ansprüche (unter Vernachlässigung des Zinsenbegehrens) ist die Klägerin mit € 28.337,43 von € 45.514,60 durchgedrungen, was einer Obsiegsquote von rund 60% und damit einer saldierten Ersatzquote von 20 % entspricht. Die Beklagte hat damit 20 % der Kosten der Klägerin und 60 % der von dieser getragenen Gerichtsgebühren zu ersetzen.

Der Schriftsatz vom 6.11.2008 (ON 6) ist neben jenem vom 13.10.2008 (ON 4) der zweite vorbereitende Schriftsatz der Klägerin nach der Klagebeantwortung und vor der vorbereitenden Tagsatzung. In dieser Prozessphase sind vorbereitende Schriftsätze nach § 257 Abs 3 ZPO zwar unbeschränkt zulässig, über die Zweckmäßigkeit im Sinne des § 41 ZPO ist damit aber noch nichts gesagt (*Kodek in Fasching/Konecny*² § 257 ZPO Rz 23). Die Klägerin führt in diesem Schriftsatz selbst aus, dass dieser in Erwiderung auf den Schriftsatz der Beklagten vom 3.11.2008 erstattet wird, welcher im Wesentlichen die bereits in der Klagebeantwortung gemachten Ausführungen wiederholt. Soweit der Schriftsatz vom 6.11.2008 also selbst nicht bloß Wiederholungen enthält, hätte das Vorbringen bereits im Schriftsatz vom 13.10.2008 (nach der Klagebeantwortung) erstattet werden können. Der Schriftsatz vom 6.11.2008 war daher nicht zweckmäßig und somit nicht zu honorieren. Auf die Honorierung des Schriftsatzes vom 8.4.2009 (ON 11), der auch eine Vollmachtsbekanntgabe enthält, hat die Klägerin verzichtet, soweit sie über TP1 hinausgeht. Dieser Schriftsatz war daher nur mit TP1 zu honorieren. Im Übrigen war der Ansatz der Klägerin für TP3A beim gegebenen Streitwert geringfügig auf € 735,00 zu korrigieren.

Handelsgericht Wien
1030 Wien, Marxergasse 1a
Abt. 17, am 11.8.2009

Dr. Rainer Geißler
Richter
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG