



REPUBLIK ÖSTERREICH  
Oberlandesgericht Graz

2 R 160709E

22 09 13 1086

Einlaufstempel Landesgerichtes Graz
Eingel.: 1. DEZ. 2009
.....fach.....Hilfsschr. ....Beil.....A

178  
eingelangt am:

04. DEZ. 2009

CABJOLSKY+OTTO  
RECHTSANWÄLTE

**Im Namen der Republik**

Das Oberlandesgericht Graz hat als Berufungsgericht durch die Richter Dr.Kostka (Vorsitz), Dr.Bornet und Mag.Tanczos in der Rechtssache der klagenden Partei

Angestellter,

vertreten durch Cabjolsky & Otto Rechtsanwälte OG in Wien, gegen die beklagten Parteien 1. **AvW Gruppe AG**, Hauptstraße 121, 9201 Krumpendorf, 2. **AvW Invest AG**, Hauptstraße 118, 9201 Krumpendorf, beide vertreten durch Großmann & Wagner RechtsanwaltsgesellschaftmbH in Klagenfurt, und dem Nebenintervenienten auf Seiten der beklagten Parteien

Vermögensberater,

vertreten durch Dr.Thomas Lederer, Rechtsanwalt in Wien,

wegen € über die Berufungen der Beklagten und des Nebenintervenienten gegen das Urteil des Landesgerichtes Klagenfurt vom 26.August 2009, 22 Cg 13/09t-10, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Beiden Berufungen wird **nicht Folge** gegeben.

Die Beklagten sind zur ungeteilten Hand schuldig, dem Kläger zu Handen seiner Vertreterin binnen 14 Tagen die mit € (darin € Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

Die ordentliche Revision gemäß § 502 Abs 1 ZPO ist **nicht zulässig**.

## Entscheidungsgründe:

Der Kläger hat aufgrund von „Kaufaufträgen“ vom 24.1. und 28.3.2006, 11.5. und 18.7.2007 und 25.2.2008 insgesamt Genussscheine der Erstbeklagten durch Vermittlung der Zweitbeklagten, die sich dabei des Nebenintervenienten (NI) bediente, erworben.

Der Kläger beehrte von den Beklagten zur ungeteilten Hand € hilfswise festzustellen, dass die Beklagten ihm für den Schaden haften, der ihm dadurch entsteht, dass ihm beim Verkauf der Genussscheine ein geringerer Betrag als € zufließt.

Die Zweitbeklagte sei als Vermittlerin beim Verkauf der Genussscheine der Erstbeklagten aufgetreten. Für die Zweitbeklagte sei der NI als Finanzdienstleistungsassistent tätig gewesen. Der NI habe den Kläger als Vermögensberater beraten. Anfang 2006 habe der NI dem Kläger den Verkauf von Genussscheinen der Erstbeklagten angeregt. Da der NI die Genussscheine als sicher und überdurchschnittlich lukrativ empfohlen habe, habe sich der Kläger zu deren Kauf entschlossen. In fünf Käufen habe er insgesamt Genussscheine um € erworben. Zusätzlich habe er Spesen von €

insgesamt €                    zu bezahlen gehabt. Zusammen ergebe dies die Klagsforderung. Der NI habe die Risiken nicht aufgezeigt, vielmehr die Genussscheine als sicher, ertragreich und wertbeständig dargestellt. Auch die Informationsfolder der Zweitbeklagten hätten beim Kläger den Anschein erweckt, dass er jederzeit aussteigen könne und innerhalb von zehn Tagen den aktuellen Kurswert, abzüglich Erfolgshonorar, ausbezahlt erhalte. Ihm sei der Anschein erweckt worden, er könne die Genussscheine jederzeit an die Erstbeklagte verkaufen, diese sei verpflichtet, die Genussscheine zum aktuellen Kurswert zurückzukaufen. Am 28.10.2008 habe er die Genussscheine der Erstbeklagten übermittelt und deren Rückkauf begehrt. Die Erstbeklagte habe erklärt, sie sei hiezu nicht verpflichtet und kaufe infolge eines Liquiditätsengpasses nicht zurück. Die jederzeitige Rückverkaufsmöglichkeit sei für seinen Kaufentschluss wesentlich gewesen. Wäre er aufgeklärt worden, dass keine Rücknahmeverpflichtung bestehe, hätte er die Genussscheine nicht gekauft. Das außerordentliche Kündigungsrecht sei nicht abdingbar. Da die Genussscheine an der Börse praktisch nicht mehr handelbar seien, liege ein wichtiger Grund für die außerordentliche Kündigung vor, von dem er Gebrauch mache.

Die Beklagten beantragten die Abweisung der Kla-

gebegehren.

Der Zweitbeklagten mangle es an der Passivlegitimation. Eine Rücknahmeverpflichtung der Erstbeklagten bestehe nicht. Der Kläger sei ordnungsgemäß über alle Risiken aufgeklärt worden. Daraus habe sich klar ergeben, dass keine Rückkaufverpflichtung der Erstbeklagten bestehe. Derartiges sei auch aus den Prospekten nicht ableitbar. Zwischen Kläger und Erstbeklagter sei ein Kündungsverzicht vereinbart worden. Die Klagsforderung sei teilweise (betreffend den ersten Kaufauftrag vom 24.1.2006) verjährt.

Der Nebenintervenient schloss sich dem Verfahren auf Seiten der Beklagten an.

Der Kläger sei korrekt aufgeklärt worden und habe die ihm übergebenen Materialien genau studiert. Sollte er Unterlagen ungelesen unterfertigt haben, liege darin sein Mitverschulden.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht dem Hauptbegehren statt.

Es traf die auf den Seiten 5 bis 13 der Urteilsausfertigung ersichtlichen Feststellungen, auf die verwiesen und im erforderlichen Umfang zurückgekommen wird, und folgerte rechtlich:

Die Erstbeklagte und der Kläger hätten über Ver-

mittlung der Zweitbeklagten und des NI einen Vertrag über die Einräumung von Genussrechten geschlossen. Dies sei ein Vertrag sui generis und begründe ein Dauer-schuldverhältnis.

In § 8 Z 1 der Genussscheinbedingungen sei ein Verzicht auf ordentliche und außerordentliche Kündigung vorgesehen. Ein Ausschluss der ordentlichen Kündigung sei nur zulässig, wenn es für den Anleger eine ausreichend abgesicherte Möglichkeit gebe, die Genussscheine zu übertragen, zB über die Börse. Da hier eine Ungleichbehandlung der Vertragspartner durch den einseitigen Ausschluss des Kündigungsrechtes zu Lasten des Anlegers gegeben sei, die nicht durch andere Vertragsbestimmungen ausgeglichen werde, liege eine unangemessene Beeinträchtigung der Anlegerinteressen (also des Klägers) iSd § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 1 Z 1 KSchG vor.

Das Recht auf außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund sei zwingend, sein Ausschluss daher unzulässig. Da die Genussscheine an der Börse faktisch nicht mehr handelbar seien, sei ein Festhalten am Vertrag für den Kläger nicht zumutbar. Ein wichtiger Grund für die außerordentliche Kündigung liege daher vor.

§ 13 Z 4 WAG aF und § 40 WAG nF normierten eine umfassende Informationspflicht des Rechtsträgers gegen-

über dem Kunden, der dadurch in Stande gesetzt werden solle, die Auswirkungen seiner Anlageentscheidung zu erkennen. Diese Informationspflicht treffe die Beklagten wie den NI. Gemäß § 1313a hafteten die Beklagten für das Verschulden des NI wie für eigenes. Der Kläger sei vom NI nur unzureichend aufgeklärt worden. Er sei nicht darauf hingewiesen worden, dass keine Rücknahmeverpflichtung der Erstbeklagten bestehe. Wäre er darüber aufgeklärt worden, hätte er vom Kauf der Genussscheine Abstand genommen.

Der NI wie die Zweitbeklagte hätten den Kläger auch in Irrtum geführt, indem sie eine Aufklärung darüber, dass eine Rückkaufverpflichtung der Erstbeklagten nicht bestehe, unterlassen hätten. Die Erstbeklagte habe den Irrtum des Klägers dadurch veranlasst, dass sie ihre Geschäftsbedingungen so formuliert habe, dass bei Kunden der Eindruck entstehe, dass eine Rückkaufspflicht bestehe. Der beim Kläger verursachte Irrtum sei kausal für seine Kaufentscheidung gewesen. Die Anfechtung wegen Irrtums führe zur Aufhebung des Vertrags ex tunc. Die Parteien hätten daher die vertragsgemäß erhaltenen Leistungen zurückzustellen. Der Kläger habe die Genussscheine zurückgestellt. Die Erstbeklagte habe dem Kläger daher den Kaufpreis zurückzuzahlen.

Da die Frage der Rückkaufverpflichtung eine

Rechtsfrage und die Frage der Handelbarkeit der Genussscheine an der Börse geklärt und unstrittig sei, bestehe keine Notwendigkeit der Beiziehung eines Sachverständigen aus dem Bankfach.

Die Verjährungseinrede sei zeitlich nicht nachvollziehbar.

Gegen dieses Urteil richten sich die Berufungen der Beklagten und des NI.

Sie bekämpfen es gänzlich, erheben jeweils eine Beweis- und Tatsachen- sowie Rechtsrüge und stellen primär den Abänderungsantrag auf Abweisung der Klagebegehren; hilfsweise wird ein Aufhebungs- und Rückverweisantrag gestellt.

Der Kläger beantragt in den Berufungsbeantwortungen, den Rechtsmitteln nicht Folge zu geben.

Die Berufungen, über die gemäß § 480 ZPO in nichtöffentlicher Sitzung entschieden werden kann, sind nicht berechtigt.

1. Zu den Beweis- und Tatsachenrügen:

1.1. Bekämpft werden (insgesamt) folgende Feststellungen:

- Anfang des Jahres 2006 präsentierte der NI im Rahmen einer Beratung dem Kläger die Genussscheine der Erstbeklagten, welche er dem Kläger auch ausdrücklich



empfahl und als durchaus sicher darstellte. Zur Verdeutlichung wies der NI ua darauf hin, dass auch er diese Genussscheine gekauft habe. Weiters erklärte er, dass die Genussscheine überdurchschnittlich lukrativ seien; dies unter Hinweis darauf, dass die Erstbeklagte seit Beginn ihrer Geschäftstätigkeit jährlich ca 10 bis 15 % Gewinn erwirtschaftet habe (1.; US 6).

- Der NI wies den Kläger zwar darauf hin, dass die Genussscheine eine risikobehaftete Anlageform sind, klärte ihn aber nicht darüber auf, dass es zu einem Totalverlust dieser Anlage kommen kann (2.; US 6).

- Die für den Kläger vom NI erstellten Anlegerprofile wurden vom NI ausgefüllt, während er den Kläger dazu befragte. Dafür blieb in der Regel wenig Zeit (3.; US 8).

- Aufgrund der dem Kläger durch den NI angediehenen Beratungen ging dieser (Kläger) davon aus, dass er die Genussscheine der Erstbeklagten jederzeit an diese zurückverkaufen kann und dafür den aktuellen Kurspreis, abzüglich eines Erfolgshonorars, erhält. Hätte der NI den Kläger darauf hingewiesen, dass es keine Rücknahmeverpflichtung bzw keine Rücknahmegarantie in Bezug auf die Genussscheine gibt, hätte der Kläger vom Kauf der Genussscheine jedenfalls Abstand genommen (4.; US 8f).

- Auch von den Beklagten wurde durch die Hinweise bei den Kaufaufträgen und in den Informationsfoldern beim Kläger der Anschein erweckt, dass er die Genussscheine jederzeit an die Erstbeklagte zurückverkaufen kann (5.; US 9).

- Die vom Kläger gefertigten Kaufaufträge an die Erstbeklagte, welche vom Kläger nicht gelesen wurden, enthalten ua folgende Hinweise: (6.; US 9).

- Der Kläger hat die Hinweise nur „diagonal“ gelesen (= überflogen). Durch diese Hinweise der Zweitbeklagten wurde beim Kläger aber dennoch der Eindruck erweckt, dass die Erstbeklagte verpflichtet sei, die Genussscheine jederzeit zurückzukaufen. Die Möglichkeit, die Genussscheine jederzeit an die Erstbeklagte zurückverkaufen zu können, war eine wichtige Voraussetzung für die Kaufentscheidung des Klägers (7.; US 11).

- Das(s ca 10 % der Genussscheine wurden an der Frankfurter Börse gehandelt) hat der Kläger nicht gewusst (8.; US 13).

1.2. Hiezu werden die in den Berufungsschriften ON 11, S. 3f, 6 bis 8 und ON 12, S. 6 ersichtlichen Ersatzfeststellungen zu treffen begehrt, insbesondere also, dass der Kläger sowohl über die Möglichkeit des Totalverlustes als auch darüber aufgeklärt wurde, dass

keine Rücknahmegarantie der Erstbeklagten besteht.

1.3. Die bekämpften Feststellungen sind aber vom Beweisverfahren gedeckt, im Wesentlichen nachvollziehbar und überzeugend begründet, daher nicht zu beanstanden (s. Kodek in Rechberger, ZPO<sup>3</sup> § 482 Rz 3 mwN), vielmehr zu übernehmen. Den Berufungsargumenten ist zu erwidern:

1.4. Die Aussage des Klägers ist lebensnah, wonach für die Ausfüllung der Anlegerprofile wenig Zeit blieb, da dies zum Schluss des Gespräches stattfand (Protokoll ON 9, S. 31). Demgemäß liegt auch keine Aktenwidrigkeit vor. Richtig ist zwar, dass das Erstgericht dazu auf „ON 1, Seite 34“ verweist, dabei handelt es sich aber um einen offensichtlichen Irrtum. In ON 9, S. 34 ist zwar konkret von Kaufaufträgen die Rede. Es wird aber auf Beilage ./W (gemeint wohl: ./B) Bezug genommen und auf das Unterstreichen des Wortes „Genuss-scheine“. Das geschah aber beim Anlegerprofil, das unter ./B vorgelegt wurde. Naheliegend ist, dass das Ausfüllen der Formulare gegen Ende des Gespräches stattfand, nachdem sich der Kläger zum Kauf entschlossen hatte und dafür dann eben wenig Zeit blieb. Im Übrigen ist der Zeitaufwand gar nicht entscheidungswesentlich.

1.5. Dass der Kläger nicht über die (realistische) Möglichkeit des Totalverlustes aufgeklärt wurde,

ergibt sich nicht nur aus dessen glaubwürdiger Aussage, sondern etwa auch daraus, dass das angekreuzte Ausmaß der Risikobereitschaft in den Anlegerprofilen dafür spricht. Denn der Totalverlust wird nur bei den spekulativen Veranlagungen als Möglichkeit genannt. Warum der Zeuge diesbezüglich noch kritischer gewesen sein sollte - es handelt sich dabei um kein den Verkauf förderndes Argument - ist nicht ersichtlich. Da der Kläger die letzten Genussscheine sogar als Zukunftsvorsorge für seinen Sohn kaufte, ist es nicht plausibel, dass er - infolge Aufklärung oder aus sonstigen Gründen - über die (realistische) Möglichkeit des Totalverlustes Bescheid wusste.

Es spricht keineswegs für mangelnde Kritikfähigkeit, wenn man vom Experten beraten es unterlässt, etwa die Genussscheinbedingungen genauer zu prüfen, um die Richtigkeit der Anlageberatung zu hinterfragen.

1.6. Nachdem mit der jederzeitigen Verfügbarkeit/Realisierbarkeit der Gewinne (Papiere) geworben wurde (etwa ./N, ./O), ist es naheliegend, dass der Zeuge dies auch als Verkaufsargument nutzte und dem Kläger erklärte, er könne die Genussscheine jederzeit verkaufen (ON 9, S. 33). Wäre auf die nicht gegebene Rücknahmeverpflichtung (Garantie) hingewiesen worden, wäre wohl auch zur Sprache gekommen, wie

sonst die Genussscheine verkauft werden können. Wäre dann geklärt worden, dass nur ein Bruchteil (ein Zehntel) an der Börse gehandelt wird, wäre wahrscheinlich klar, aber dennoch darüber aufzuklären gewesen, dass die Genussscheine keineswegs sicher und lukrativ sind. Dass der Kläger bei Kenntnis der realen Gefahr, dass die Wertpapiere womöglich zu akzeptablen Preisen (bezogen auf den Ankaufspreis) praktisch unverkäuflich sind, die Käufe nicht durchgeführt hätte, liegt geradezu auf der Hand, wenn man bedenkt, dass er sie zuletzt sogar für die Zukunftsvorsorge seines Sohnes erwarb. Die diesbezüglichen Anlagen sollten also auch für den Zeugen erkennbar besonders sicher sein.

1.7. Es ist auch mit den vorgelegten Unterlagen im Einklang, dass der Kläger einerseits durch die Gespräche mit dem NI, andererseits aber auch durch die Broschüren der Beklagten zur Ansicht gebracht wurde, er könne die Wertpapiere jederzeit verkaufen (ON 9, S. 35). So findet sich in ./J der eindeutige Satz unter „Kauf und Verkauf“: „Sie können den AvW Index jederzeit zum aktuellen Kurs kaufen oder verkaufen“. In ./N heißt es: „Beim Verkauf ihrer Anteile bekommen Sie innerhalb von zehn Tagen das Geld auf Ihr Konto überwiesen.“ ./O: „15. Kann ich meine Gewinne jederzeit realisieren? Selbstverständlich. Sie können jederzeit aussteigen und

erhalten innerhalb von zehn Tagen den aktuellen Kurswert, abzüglich dem Erfolgshonorar, ausbezahlt."

Dass in den Kaufaufträgen (kleingedruckt) unter den Genussscheinbedingungen einerseits ein Verzicht auf die außerordentliche und ordentliche Kündigung und andererseits ein Anspruch der Gesellschaft auf Rückkauf vorgesehen ist, ist zunächst einmal nicht nur für den juristischen Laien unklar. Dazu kommt, dass der Kläger dies gar nicht durchgelesen hat, sodass daraus in beweismäßigender Hinsicht nichts zu gewinnen ist.

Von „kompakten und übersichtlichen“ Geschäftsbedingungen und Risikohinweisen kann jedenfalls is von leichter Verständlichkeit und Nachvollziehbarkeit auch ohne Rechtskenntnisse keine Rede sein, schon gar nicht, wenn man dazu noch die Informationsbroschüren berücksichtigt, auf die sich der Laie infolge leichter Lesbarkeit und Verständlichkeit eher stützen wird.

1.8. Warum der Kläger doch gewusst haben sollte, dass ca 10 % der Genussscheine an der Frankfurter Börse gehandelt wurden, wird gar nicht nachvollziehbar aufgezeigt. Die Beklagten gehen selbst davon aus, dass dies darauf zurückzuführen sei, dass er sich die Genussscheinbedingungen auf den Kaufaufträgen nicht durchgelesen hat. Selbst der Zeuge gab an, nicht mehr sagen zu können, ob er dem Kläger gesagt hat, er könne

die Genussscheine auch an der Börse verkaufen (ON 9, S. 41). Nachdem er angab, die Genussscheine konnte man „theoretisch“ an der Frankfurter Börse handeln, es handelte sich um einen kleinen Markt, der Rest wurde über die Zweitbeklagte gehandelt (ON 9, S. 9), liegt nahe, dass er den Kläger darüber nicht informierte, wie es dessen Aussage entspricht (ON 9, S. 38 und 41).

Es mag zwar ein Verkauf der Genussscheine auch derzeit über die Frankfurter Börse (theoretisch) möglich sein, bezeichnenderweise schweigen die Beklagten aber über die Bedingungen (Preis).

1.9. Der Umstand, dass der Kläger ein mit Zahlen vertrauter Akademiker (Techniker) ist, lässt noch nicht den (zwingenden) Schluss zu, er habe sich die Risikohinweise und Genussscheinbedingungen in den Kaufaufträgen (mehr oder weniger genau) durchgelesen, vor allem wenn man bedenkt, dass er sich ohnehin professionell beraten ließ, noch dazu von jemandem, der erklärte, selbst die Genussscheine gekauft zu haben. Der Vergleich mit der Gebrauchsanweisung eines SAT-Receiver ist durchaus passend, wollte der Kläger doch damit erklären, dass er das Kleingedruckte bei entsprechender Beratung nicht liest (ON 9, S. 29). Er als Techniker wollte sich eben nicht mit „Juristendeutsch“ befassen, was angesichts der kleingedruckten „Genussschein-Bedin-

gungen" auf den Kaufaufträgen nicht verwundert, die wohl selbst für viele Juristen zumindest schwer verständlich sind (in den Konsequenzen).

1.10. Dass der Kläger (wohl ua) aus ./J wusste, dass es ein Erfolgshonorar gibt, sagt nichts Entscheidendes über seinen anderen (hier relevanten) Wissensstand aus.

1.11. Der Besitz eines eigenen Wertpapierdepots und das Bestehen verschiedener Anlagehorizonte sagt nichts darüber aus, ob man sich über einen bestimmten Genussschein (den man nicht näher kennt) beraten lässt. Gerade weil etwa (Fließhandels-)Aktien grundsätzlich problemlos verkäuflich sind, wäre es Sache des NI gewesen, den Kläger auf die Problematik betreffend die Handelbarkeit der Genussscheine hinzuweisen. Dass jemand seine Einkommensverhältnisse nicht preisgeben will, ist gerade bei Besserverdienern in Österreich nicht ungewöhnlich, auch wenn damit naturgemäß eine gewisse Beschränkung der Beratungstätigkeit einhergeht.

1.12. Dass dem Kläger ein (Kurs-)Schwankungsrisiko bekannt war, gab er ohnehin selbst an und entspricht auch den Feststellungen („risikobehaftete Anlageform“). Das Totalverlustrisiko ist aber mehr, die Frage der Handelbarkeit („Rücknahme“) etwas anderes.



## 2. Zu den Rechtsrügen:

2.1. Zunächst ist festzuhalten, dass auch von den Beklagten zu Recht nicht in Zweifel gezogen wird, dass sie für das Verhalten des NI, soweit er für sie im Rahmen ihrer vertraglichen Beziehung zum Kläger tätig wurde, einzustehen haben (§ 1313a ABGB - schadenersatzrechtliche Haftung für den Erfüllungsgehilfen; § 871 ABGB - irrtumsrechtliche Haftung für die Veranlassung des Irrtums durch eine für den Vertragspartner tätige Person, s. etwa Koziol/Welser I<sup>13</sup> 156 mwN).

2.2. Zumindest dann, wenn die Risikoträchtigkeit einer Kapitalanlage auf der Hand liegt, ist der Anlagevermittler verpflichtet, richtig und vollständig über diejenigen tatsächlichen Umstände zu informieren, die für den Anlageentschluss des Interessenten von besonderer Bedeutung sind. Die Informationserteilung hat dem Gebot vollständiger, richtiger, rechtzeitiger und verständlicher Beratung zu genügen, durch die der Kunde in den Stand versetzt werden muss, die Auswirkungen seiner Anlageentscheidungen zu erkennen (RIS-Justiz RS0108073 samt Teilsätzen, insbes T8).

Die hier vermittelten Genussscheine waren für den NI durchaus als risikoträchtige Kapitalanlage erkenn-

bar. Denn es wurde nur ein kleiner Bruchteil (ein Zehntel) über eine Börse gehandelt, der Rest wurde - entsprechend den Genussscheinbedingungen - nur vom Willensentschluss der Erstbeklagten abhängig - von der Erstbeklagten zurückgekauft oder auch nicht. Damit war für den NI die enorme Marktenge dieses Wertpapiers, zwangsläufig verbunden mit einem extrem hohen Verwertungsrisiko (praktische Unverkäuflichkeit zu akzeptablen Kursen und damit ein dem Totalverlust nahe kommender Zustand) erkennbar. Darüber hätte er den Kläger aufklären müssen. Stattdessen empfahl er dem Kläger die Papiere als durchaus sicher und überdurchschnittlich lukrativ. Auf die latente Gefahr der - nach den Genussscheinbedingungen jederzeit möglichen - Nichtrücknahme der Wertpapiere durch die Erstbeklagte wies er ebenso wenig hin wie auf die dadurch möglichen Folgen.

2.3. Hat der geschädigte Kläger infolge pflichtwidriger Anlageberatung nicht die gewünschten risikolosen, sondern risikoträchtige Wertpapiere erworben, so hat er im Rahmen der Naturalrestitution (§ 1323 ABGB) Zug-um-Zug gegen Rückübertragung der Wertpapiere Anspruch auf Rückzahlung der zum Erwerb der Wertpapiere gezahlten Beträge (vgl. RS0120784 [T3]). Da der Kläger die Wertpapiere schon zurückstellte, hat er hier Anspruch auf Rückzahlung des von ihm bezahlten, ohne dass

auf eine Zug-um-Zug Gegenleistung Bedacht zu nehmen wäre.

2.4. Der Mitverschuldenseinwand ist nicht stichhältig. Auch wenn der Kläger durchaus einschlägige Erfahrung mit dem Erwerb von Wertpapieren hatte, schadet ihm das hier nicht. Denn dass er schon Erfahrung mit derartigen (oder ähnlichen) Genussscheinen hatte, steht nicht fest. Er wandte sich an den NI als professionellen Ratgeber iSd Sachverständigen (§ 1299 ABGB). Damit war er keineswegs verpflichtet, den Rat etwa durch eigene Recherchen, wie auch etwa Nachlesen der durchaus - in ihren Auswirkungen - nicht leicht zu verstehenden Genussscheinbedingungen, zu überprüfen. Vielmehr durfte er sich auf den Rat eines Profis, der noch dazu darlegte, selbst diese Wertpapiere gekauft zu haben, womit der Kläger zusätzlich in Sicherheit gewogen wurde, verlassen (vgl. Bydlinski, Haftung bei fehlerhafter Anlageberatung: Schaden und Schadenersatz, ÖBA 2008, 170).

2.5. Gegenüber der Erstbeklagten besteht das Klagebegehren auch unter dem Titel irrtumsrechtlicher Rückabwicklung zu Recht.

Nach hA kommt nämlich Irrtumsveranlassung durch Unterlassen, insbesondere der gebotenen, verkehrssüblichen Aufklärung in Betracht (Bollenberger in KBB § 871 Rz 14 mwN).

Hier wurde der Irrtum des Klägers über die tatsächlich nicht gegebene Risikoarmut der Wertpapiere durch die Verletzung der Aufklärungspflicht des NI veranlasst. Da der Kläger die Wertpapiere ohne diesen Irrtum nicht gekauft hätte, war er wesentlich (Bollenberger, aaO Rz 18 mwN). Es handelt sich um einen Geschäfts- und nicht um einen bloßen Motivirrtum, war die Risikoarmut der Wertpapiere doch Vertragsinhalt iSe wesentlichen Eigenschaft des Vertragsgegenstandes (s. Bollenberger, aaO Rz 7 mwN).

2.6. Auf die Frage der Wirksamkeit des Ausschlusses des ordentlichen und/oder außerordentlichen Kündigungsrechtes braucht daher gar nicht mehr eingegangen zu werden.

2.7. Der von den Beklagten geltend gemachte sekundäre Feststellungsmangel betreffend die Beiziehung eines Sachverständigen zum Beweis dafür, dass zum Zeitpunkt des Verkaufswunsches des Klägers ein Verkauf der Genussscheine „zum aktuellen Wert“ an der Börse noch möglich war, liegt tatsächlich nicht vor, weil dieser Umstand iS obiger Ausführungen nicht entscheidungswesentlich ist.

Auch die vom NI geltend gemacht sekundären Feststellungsmängel liegen nicht vor. Es bedarf weder der Feststellung des Grundes des Rückkaufstopps noch Fest-

stellungen zu den eigenen Erfahrungen des Klägers (welcher?). Dass der Kläger „eigene Erfahrungen“ mit diesen bzw gleichartigen Genussscheinen schon hatte, wurde und wird nicht einmal behauptet.

2.8. Der Verjährungseinwand betreffend die Irrtumsanfechtung ist (nach wie vor) nicht nachvollziehbar.

Die beiden ersten Genussscheine wurden am 24.1.2006 gekauft (US 7); die Klage langte am 23.1.2009 beim Erstgericht ein. Eine materiell-rechtliche Wirkung der Gerichtsanhängigkeit ist die Unterbrechung der Verjährung (etwa Rechberger/Klicka in Rechberger, ZPO<sup>3</sup> §§ 232f Rz 3 mwN; § 1497 ABGB), weshalb auch das Recht zur Irrtumsanfechtung nicht verjährt ist.

3.

3.1. Aus diesen Gründen war den Berufungen ein Erfolg zu versagen.

3.2. Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens stützt sich auf die §§ 41, 50 Abs 1 ZPO.

Die Erstattung von zwei Berufungsbeantwortungen war zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aber nicht notwendig (s. § 22 RATG). Der Mehraufwand infolge der Beantwortung zweier, über weite Strecken im Wesentli-

chen inhaltsgleicher, Berufungen, wird durch den Streitgenossenzuschlag ausreichend abgegolten. Bei Erstattung der ersten Berufungsbeantwortung waren beide Berufungen längst zugestellt (s. Obermaier, Das Kostenhandbuch Rz 115, Nr 30 und 31).

3.3. Erhebliche Rechtsfragen von der über den Einzelfall hinausgehenden, grundsätzlichen Bedeutung iSd § 502 Abs 1 ZPO stellten sich nicht, weshalb die ordentliche Revision an das Höchstgericht nicht zuzulassen ist.

**Oberlandesgericht Graz**

**Senatsabteilung 2, am 23. November 2009**



**Mag. Dr. Gerhard Kostka**  
Für die Richtigkeit der Auserkennung  
der Leiter der Geschäftsabteilung: