



Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichts Dr. Dallinger als Vorsitzenden, den Richter des Oberlandesgerichts Mag. Hofmann sowie den KR Ing. Theimer in der Rechtssache der klagenden Partei **Dr. [REDACTED] K [REDACTED], [REDACTED]** [REDACTED] [REDACTED] Wien, [REDACTED] [REDACTED], vertreten durch Dr. Gerhard Deinhofer, Dr. Friedrich Petri, Dr. Benedikt Wallner, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei **UOP Versicherungsmakler und Vermögensberater GmbH**, 1210 Wien, Freiheitsplatz 12, vertreten durch Dr. Bernhard Krause, Rechtsanwalt in Wien, wegen Feststellung (Streitwert: EUR 65.859,73), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 9.10.2009, 35 Cg 92/06b-61, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **keine Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 2.834,76 (darin enthalten EUR 472,46 USt) bestimmten Kosten der Berufungsbeantwortung zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt EUR 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

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

Der **Kläger** begehrte zunächst die Zahlung von EUR 65.859,73 zuzügl 4% Zinsen seit 4.7.2001, dehnte das Klagebegehren in seinem vorbereitenden Schriftsatz vom 13.11.2006 um das Eventualbegehren der Feststellung der Haftung der Beklagten für alle Schäden, die dem Kläger im Zusammenhang mit dem Abschluss des Vermögensmanagementvertrags vom 28.6.2001 (AMIS Generationsplan Beilage ./B) und aller damit im Zusammenhang stehenden weiteren Verträge, sowie der Beratung darüber, entstanden sind bzw entstehen werden, aus, und begehrte zuletzt (ON 60; AS 158, richtig: AS 458), mit Wirkung zwischen den Streitteilen festzustellen, dass die Beklagte bis maximal EUR 65.859,73 samt 4% Zinsen seit 4.7.2001 für jeden Schaden hafte, welcher dem Kläger aus der fehlerhaften Beratung im Zusammenhang mit, insbesondere der unterlassenen Warnung vor dem Abschluss des Vermögensmanagementvertrags AMIS Generationsplan, Depotnr. ■■■■■, gezeichnet am ■■■■■2001, Einmalerlag von EUR 72.672,83, Laufzeit 20 Jahre, entstanden sei. Dieses Feststellungsbegehren wurde mit EUR 65.859,73 bewertet. Das Leistungsbegehren hielt der Kläger eventualiter aufrecht.

Zur Begründung führte der Kläger aus, er habe im Jahr 2001 beabsichtigt, eine Mietwohnung zu renovieren und über Eigenmittel in Höhe von ATS 1 Mio verfügt. Er sei im März April 2001 ■■■■■ G■■■■■, einem Dienstnehmer der Beklagten, in der Eingangshalle des Donauspitals, dem damaligen Arbeitsplatz des Klägers, begegnet, wobei der Kläger ■■■■■ G■■■■■ gekannt habe, weil er schon einige Versicherungen über die Beklagte abgeschlossen habe. Als der Kläger ■■■■■ G■■■■■ von seinem Plan, eine Mietwohnung zu renovieren, berichtet habe, habe ihn dieser auf

den Finanzierungsbedarf angesprochen und angeboten, er könne dem Kläger interessante Angebote für die Finanzierung machen. Die Beratung sei in den Räumlichkeiten der Beklagten erfolgt. Für den Finanzbedarf des Klägers für die Renovierung von ATS 1,5 Mio habe [REDACTED] G [REDACTED] folgende, dann durchgeführte Finanzierungs konstruktion empfohlen: Die Aufnahme eines endfälligen Yen-Kredits über ATS 2,5 Mio bei der Erste Bank sowie die Absicherung dieses Kredits durch zwei Tilgungsträger: einerseits die Ansparung in einer Lebensversicherung bei „Der Anker-Allgemeine Versicherungs und Aktiengesellschaft“, andererseits die Veranlagung des Kapitals des Klägers in Höhe von ATS 1 Mio bei der AMIS Asset Management Investment Services AG (AMIS). Aus dem Zinsertrag sollten die Kreditzinsen beglichen werden. Aufgrund der niedrigen Kreditzinsen bei einem Yen-Kredit, der langfristigen Bindung des angesparten Kapitals und der daraus lukrierten Zinsen sei nicht nur der Zinsenaufwand des Fremdwährungskredits abgedeckt, sondern unter Umständen auch die Tilgung des Kredits am Ende der Laufzeit (teilweise) möglich. Über die Risiken der Veranlagung des Kapitals sei nicht gesprochen worden. [REDACTED] G [REDACTED] habe den Kläger weder allgemein noch konkret über das empfohlene Veranlagungsprodukt, den AMIS-Generationsplan, beraten. AMIS sei dem Kläger völlig unbekannt gewesen und er habe auch keinerlei Unterlagen, beispielsweise Prospekte über AMIS, erhalten. Der Kläger habe über keine Erfahrung mit der Veranlagung von Wertpapieren verfügt, was [REDACTED] G [REDACTED] aufgrund seiner langjährigen Betreuung des Klägers bekannt gewesen sei. Der Kläger sei davon ausgegangen, dass das Kapital bei AMIS sicher angelegt werde, und die Chance auf einen relativ hohen Zinsertrag bestehe, kei-

nesfalls hätte der Kläger einer Veranlagung zugestimmt, wenn er gewusst hätte, dass ein Risiko für das Kapital bestehe. Eine Aufklärung darüber, dass sich das Kapital verringern könne oder die Möglichkeit eines Totalverlusts bestehe, habe nicht stattgefunden. Die vom Kläger angegebene allgemeine mittlere Risikobereitschaft habe der Kläger bloß auf den Zinsertrag bezogen. Der Kläger habe in der Folge das Kreditkonto eröffnet, den Lebensversicherungsvertrag abgeschlossen und betreffend eine Überwachung des Fremdwährungsrisikos einen eigenen Vertrag unterfertigt. Der Antrag des Klägers auf Abschluss des „AMIS-Generationsplans“ sei von AMIS mit Schreiben vom 12.7.2001 angenommen worden, nachdem der Kläger am 3.7.2001 den für die Veranlagung bestimmten Betrag von ATS 1 Mio auf das von der Beklagten bekanntgegebene Konto überwiesen habe.

Am 2.11.2005 sei über das Vermögen von AMIS der Konkurs eröffnet worden und am 7.11.2005 der Konkurs über das Vermögen der AMIS Financial Consulting AG, die seit der Spaltung im Jahr 2002 das operative Wertpapiergeschäft innegehabt habe.

Der Beklagten sei ein grober Beratungsfehler zuzurechnen, weil der Kläger über das Risiko eines Kapitalverlusts nicht aufgeklärt worden sei und auch darüber aufzuklären gewesen wäre, dass der Einsatz des konkreten Veranlagungsprodukts aufgrund seines Risikowertes als Tilgungsträger für einen Kredit ungeeignet oder zumindest risikoreich sei. Das AMIS-Anlageprodukt habe von Vornher ein erhöhte Risiken aufgewiesen, weil etwa der Vermögensmanagementvertrag (Beilage ./B) die Ermächtigung vorgesehen habe, alle auf den Konten bzw Depots verwahrten bzw erlegten Geldbeträge und Vermögenswerte der Anleger nach

freiem Ermessen und ohne vorherige Einholung von Weisungen zu verwalten. Damit sei AMIS ein außerordentlich hoher Ermessensspielraum bezüglich der Verwaltung der Anlegergelder eingeräumt worden. Ein ordentlicher Anlageberater wäre im Zuge einer anlagegerechten Beratung gegenüber dem Kläger verpflichtet gewesen, über eine derartige Missbrauchsgeneigtheit und das damit verbundene Risiko aufzuklären. Bereits im Jahr 2001 seien von AMIS beauftragte Makler darüber in Kenntnis gesetzt worden, dass das Produkt AMIS-Generationsplan als riskant und problematisch einzustufen sei. Der Geschäftsführer der Beklagten habe diverse AMIS-Verträge vom Verein „Fairtrauen“ sichten lassen, worauf einige Kunden der Beklagten überzeugt werden konnten, aus den Verträgen auszustiegen bzw einen Großteil der Depots aufzulösen. Nichts davon sei dem Kläger mitgeteilt worden.

Durch die für die Beklagte erkennbare undurchsichtige Verwaltung der Depots seitens AMIS seien die AMIS-Produkte als riskant und problematisch einzuschätzen gewesen. Durch diese Verwaltung sei ein Großteil der Kundeneinzahlungen schon vor der Veranlagung in diverse Produkte verloren gegangen. Die AMIS-Produkte seien aufgrund der (erkennbaren) Missbrauchsgeneigtheit für den besprochenen Zweck der Kredittilgung ungeeignet gewesen, worüber der Kläger ebenfalls aufzuklären gewesen sei.

Bei vollständiger Information hätte der Kläger diese Finanzierungsart nicht gewählt, sondern sein Kapital auf dem Sparbuch belassen und keinen um ATS 1 Mio überhöhten Kredit aufgenommen, sodass das eingesetzte Kapital erhalten geblieben wäre. Nachdem der Kläger deutlich gemacht habe, neben bloßen Informationen eine fachkundige Beratung in Form der Bewertung und Beurteilung der Kapital-

einlage unter besonderer Berücksichtigung seiner persönlichen Verhältnisse zu erwarten, sei mit der Beklagten stillschweigend ein Beratungsvertrag zustande gekommen. Die fehlerhafte Anlageberatung durch einen Mitarbeiter sei der Beklagten zuzurechnen.

Die einzige Beratung des Klägers sei betreffend das Währungsrisiko eines Fremdwährungskredits erfolgt.

Die **Beklagte** bestritt ihre Passivlegitimation und brachte vor, dass █████ G █████ als selbstständiger Vermögensberater im Namen und auf Rechnung der AMV Asset Management Vermögensverwaltung tätig geworden sei. AMV habe Peter Gratzner zum Vertrieb der AMV-Produkte ausgebildet, ihn entsprechend den Bestimmungen des Wertpapieraufsichtsgesetzes der FMA gemeldet und „freigezeichnet“. Zwischen AMV und der Beklagten habe bloß eine Rahmenvereinbarung bestanden, nach welcher die Beklagte nur als Supervisor bzw Provisionsstelle tätig geworden sei. Die Beklagte habe gegenüber dem Kläger zu keiner Zeit eine Anlageberatung oder Vermögensverwaltung ausgeübt. Ein allfälliges Fehlverhalten des █████ G █████ sei AMV zuzurechnen, nicht aber der Beklagten. Der AMIS-Generationsplan habe den angekündigten Kriterien entsprochen. Aus dem Angebot sei ersichtlich, dass zu 80% in Aktienfonds investiert werde, und auch einem Nicht-Bankfachmann sei bekannt, dass Aktienkurse nicht nur stark schwanken, sondern Aktien im Einzelfall ihren gesamten Wert verlieren können. Das Produkt sei auch von allen renommierten Banken als Sicherheit akzeptiert worden. Gegen Betrug und Untreue wie im Fall von AMIS gebe es keine Absicherung.

Der **Kläger** verwies darauf, dass nicht nur die kriminellen Machenschaften zu Verlusten geführt haben, sondern dass die AMIS-Papiere schon nach der Art ihrer Konstruk-

tion zur Erreichung der Ziele des Klägers ungeeignet gewesen seien.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das **Erstgericht** dem zuletzt streitgegenständlichen Feststellungsbegehren statt. Dazu traf es die aus Seiten 13 bis 27 der Urteilsausfertigung ersichtlichen Feststellungen, auf die verwiesen wird.

In rechtlicher Hinsicht gelangte das Erstgericht zum Ergebnis, dass ██████ G ██████ nach den Feststellungen als Vertreter der Beklagten aufgetreten sei. Es haben Beratungsgespräche in den Räumen der Beklagten stattgefunden, es sei Briefpapier der Beklagten verwendet worden, und Peter Gratzner sei durch AMV als Mitarbeiter der Beklagten als Kontaktperson angeführt worden. Die Beklagte habe durch ihr Verhalten einen äußeren Tatbestand geschaffen, der ein Vertrauen des Klägers auf eine durch die Beklagte gegenüber ██████ G ██████ erteilte Vollmacht schutzwürdig erscheine lasse. Die Beklagte sei beim gegenständlichen Anlageprodukt Erfüllungsgehilfin für AMV-AMIS gemäß § 1313a ABGB, doch komme eine eigene Haftung des Erfüllungsgehilfen nach der Rechtsprechung in Betracht, wenn sein Verhalten keinem Geschäftsherrn zugerechnet werden könne, er ein ausgeprägtes eigenwirtschaftliches Interesse am Zustandekommen des Vertrags habe, oder wenn er bei den Vertragsverhandlungen im besonderen Maße persönliches Vertrauen in Anspruch genommen habe. Da die Beklagte einen Höchstprovisionssatz von 7,5% für die Vermittlung des Produkts bekommen habe, sie gemeinsam mit AMIS aktiv an Werbemaßnahmen zur Vermarktung des Produkts beteiligt gewesen sei und nicht bloß von AMIS erstelltes Werbematerial aufgelegt und verteilt habe, sei ein eine Eigenhaftung der Beklagten begründendes eigenwirtschaft-

liches Interesse zu bejahen.

Der Beklagten seien Beratungsfehler vorzuwerfen. Insbesondere sei von ihr zu erwarten gewesen, sich entsprechende Kenntnisse über von ihr empfohlene oder vermittelte Produkte zu verschaffen, unabhängig davon, ob seitens der Finanzmarktaufsicht Prüfungen erfolgten. Der Beklagten sei konkret vorzuwerfen, dem Kläger ein Produkt empfohlen zu haben, welches für seine Zwecke aufgrund der doppelten Risikogeneigtheit des empfohlenen Finanzierungsinstrumentens nicht als Anlageform geeignet gewesen sei. Das Produkt habe nicht der vom Kläger bekanntgegebenen mittleren Risikobereitschaft entsprochen, vielmehr habe ein hohes Risiko vorgelegen. Auch auf ein allfälliges Kapitalverlustrisiko wäre dezidiert hinzuweisen gewesen. Daran ändere nichts, dass die Beklagte nicht verpflichtet sei, auf ein abstraktes Veruntreuungsrisiko hinzuweisen.

Unrichtige oder irreführende Angaben über das Risiko oder über nach § 13 WAG aF aufzuklärende Umstände begründen einen relevanten Geschäftsirrtum im Sinn des § 871 ABGB. Die Beklagte habe insofern in Irrtum geführt, als sie den Kläger nicht über das Risiko des Kapitalverlusts belehrt und damit zu einer Anlage überredet habe, die er bei Kenntnis des wahren Sachverhalts nicht gewählt hätte. Der Beklagten hätte zumindest auffallen müssen, dass der Kläger nicht bereit gewesen sei, in ein Produkt zu investieren, das mit einem (möglichen) Kapitalverlust verbunden sei. Deshalb hafte die Beklagte für den (der Höhe nach derzeit unabsehbaren) Schaden.

Die Kostenentscheidung gründete das Erstgericht auf § 41 ZPO. Davon ausgehend verhielt es die Beklagte zum Kostenersatz im Ausmaß von EUR 26.866,24.

Gegen dieses Urteil und die darin enthaltene Kostenentscheidung richtet sich die **Berufung der Beklagten** aus den Gründen einer Mangelhaftigkeit des Verfahrens, einer unrichtigen Beweiswürdigung und einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit den Anträgen, das Urteil im klagsabweisenden Sinn abzuändern, in eventu aufzuheben und die Rechtssache zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurückzuverweisen, „jedenfalls“ dem Rekurs stattzugeben und die angefochtene Kostenentscheidung dahingehend abzuändern, dass der Kläger schuldig sei, der Beklagten an Verfahrenskosten EUR 28.564,74 zu zahlen.

Der Kläger beantragt, der Berufung - auch im Kostenpunkt - keine Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

Als Mangelhaftigkeit des Verfahrens macht die Beklagte geltend, dass der Sachverständige fehlerhaft besetzt gewesen sei. Wäre dem Antrag der Beklagten auf Bestellung eines Sachverständigen aus dem Gebiet der Vermögensberatung entsprochen worden, hätte dieser zweifelsfrei festgestellt, dass es sich bei der Beklagten bloß um einen nach der Gewerbeordnung zugelassenen Vermögensberater gehandelt habe, nicht aber um eine WPDLU, weshalb aus diesem Grund ein anderer Maßstab betreffend die Sorgfaltspflicht zum Tragen gekommen und die Klage abzuweisen gewesen wäre.

Abgesehen davon, dass die Eignung und Zertifizierung des Sachverständigen für das zu beurteilende Sachgebiet im Verfahren erster Instanz umfangreich thematisiert wurde und der Sachverständige seine Fachkunde für die vorliegende Fragestellung ausdrücklich bestätigte (ON 21), sodass es keinen Verfahrensmangel darstellen

kann, wenn der Richter den gewählten Sachverständigen für den am besten geeigneten hielt (dazu Rechberger in Fasching/Konecny², § 351 ZPO Rz 3), ist für den nach § 1299 ABGB zu prästierenden Sorgfaltsmaßstab nicht das tatsächliche Vorliegen einer Sachverständigeneigenschaft maßgeblich, sondern die Übernahme entsprechender Tätigkeiten, die ein besonderes Können oder Fachwissen voraussetzen (Karner in KBB², § 1299 Rz 5). Dies gilt insbesondere auch für Tätigkeiten, die nur aufgrund einer Prüfung ausgeübt werden dürften (Reischauer in Rummel³, § 1299 Rz 1). Einzustehen ist für die typischen Fähigkeiten des betreffenden Verkehrskreises, also den Leistungsstandard der maßgeblichen Berufsgruppe (aaO Rz 2). Diese Beurteilung ist allerdings Rechtsfrage.

Als weiteren Verfahrensmangel rügt die Beklagte, dass Beweisanträgen vom 20.4.2009 vom Erstgericht nicht entsprochen worden sei. Hätte das Erstgericht diese Beweise zugelassen, hätte sich ergeben, dass es keinen Ansatzpunkt für eine dann eingetretene Veruntreuung gegeben habe, sodass der Beklagten auch kein Sorgfaltsverstoß vorzuwerfen gewesen wäre.

Auf diese Umstände kommt es aber aus rechtlichen Gründen nicht an.

Soweit sich die Beklagte konkret auf den Zeugen Dr. S. [REDACTED] beruft, zeigt sie kein dem Tatsachenbereich zuzuordnendes prozessrelevantes konkretes Beweisthema auf.

Mit der Beweisrüge bekämpft die Beklagte die vom Erstgericht aufgrund der Aussage des Klägers getroffenen Feststellungen, über das Risiko der Veranlagung habe [REDACTED] G. [REDACTED] mit dem Kläger nicht gesprochen, bei den bereits bestehenden Anlageformen seien Sparbuch und

Lebensversicherung, bei den geplanten Anlageformen Investmentfonds zum Vermögensaufbau mit regelmäßigen Auszahlungen und Kredittilgung für endfälliges Darlehen, mittlere Ertragserwartung und mittlere allgemeine Risikobereitschaft von [REDACTED] G [REDACTED] angekreuzt worden, ohne mit dem Kläger die Frage der Risikobereitschaft näher zu behandeln, sowie die Feststellung, [REDACTED] G [REDACTED] habe gegenüber dem Kläger die Legitimation (Beil. ./1) nicht verwendet, und es könne nicht festgestellt werden, dass [REDACTED] G [REDACTED] darauf hingewiesen habe, dass es sich um Aktienfonds handle.

Die Beklagte erachtet diese Feststellungen als unrichtig, weil sie im Endeffekt darauf hinauslaufen, dass angeblich nicht auf ein potenzielles Risiko bei der gewählten Anlageform hingewiesen worden sei, was nicht der Wahrheit entspreche. Die Aussage des Klägers stehe in Widerspruch zu Beil. ./B, habe der Kläger doch bestätigt, dass er diese Urkunde durchgelesen und unterfertigt habe. Dort habe der Kläger allerdings betreffend allgemeine Risikobereitschaft ebenso wie betreffend Gewinnerwartung "mittel" angekreuzt, woraus aber schon zu schließen gewesen wäre, dass nicht von keinem Risiko ausgegangen werden könne. Wenn der Kläger nun auch zugebe, Beil. ./B durchgelesen zu haben, sei auch nicht glaubhaft, dass es zu keiner wie auch immer gearteten Besprechung der Risikobereitschaft gekommen sei. Richtigerweise sei davon auszugehen, dass der Zeuge G [REDACTED] die entsprechenden Felder erst nach jeweiliger Nachfrage beim Kläger angekreuzt habe. So habe es der Zeuge G [REDACTED], der auch kein wie immer geartetes Eigeninteresse am Ausgang des Verfahrens habe, angegeben.

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass das Eigeninter-

esse des Klägers am Ausgang des Verfahrens zwar auf der Hand liegt, dass aber auch beim Zeugen G [REDACTED] ein solches Interesse schon deshalb nicht ausgeschlossen werden kann, weil die Fragen eines Regresses ihm gegenüber sowie der Berechtigung seines Provisionsanspruchs im Raum stehen. Dass es - worauf die Berufung hinweist - zwischen dem Zeugen G [REDACTED] und der Beklagten bereits seit einiger Zeit zu erheblichen Differenzen kam, muss ebenfalls keineswegs für die Glaubwürdigkeit dieses Zeugen sprechen.

Dass das Erstgericht die Aussage des Klägers im Ergebnis als glaubwürdig einstufte, begegnet keinen Bedenken des Berufungsgerichtes. Insbesondere ergibt sich kein Widerspruch zwischen der Aussage des Klägers, dass ihm nicht gesagt worden sei, dass es sich um eine "Risikoveranlagung" handelte, dem Kläger nicht erklärt worden sei, dass es sich um einen Aktienfonds handle und worum es sich dabei handle, und dass Gratzner überhaupt über das Risiko der Amis-Veranlagung nichts gesagt habe, und dem Umstand, dass in Beil. ./B die Ertragserwartungen und die Risikobereitschaft des Klägers als "mittel" angekreuzt wurden.

Aus der Aussage des Zeugen G [REDACTED] (AS 110) ergibt sich zwar, dass er die Ankreuzungen in Beil. ./B nach mündlicher Rücksprache mit dem Kläger so vorgenommen habe, wie die Antwort lautete (AS 110), doch hat der Kläger demgegenüber durchaus glaubhaft ausgesagt, dass er keineswegs "mittleres Risiko" angegeben habe, und dass über das Risiko eigentlich nicht gesprochen worden sei (AS 60).

Abgesehen davon, dass der Begriff "mittleres Risiko" ohne eine Erläuterung der mit der konkreten Veranlagung verbundenen Gefahren für den Kläger von vornherein

inhaltsleer bleiben musste, verweist das Erstgericht in seiner Beweiswürdigung zutreffend darauf, dass schon der Umstand, dass der Kläger zur Minimierung des Fremdwährungskreditrisikos eine eigene Absicherung vornahm, mehr als deutlich machte, dass er keinesfalls als risikobereiter Anleger angesehen werden durfte. Auch die in Beil. ./B angegebenen bisherigen Anlageformen (Sparbuch und Lebensversicherung) belegen diesen Umstand deutlich.

Dazu kommt, dass dem Kläger bloß an einer Finanzierung einer beabsichtigten Wohnungsrenovierung gelegen war, wofür er ATS 1,5 Mio benötigte. Dafür wäre typisch, dass der Kläger wohl eine kostengünstige, aber keineswegs eine hoch riskante Finanzierung anstrebte. Es ist daher rundum überzeugend, wenn der Kläger aussagte, über einen auch nur teilweisen Verlust des von ihm eingesetzten Kapitals von S 1 Mio sei ebensowenig gesprochen worden wie über eine Qualität als "Risikoveranlagung". Vielmehr sei ihm dargelegt worden, dass mit relativ ertragreichen Zinsen aus der Veranlagung die relativ günstigen Kreditzinsen bedient werden können (AS 60).

Damit ist aber insgesamt auch glaubhaft, dass der Kläger im Ergebnis davon ausging, dass bei der gewählten Anlageform höchstens im Bereich der Zinsen Schwankungen eintreten können und sich das von ihm zu gewärtigende Risiko darauf beschränkte, und dass der Kläger sein Geld auf dem Sparbuch belassen hätte, hätte er gewusst, dass er bei der gewählten Anlageform das Kapital verlieren könne.

Als lebensnahes Beweisergebnis ist auch die in Übereinstimmung mit der Aussage des Klägers getroffene Feststellung zu werten, dass sich ██████ G ██████ gegenüber dem Kläger nicht mit Beil. ./1 als für den Vertrieb von AMV-

Produkten ausgebildete Person legitimierte, sondern der Zeuge G [REDACTED] aus Sicht des Klägers stets im Namen und für die Beklagte auftrat (AS 58f), zumal der Kläger den Zeugen G [REDACTED] seit Jahren als jemanden kannte, der am Arbeitsplatz des Klägers (Spital) Versicherungen und die Durchsicht und Überprüfung bestehender Versicherungsverträge anbot und dabei "schon immer" im Namen der Beklagten auftrat, deren Informationsmaterial der Zeuge auch verteilte (AS 58f).

Ebenso unbedenklich ist es, wenn das Erstgericht nicht feststellen konnte, dass [REDACTED] G [REDACTED] den Kläger darauf hingewiesen hätte, dass es sich um Aktienfonds handelte. Vielmehr ist aus der bereits dargelegten nachvollziehbaren Interessenlage des Klägers davon auszugehen, dass er eine solche Veranlagungsform nie gewählt hätte, hätte er ihren Charakter gekannt.

Soweit die Beklagte Feststellungen zu ihrem Wesen als bloße Plattform vermisst, übersieht sie, dass das Erstgericht ohnehin explizit festgestellt hat, dass die Beklagte verschiedenen Vermögensberatern, darunter [REDACTED] G [REDACTED], die Möglichkeit einer Plattform dergestalt bot, dass die Vermögensberater die Einrichtungen der Beklagten, wie Räumlichkeiten und Büromaterial, nutzen konnten und im Gegenzug die Anträge zum Abschluss eines Vermögensmanagementsvertrags über die Beklagte unter Anbringung einer Stampiglie der Beklagten an die AMIS weitergeleitet wurden, während umgekehrt die Provisionszahlungen von AMIS an die Beklagte und von dieser nach Abzug von 50 % an die einzelnen Vermögensberater erfolgten (UA S 15f). Inwieweit die Vermögensberater demnach der Beklagten zuzurechnen sind, ist Rechtsfrage und kann nicht Gegenstand der von der Beklagten gewünschten diesbezüglichen

Feststellung sein.

Die festgestellte Provisionshöhe von 7,5 %, die die Beklagte als Vertriebspartner von AMIS bei Einmalerlägen erhielt, bekämpft die Beklagte mit Hinweis auf die Aussage des Geschäftsführers der Beklagten. Danach seien nur 6 % an Provisionen für die Beklagte und Herrn G [REDACTED] (und höchstens 3 % an die Beklagte) ausgezahlt worden.

Doch hat H [REDACTED] G [REDACTED] selbst ausgesagt, dass im Schnitt 6 % an Provision von AMIS ausbezahlt wurden, es sich dabei aber um eine Durchschnittsangabe handelte, und es durchaus 7,5 % gewesen sein können, wenn G [REDACTED] von 7,5 % sprach (ON 60, S 9).

Der Zeuge [REDACTED] G [REDACTED] wiederum hat ohne Umschweife ausgesagt, dass von AMV 7 ½ % an Provision an die Beklagte bezahlt wurden und dann eine Verteilung nach einem Schlüssel durch die Beklagte erfolgte (50 % wurden von der Beklagten einbehalten, der Rest an den Zeugen weitergeleitet - ON 51, S 5). Selbst über Befragen, ob es nicht möglich sei, dass es sich bloß um 6 % gehandelt habe, gab der Zeuge an, er sei ziemlich sicher, dass es 7 ½ % waren. Auch die diesbezügliche Feststellung ist daher wohl begründet.

Bekämpft wird auch die Feststellung, dass es sich dabei um eine überdurchschnittlich hohe Provision handle. Nach dem schlüssigen Gutachten des Sachverständigen waren jedoch schon die im Regelfall von AMIS an die Vertriebspartner bezahlten 5 % Abschlussprovision bei Einmalerlägen (und 0,4 % jährliche Bestandsprovision) als außerordentlich attraktive (hohe) Vertriebsprovisionen zu bezeichnen, die das Niveau der durchschnittlichen branchenüblichen Provisionen überstiegen (GA ON 27, AS 221).

Die ebenfalls aufgrund der Ausführungen des Sachver-

ständigen in seinem Gutachten getroffenen Feststellungen, das Geschäftsmodell habe beim Kläger nicht aufgehen können, sowie der AMIS-Generationenplan sei nicht als Tilgungsträger für einen Fremdwährungskredit geeignet, bekämpft die Beklagte als nicht überzeugend und mit Hinweis darauf, dass dieser Umstand anderen Banken und Wertpapierdienstleistungsunternehmen, die die AMIS-Papiere akzeptiert haben, ebenfalls nicht aufgefallen sei. Aus der Aussage des Zeugen J. [REDACTED] ergäbe sich, dass auch die E. [REDACTED] Bank das Produkt als Sicherheit für Kredite akzeptiert habe, und auch den Urkunden könne entnommen werden, dass der AMIS-Generationenplan sogar als Tilgungsträger eingesetzt worden sei. Dies sei damit durch unabhängige Stellen belegt. Es könne auch nicht aus der nachträglich bekannt gewordenen Veruntreuung der AMIS-Gelder geschlossen werden, dass das Geschäftsmodell gar nicht aufgehen hätte können. Dies sei aufgrund der positiven Entwicklung der im Fonds enthaltenen Papiere durchaus möglich gewesen.

Entsprechende Fragen hat die Beklagte bereits im Verfahren erster Instanz aufgeworfen. Der Sachverständige hat dazu in seinem Gutachten und in seiner ergänzenden Stellungnahme (ON 48) umfangreich Stellung genommen. Darin wurde in schlüssiger Weise dargelegt, dass das AMIS-Geschäftsmodell aufgrund eines fehlenden Ausgabezuschlags und der bezahlten Abschlussprovisionen selbst bei Außerachtlassung der Fremdfinanzierungskosten erkennbar von Beginn an zum Scheitern verurteilt war (AS 227, AS 241 und AS 359). Weiters waren die AMIS-Produkte bei Anwendung der gebotenen fachkundigen Sorgfalt erkennbar missbrauchsgeneigt, sodass das Kundeninteresse geboten hätte, vom Erwerb abzuraten (AS 253). Dass AMIS-Papiere

dennoch vertrieben wurden, belegt die Sorglosigkeit im Umgang damit, kann die Richtigkeit des Sachverständigen-gutachtens aber nicht in Frage stellen.

Dass das Erstgericht eine Feststellung unterlassen hat, dass es keine Warnungen der FMA oder einer sonstigen zuständigen Behörde bezüglich AMIS-Produkten gegeben habe, ist rechtlich ohne Bedeutung. Nach der durch das Sachverständigengutachten konkretisierten Pflichtenlage war die Beklagte im Rahmen der nach § 13 WAG (aF) geschuldeten erforderlichen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit gehalten, sich die im Interesse des Kunden erforderlichen Kenntnisse über das vermittelte und empfohlene Produkt zu verschaffen, wenn sie nicht darüber verfügte (AS 367), die sie im konkreten Fall in die Lage versetzt hätten, die Missbrauchsgeneigtheit der AMIS-Produkte zu erkennen.

Im Rahmen der Rechtsrüge wendet sich die Beklagte gegen ihre Einstufung als Wertpapierdienstleistungsunternehmen durch das Erstgericht. Dazu vertritt sie, dass die Erbringung von Dienstleistungen gemäß § 1 Abs 1 Z 19 BWG einer Konzession der Finanzmarktaufsichtsbehörde bedurft hätte, während die Beklagte während der gesamten Zeit bloß über eine Gewerbeberechtigung für die Vermittlung von Personalkrediten, Hypothekarkrediten und Vermögensberatung verfügt habe. Nur AMIS habe bei der zu beurteilenden Struktur über eine solche Konzession verfügt, sei von der Finanzmarktaufsichtsbehörde kontrolliert worden und habe der Beklagten die entsprechenden Informationen erteilt, auf die sich die Beklagte auch verlassen habe dürfen. Die Schlussfolgerung im Gutachten, dass die Beklagte als Wertpapierdienstleistungsunternehmen gemäß § 19 WAG (aF) tätig gewesen sei, sei erschreckend falsch,

widersprüchlich und Ergebnis einer offenkundigen Fehlinterpretation.

Doch ist die diesbezügliche Argumentation der Beklagten nicht nachvollziehbar. Insbesondere ist nicht zu erkennen, wie die Darstellung von Brand (Erbringung von Wertpapierdienstleistungen im Namen und auf Rechnung von Wertpapierdienstleistern und Versicherungen, ecolex 2001, 597), auf die sich die Beklagte beruft, für die Beurteilung der Rechtslage konkret von Belang sein sollte.

In Übereinstimmung mit den Ausführungen des Sachverständigen ist davon auszugehen, dass es im Fall der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen bei der Beurteilung der den Leistungserbringer treffenden Pflichten schon gemäß § 1299 ABGB nicht darauf ankommen kann, ob er über die erforderliche Konzession verfügt.

Dass die Beklagte entsprechende eigene Pflichten traf und sie nicht bloß als Erfüllungsgehilfin von AMIS auftrat, folgt konkret nicht bloß aus dem von der Beklagten verfolgten Eigeninteresse. Vielmehr ist in der Judikatur des Obersten Gerichtshofes neben Fällen einer persönlichen Haftung des Verhandlungsgehilfen (vgl Karner in KBB², § 1313a Rz 10) anerkannt, dass zwischen dem Anlageinteressenten und dem Berater oder Vermittler ein Vertrag zustande kommen kann, der den Vermittler zu richtiger und vollständiger Information über jene Umstände verpflichtet, die für den Anlageentschluss von besonderer Bedeutung sind. Dies ist der Fall, wenn der Anlageinteressent klar macht, er wolle die einschlägigen Kenntnisse und Verbindungen des Vermittlers in Anspruch nehmen, und dieser die gewünschte Tätigkeit auch entfaltet (Reischauer in Rummel³, § 1300 Rz 15; vgl auch RIS-Justiz RS0014562;

RS0108073; vgl auch Knobl/Grafenhofer, Haftung einer Bank für allfälliges Fehlverhalten von externen Anlageberatern oder Vermittlern, GesRZ 2010/27).

In der Rechtsrüge versucht die Beklagte weiter darzulegen, dass die gewählte Veranlagungsform durchwegs eine positive Performance und maximal ein mittleres Risiko aufgewiesen habe. Die Möglichkeit der Veruntreuung von Geldern stelle ein allgemeines Lebensrisiko dar, das jedem Durchschnittsmenschen bewusst sein müsse. Verwirklicht habe sich ein Teilverlust ausschließlich aufgrund der eingetretenen Veruntreuung.

Doch kommt es auf diese Umstände abgesehen von der zuvor dargestellten erkennbaren Missbrauchseignung der AMIS-Produkte nicht an.

Im Übrigen treffe die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts nicht zu, dass die Beklagte Beratungsfehler begangen habe, die Sorgfaltsverstöße im Sinne der §§ 12 und 18 WAG (aF) darstellen. Nachforschungspflichten haben nur bezüglich des bisherigen Anlageverhaltens des Kunden, bezüglich des verfolgten Anlageziels und der finanziellen Verhältnisse des Kunden bestanden, nicht jedoch in Hinblick auf eine Möglichkeit der Veruntreuung von Geldern. Für eine solche habe während der gesamten Dauer der Veranlagung trotz intensiver Nachforschungen der Beklagten kein Anzeichen bestanden. Zu solchen Nachforschungen sei die Beklagte auch nicht verpflichtet gewesen. Diese sei auch kein Wertpapierdienstleistungsunternehmen gewesen. Die Beklagte sei bloß als Vermögensberater im Sinn der Gewerbeordnung einzustufen. Sie habe den ihr übermittelten Informationen (von AMIS, einem Wertpapierdienstleistungsunternehmen) vollständig vertrauen dürfen.

Richtigerweise hat die Beklagte jedoch Wertpapier-

dienstleistungen erbracht, indem sie den Kläger hinsichtlich AMIS-Produkten beriet oder diese vermittelte, weshalb sie gemäß § 1299 ABGB die dabei vorauszusetzende Sorgfalt zu prästieren hat.

Auf die Ausführungen zu einem angeblich fehlenden eigenwirtschaftlichen Interesse der Beklagten kommt es angesichts des nach den Feststellungen anzunehmenden zwischen den Streitparteien bestehenden Auskunftsvertrages nicht an. Danach bot ██████ G. ██████ namens der Beklagten dem Kläger eine Beratung zur Finanzierung der vom Kläger beabsichtigten Wohnungsrenovierung an, für die der Kläger bei vorhandenen Eigenmitteln von ATS 1 Mio noch ATS 1,5 Mio benötigte, was im oben dargestellten Vorschlag mündete.

Zuletzt bestreitet die Beklagte ihre Einstufung als Erfüllungsgehilfin für AMV/AMIS im Sinn des § 1313a ABGB. Wie bereits dargelegt, folgt die Haftung aber aus einem zwischen dem Kläger und der Beklagten schlüssig zustande gekommenen Auskunftsvertrag.

Die Berufung ist daher in der Hauptsache nicht berechtigt.

Im Kostenpunkt macht die Beklagte geltend, dass das mit Schriftsatz vom 13.11.2006 geltend gemachte Feststellungsbegehren mit EUR 1.000,-- bewertet worden sei. Nachträgliche Änderungen des Streitwerts seien insoweit unzulässig. Damit sei der Kläger jedoch bloß mit seinem mit EUR 1.000,-- zu bewertenden Feststellungsbegehren und somit nur mit 1,6 % seiner Forderungen durchgedrungen, weshalb der Beklagten voller Kostenersatz zustehe.

Dem ist jedoch zu erwidern, dass - worauf die Beklagte im Rechtsmittel selbst verweist - eine bloß im Rubrum der Klage vorgenommene Bezeichnung des Streitwerts

keine freie Bewertung nach § 56 JN darstellt (Mayr in Rechberger³, § 56 JN Rz 5). Eine maßgebliche Bewertung des mit Schriftsatz vom 13.11.2006 eventualiter erhobenen Feststellungsbegehrens ist damit nicht erfolgt.

Ebenso entspricht es der ständigen Rechtsprechung, dass ein nicht gesondert bewertetes Eventualbegehren dem Streitwert des Hauptbegehrens entspricht (Gitschthaler in Fasching/Konecny², § 56 JN Rz 8). Damit ist für das mit Schriftsatz vom 13.11.2006 gestellte Eventualbegehren von einem Streitwert des ursprünglichen Zahlungsbegehrens von EUR 65.859,73 auszugehen. Dass eine nachträgliche Änderung einer einmal nach § 56 Abs 2 JN vorgenommenen Bewertung nach der Rechtsprechung nicht mehr möglich ist (Gitschthaler aaO Rz 9), ist daher ohne Bedeutung.

Da die Modifizierung des Feststellungsbegehrens und die Aufrechterhaltung des ursprünglichen Leistungsbegehrens als Eventualbegehren (AS 158) am wirtschaftlichen Erfolg des Klägers nichts ändert und auch eine Erhöhung des Verfahrensaufwands nicht eingetreten ist, ist auch die Berufung im Kostenpunkt nicht berechtigt.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 41, 50 ZPO.

Der Ausspruch über den Wert des Entscheidungsgegenstandes entspricht dem vom Kläger verfolgten Interesse.

Die ordentliche Revision ist in Hinblick auf die bestehende Judikatur zur Haftung des Anlageberaters oder -vermittlers aufgrund eines Auskunftsvertrags und die Einzelfallbezogenheit der Beurteilung der konkreten Pflichtenlage nicht zulässig.

Oberlandesgericht Wien
1016 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 2, am 10. Mai 2010

Dr. Klaus Dallinger
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG