



REPUBLIC ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

5 R 229/11z

EINGELANGT

03. FEB. 2012

BRAUNIS KLAUSER PRÄNDL

VKI-13/10

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichtes Dr. Schrott-Mader als Vorsitzende sowie die Richterin des Oberlandesgerichtes Dr. Strolz und den KR Rejmar in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenten-information**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Brauneis Klauser Prändl Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei **AWD Gesellschaft für Wirtschaftsberatung GmbH**, Rennweg 9, 1030 Wien, vertreten durch Kraft & Winternitz Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen EUR 36.993,81 sA über die Berufung der beklagten Partei (Berufungsinteresse: EUR 36.685,85) gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 18.8.2011, 51 Cg 40/11f-32, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass es - unter Einbeziehung des unbekämpft gebliebenen Punktes 3. sowie des Kostenpunktes (nunmehr Punkt 5.) - insgesamt wie folgt zu lauten hat:

„1. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei EUR 9.687,76 samt 4 % Zinsen seit 9.7.2010 binnen 14 Tagen zu Händen des Klagevertreters zu bezahlen.

2. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei EUR 26.998,09 samt 4 % Zinsen seit 9.7.2010 Zug um

Zug gegen Rückgabe von 4.800,1744 Stück Aktien der Immo-
finanz AG binnen 14 Tagen zu Händen des Klagevertreters
zu bezahlen.

3. Das Mehrbegehren, die beklagte Partei sei schul-
dig, der klagenden Partei weitere EUR 307,96 s.A. zu
bezahlen, wird abgewiesen.

4. Das Mehrbegehren auf Zahlung von 4 % Zinsen aus
EUR 6.509,94 vom 1.11.2006 bis 8.7.2010, aus EUR 3.177,82
vom 19.12.2005 bis 8.7.2010 und aus EUR 26.998,09 vom
14.3.2007 bis 8.7.2010 wird abgewiesen.

5. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden
Partei die mit EUR 12.839,54 (darin EUR 1.886,09 USt, EUR
1.529,-- Barauslagen) bestimmten Verfahrenskosten binnen
14 Tagen zu Händen des Klagevertreters zu bezahlen.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Par-
tei die mit EUR 2.725,36 (darin EUR 454,23 USt) bestimm-
ten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu
bezahlen.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

Entscheidungsgründe :

Die dem Verfahren zugrunde liegenden Aktien stehen
im Alleineigentum von [REDACTED] [REDACTED], die ihre daraus
resultierenden Ansprüche zum Inkasso an den Kläger abge-
treten hat. [REDACTED] [REDACTED] erwarb in den Jahren 2005 bis
2007 Aktien der Immofinanz AG, der Conwert Immobilien
Invest AG, der Eco Business Immobilien AG und der CPB
European and Property Garant. Teilweise wurden die erwor-
benen Aktien in den Jahren 2006 und 2007 verkauft. Die
genauen An- und Verkaufsvorgänge können dem angefochtenen
Urteil (Seiten 4, 5) entnommen werden.

Der Kläger begehrt, die Beklagte habe ihm (in eventu

■■■■■ ■■■■■ EUR 9.995,72 sowie EUR 26.998,09, dies Zug um Zug gegen Übergabe von 4800, 1.744 Stück Aktien der Immofinanz AG, jeweils samt 4 % Zinsen zu bezahlen. Dazu werden drei Eventualbegehren gestellt, unter anderem ein Feststellungsbegehren.

Zur Begründung führte der Kläger aus, ■■■■■ ■■■■■ sei Konsumentin. Die Beklagte sei durch ihren Berater ■■■■■ ■■■■■ aufgetreten. Die Anlegerin habe ihr Geld absolut sicher veranlagen wollen. Der Vermögensberater habe ihr die letztlich auch angekauften Aktien empfohlen und sie als völlig sicher dargestellt. Er habe nicht auf allfällige Risiken der Veranlagung hingewiesen, sondern das Produkt mit einem Bausparvertrag verglichen. Der Anlegerin, die in Geldangelegenheiten unerfahren gewesen sei, sei dies glaubwürdig erschienen. Vor allem habe sie der Berater nicht darüber aufgeklärt, dass es sich bei der beabsichtigten Anlage um Aktien handle, die dem Risiko von Kursschwankungen ausgesetzt seien und dass daher ein Verlust des eingesetzten Kapitals möglich sei. Bei ordnungsgemäßer Aufklärung hätte ■■■■■ ■■■■■ die Aktien nicht gezeichnet, sondern eine Veranlagung gewählt, mit der kein Risiko eines Kapitalverlustes verbunden gewesen wäre. Entgegen dem Einwand der Beklagten sei sie nicht bereit gewesen, eine mittlere Riskobereitschaft einzugehen. Die Gesprächsnotiz sei nicht von ihr, sondern vom Berater ausgefüllt worden. Dieser habe erklärt, es handle sich dabei um eine vollkommen bedeutungslose Formalität. Da sie darauf vertraut habe, habe sie die Notiz ungelesen unterfertigt. Die Anlegerin treffe daher kein Mitverschulden. Dieses könne auch nicht darauf gestützt werden, dass sie erkennen hätte müssen, dass der Berater ihr eine ungeeignete Anlageform vermit-

telt habe und sie die Obliegenheit getroffen hätte, erzielte Kursgewinne zu realisieren anstatt weitere Aktien zu kaufen. Es sei nicht nachvollziehbar, wie sie auf Grund ihrer Unerfahrenheit erkennen hätte können, dass die Wertpapiere nicht ihren Wünschen entsprochen hätten.

Der Anspruch sei auch nicht verjährt. Es sei die 30-jährige Verjährungsfrist anzuwenden. Aber auch die dreijährige Verjährungsfrist sei noch nicht abgelaufen. Diese habe frühestens im Jahr 2008 zu laufen begonnen. [REDACTED] [REDACTED] habe erst durch Medienberichte im Jahr 2008 Kenntnis von der Risikoträchtigkeit der Produkte erlangt.

Die Beklagte hafte für die fehlerhafte Beratung ihres Beraters, der ihr zuzurechnen sei. Zusätzlich stütze sich der Kläger darauf, dass diese auch für eigenes Verschulden hafte, da sie ihren Geschäftsbetrieb schuldhaft so organisiert habe, dass es zur Fehlberatung kommen habe müssen. In diesem Zusammenhang behauptet der Kläger eine systematische Fehlberatung durch die Beklagte, lastet ihr an, dass sie keine Produktprüfung vorgenommen und gegen § 2 UWG verstoßen habe. Die Beklagte habe überdies ihr Eigeninteresse nicht offen gelegt („Kick-Backs“). Schließlich sei ihr Verhalten für den eingetretenen Schaden auch adäquat kausal gewesen. Soweit die Anlegerin die Aktien noch halte, begehre sie Zahlung Zug um Zug gegen Rückgabe; soweit sie veräußert worden seien, werde der Differenzschaden geltend gemacht.

Die Beklagte wendete ein, die Anlegerin habe eine mittelfristige Veranlagung mit einem Veranlagungshorizont von vier bis acht Jahren und dem Anlageziel eines höheren Kapitalwachstums bei mittlerer Risikobereitschaft angestrebt. Sie sei vom Berater darüber aufgeklärt worden,

dass es sich bei der beabsichtigten Kapitalanlage um Aktien handle. Aus den Gesprächsnotizen sei zudem erkennbar gewesen, dass es sich um Immobilienaktien handle, bei denen es auch zum Totalverlust des eingesetzten Kapitals kommen könne. [REDACTED] [REDACTED] habe nicht in den Vordergrund gestellt, dass sie kein Risiko eingehen und nicht gewusst haben wolle, dass die Wertpapiere keine Aktien seien. Sie sei daher über die gegenständliche Veranlagung aufgeklärt worden. Darüber hinaus bestehe zwischen der Vermittlung der Wertpapiere und deren Kursentwicklung kein Kausalzusammenhang. Die im Weiteren aufgetretenen massiven Kursverluste seien auf Malversationen innerhalb der Immobilienfinanz-Gruppe zurückzuführen und könnten der Beklagten nicht angelastet werden.

Die Anlegerin treffe ein Mitverschulden, sie habe in Kenntnis der Kursschwankungen Gewinne nicht vollständig realisiert bzw in Kenntnis von Wertverlusten nicht den Eintritt realer Verluste vermieden, sondern weitere Aktien gekauft. In den Gesprächsnotizen würden sich zudem Risikohinweise finden, die bei oberflächlichem Durchlesen ins Auge fielen und vom Anleger daher zu beachten seien, was im konkreten Fall offensichtlich nicht erfolgt sei. Dass die Gesprächsnotizen vom Berater ausgefüllt worden seien, sei nicht außergewöhnlich.

Der Anspruch sei verjährt. Der Anlegerin sei der Primärschaden bereits im Zeitpunkt der ersten Vermittlung im Juni 2005 entstanden, weil sich ihr Vermögen anders zusammengesetzt habe als erwünscht. Darüber hinaus habe sie spätestens im Jänner 2006 Kenntnis von Schaden und Schädiger gehabt. Sie habe Depotauszüge erhalten, aus denen insbesondere Wertschwankungen ersichtlich gewesen seien.

Der Vorwurf der mangelnden Produktprüfung werde bestritten. Die Behauptung einer systematischen Fehlberatung sei unrichtig, vor allem aber nicht verfahrensgegenständig. Die Bestimmungen des UWG könnten nicht herangezogen werden.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht dem Klage(haupt)begehren fast zur Gänze statt. Es wies lediglich ein Mehrbegehren von EUR 307,96 sA ab. Es stellte den aus den Seiten 4 bis 6 seiner Entscheidung ersichtlichen Sachverhalt fest, auf den zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird. In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, Rechtsprechung und Lehre würden bestimmte Aufklärungs- und Beratungspflichten festlegen. Die Kundin habe offensichtlich eine sichere Veranlagung mit hohen Zinsen gewollt. Jedem sorgfältig handelnden Berater hätte auf den ersten Blick auffallen müssen, dass sie keine Kenntnisse im Veranlagungsbereich gehabt habe und es ihr auch nicht möglich gewesen sei, den entsprechenden Erklärungen zu Produkten so zu folgen, dass sie verstanden hätte, welches Risiko damit einhergehe. Dies sei selbst dann anzunehmen gewesen, wenn dieses ihr in ausreichender Form erklärt worden wäre (was nicht festgestellt werden habe können). Gerade weil sich der Berater am Horizont seines Kunden zu orientieren habe, hätte der konkret handelnde Berater zum Schluss kommen müssen, dass Aktien - wie „sicher“ sie zum damaligen Zeitpunkt auch gesehen worden seien - keine geeignete Anlageform für [REDACTED] [REDACTED] gewesen seien. Diese sei bis zuletzt davon ausgegangen, einen Bausparvertrag abgeschlossen zu haben.

Daran könnten die Gesprächsnotizen nichts ändern. [REDACTED] [REDACTED] habe sie nicht gelesen, sie hätte sie aber auch im Fall, dass sie sie gelesen hätte, nicht verstan-

den. Beide Umstände hätten einem sorgfältigen Berater auffallen müssen. Dieser habe auch gar nicht den Versuch einer sorgfältigen Aufklärung über die Möglichkeit der Kursschwankungen und des Totalverlustes unternommen. Ein sorgfältiger Berater hätte in einer Extremsituation wie der vorliegenden zum Ergebnis gelangen müssen, dass bestimmte Kunden bestimmte Veranlagungsformen nicht abschätzen könnten. Dass [REDACTED] [REDACTED] dies nicht getan habe, sei als grob sorgfaltswidrig einzustufen.

Von einem Mitverschulden der Anlegerin sei nicht auszugehen. Wie für jedermann leicht erkennbar, habe sie sich damit zufrieden gegeben, von ihrem Berater zu hören, dass die Gesprächsnotiz nur der Dokumentation ihrer Anwesenheit diene. Der Berater habe auch keine Aussage dazu treffen können, sie konkret über die darin enthaltenen Risikoinformationen aufgeklärt zu haben. Sein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten sei der Beklagten gemäß § 1313a ABGB zuzurechnen.

Die Behauptung der systematischen Fehlberatung habe nicht geprüft werden müssen. Sie sei für den hier zu untersuchenden Einzelfall irrelevant.

Der geltend gemachte Anspruch sei auch nicht verjährt. Auf Grund der nicht vorhandenen Kenntnisse der Anlegerin und ihrer Möglichkeit, erst im Jahr 2009 zu erkennen, dass sie nicht gewollte Produkte erworben hatte, sei erst zu diesem Zeitpunkt von einer Kenntnis von Schaden und Schädiger auszugehen.

Zur Schadenshöhe sei auszuführen, dass der Vertrauensschaden gebühre. [REDACTED] [REDACTED] hätte bei ordnungsgemäßer Beratung eine sichere Veranlagungsform, also ein Sparbuch oder einen Bausparvertrag gewählt, die eine Bindung von sechs Jahren beinhaltet hätte. Dabei wäre mit

einer Verzinsung in Höhe der gesetzlichen Verzugszinsen von 4 % zu rechnen. Die begehrte Naturalrestitution Zugum-Zug sei berechtigt. Vom Klagebegehren seien EUR 307,96 abzuziehen, die die Anlegerin aus den Erwerben von „Conwert“ und „Eco“ im Laufe ihres Haltens erzielt habe.

Gegen den klagsstattgebenden Teil dieses Urteils richtet sich die Berufung der Beklagten aus den Berufungsgründen der Mangelhaftigkeit des Verfahrens, der unrichtigen Tatsachenfeststellung auf Grund unrichtiger Beweiswürdigung und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, es im gänzlich klagsabweisenden Sinn abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die **Berufung** ist teilweise berechtigt.

Vorausgeschickt wird, dass auf die behauptete Mangelhaftigkeit des Verfahrens, die sich nur auf die zuerkannte Verzinsung von 4 % bezieht, im Zusammenhang mit der Rechtsrüge eingegangen werden wird. Zunächst wird die Beweisrüge behandelt.

Bekämpft werden die Feststellungen, wonach die Zeugin ■■■■ weder über Kenntnisse von Wertpapieren noch über Kenntnisse im Veranlagungsbereich verfügt, der Zeuge ■■■■ sie nicht über die Möglichkeit von Kurschwankungen informiert habe, auch nicht darüber, dass die Rendite auch weniger als 7-8 % sein könnte und sie davon überzeugt gewesen sei, eine Art Bausparvertrag zu halten; des weiteren, dass eine Risikoaufklärung durch den Zeugen ■■■■ nicht stattgefunden habe, ihm die Unerfahrenheit der Zeugin ■■■■ auffallen hätte müssen, er behauptet habe, er benötige die Unterschrift auf den

Gesprächsnotizen nur zur Bestätigung der Anwesenheit, wobei der Zeuge [REDACTED] die Zeugin [REDACTED] weder über ihre Anlageziele gefragt noch über die Risiken aufgeklärt habe.

Anstelle dessen werden folgende Feststellungen begehrt:

„[REDACTED] war auf Grund der Erklärungen von [REDACTED] sowie der von [REDACTED] unterfertigten Urkunden bewusst bzw hätte es ihr bewusst sein müssen, dass sie mit gegenständlichen Veranlagungen Aktien erworben hat. [REDACTED] war generell bekannt, dass es sich bei Aktien um eine Geldveranlagung handelt, wo man einmal mehr und einmal weniger kriegt. Es war ihr bekannt, dass Aktien hinauf- und hinuntergehen. Auf die mit den getroffenen Veranlagungen verbundenen Risiken von Kursschwankungen und die damit verbundene Möglichkeit von Kapitalverlusten hat [REDACTED] [REDACTED] hingewiesen. Die Erteilung dieser Informationen wurde im Rahmen von Aufklärungsgesprächen auf dafür vorgesehene Gesprächsnotizen festgehalten. Die Gesprächsnotizen wurden von [REDACTED] im Beisein von [REDACTED] ausgefüllt, wobei [REDACTED] die darin enthaltenen Punkte erklärte und die Gesprächsnotizen von dieser unterfertigt wurden. Es kann nicht festgestellt werden, dass [REDACTED] mit Zeichnung gegenständlicher Veranlagungen davon ausgegangen ist, eine Art Bausparer, gebunden auf 6 Jahre zu halten. Spätestens mit Verkauf der ersten Immofinanzaktien im Jahr 2006, sohin vor Ablauf der von [REDACTED] behauptetermaßen angenommenen Bindungsfrist, war [REDACTED] bekannt, dass sie keine Art Bausparer mit sechsjähriger Bindungsdauer erworben hat. [REDACTED] hat auch die aus dem Jahr 2005 stammende Beilage ./SSS mit den darin enthaltenen Hinweisen auf Aktien im Zusammenhang mit gegenständlichen Veranla-

gungen gelesen."

Vor Eingehen auf die dazu angestellten Überlegungen ist festzuhalten, dass der von der Berufungswerberin im Zuge der Beweisrüge behauptete Verfahrensmangel, nämlich eine mangelhafte Begründung der Beweiswürdigung, nicht vorliegt. Diese ist entgegen den Berufungsausführungen sehr wohl überprüfbar. Das Erstgericht hat sich ausführlich mit den Aussagen der beteiligten Personen, der Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] auseinander gesetzt und sie beweismwürdigen Erwägungen unterzogen.

Diesen hält die Berufungswerberin entgegen, die Zeugin [REDACTED] habe sich im Rahmen ihrer Aussage in Widersprüche verstrickt und sei daher im Ergebnis nicht glaubwürdig. Sie habe das veranlagte Geld, das aus einer Abfertigung gestammt habe, im Laufe ihrer Vernehmung unterschiedlich hoch beziffert. Auch wenn sie am Kapitalmarkt, so wie es das Erstgericht ausführe, nicht bewandert sein sollte, sei ihr wohl zuzutrauen, zu wissen, wie viel Geld sie an Erspartem zur Verfügung und wie viel sie an Abfertigung bekommen habe.

Auch wenn nicht ganz nachvollziehbar ist, weshalb die Anlegerin [REDACTED] zur Höhe der ihr zur Veranlagung zur Verfügung stehenden Geldsumme unterschiedliche Angaben gemacht hat, sie insofern also tatsächlich widersprüchlich aussagte, bedeutet dies noch nicht, dass sie sich am Kapitalmarkt, insbesondere in der von der Beklagten behaupteten Art und Weise auskannte, und sich der mit der empfohlenen Veranlagung verbundenen Risiken bewusst war. Denn auch eine Person, die eindeutig weiß, über welche Ersparnisse sie verfügt, kann im Veranlagungsbereich völlig unerfahren sein. Zudem bedeutet der Umstand, dass die Aussage der Zeugin [REDACTED] zur Höhe ihrer Ersparnisse nicht

eindeutig war, nicht, dass sie insgesamt als unglaubwürdig betrachtet werden müsste und ihre Angaben zu verwerfen wären.

Wie die Berufungswerberin selbst aufzeigt, sagte Margaret [REDACTED] aus, sie habe vor dem gegenständlichen Investment mehrere Bausparverträge abgeschlossen und über ein Girokonto sowie Sparbücher verfügt. Daraus folgt bereits, dass sie im Umgang mit Wertpapierveranlagungen keine Erfahrung hatte. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass sie angeben konnte, dass eine Aktie eine Geldveranlagung sei, wo man einmal mehr und einmal weniger kriege. Sie war nämlich hinsichtlich der konkreten Veranlagung, wie sie wiederholt aussagte, der Ansicht, sie habe keine Aktien erworben und solche auch nie gewollt. Der Berater [REDACTED] habe nie Aktien erwähnt. Sehr plakativ erläuterte sie, wenn sie im Fernsehen gehört habe, dass Aktien so gefallen seien, habe sie zu ihrem Mann gesagt, wie gut, dass ich keine Aktien habe, sondern Immobilien.

Entgegen dem Berufungsvorbringen konnte die Zeugin [REDACTED] offenkundig auch nichts mit dem Begriff „Wertpapier“ anfangen. Über Frage, warum sie nicht in Aktien investieren habe wollen, aber in Wertpapiere schon, gab sie nämlich an, Wertpapiere seien für sie sicher. Unter einer Aktie verstehe sie kein Wertpapier. Diese Äußerungen zeigen, dass die Anlegerin keine nähere Kenntnis über Aktien bzw Wertpapieren hatte. Sie wiederholte jedoch mehrmals, sie habe mit der Veranlagung überhaupt kein Risiko eingehen wollen und habe gedacht, die Investition sei ein Bausparvertrag, der anders heiße und auf sechs Jahre laufe. Der Berater [REDACTED] habe ihr gesagt, das sei mündelsicher und es könne nichts passieren.

Richtig ist im Sinn der Berufungsausführungen, dass die Zeugin [REDACTED] erklärte, die Abrechnungen, die sie erhalten habe, seien nicht mit jenen zu vergleichen gewesen, die man jedes Jahr über den Bausparvertrag erhalte. Sie ergänzte dazu allerdings, sie habe sich mit dem Depotauszug überhaupt nicht ausgekannt, ja sogar einmal eine Arbeitskollegin gefragt, die sich allerdings ebenfalls nicht ausgekannt habe. Weshalb sich daher aus dieser Aussage Erfahrung der Anlegerin im Kapitalmarktbereich ergeben sollte, ist nicht erkennbar.

Daran ändert auch nichts, dass die Anlegerin Einladungen zu Hauptversammlungen in Wien erhalten haben soll. Dazu erklärte [REDACTED] Herr [REDACTED] habe ihr gesagt, dass sie das nicht interessieren müsse, sie da nicht hingehen brauche und er alles für sie mache. Dass sie, was ebenfalls moniert wird, ein bzw zwei Jahre nach der Veranlagung einen Gewinn von rund EUR 15.000,-- hatte, fand sie ihrer Aussage nach „das Tollste, was man machen kann“. Dies ändert aber nichts daran, dass sie der Auffassung war, ihr Geld sei ähnlich wie bei einem Bausparvertrag auf sechs Jahre gebunden, wobei sie auf Grund der Angaben des Zeugen [REDACTED] gedacht habe, das habe mit Immobilien zu tun. Damit erklärte sie auch die von der Berufungswerberin relevierte Beilage ./SSS. Als ihr vorgehalten wurde, dass die Überschrift darin lautet „Immofinanz Immobilien Anlagen AG“, gab sie an, sie habe gedacht, das habe mit ihren Immobilien zu tun.

Die Glaubwürdigkeit der Anlegerin [REDACTED] im hier maßgeblichen Bereich wird auch nicht durch die weiters monierte Aussage beeinträchtigt, sie habe den Zeugen [REDACTED] erst im Jahr 2005 vor der gegenständlichen Veranlagung kennen gelernt. Tatsächlich habe das Erstge-

richt nämlich festgestellt, dass der erste Kontakt aus dem Jahr 2003 hergerührt habe. Diese Feststellung ist den Angaben des Zeugen [REDACTED] entnommen, wonach es im Jahr 2003 zu einem Gespräch gekommen sei, dessen Gegenstand britische Lebensversicherungen und Dachfonds gewesen seien. Abgesehen davon, dass dies gegenüber der Anlegerin nicht thematisiert wurde, schließlich war dieser Punkt nicht verfahrensgegenständlich, ist es durchaus möglich, dass sie sich an das Gespräch im Jahr 2003 nicht erinnerte und daher dachte, sie habe [REDACTED] [REDACTED] erstmals im Jahr 2005 getroffen.

Zutreffend ist, dass die in der Beweiswürdigung enthaltene Wiedergabe der Aussage der Anlegerin, sie habe angenommen, dass ohnehin nur mehr alle Leute so wie sie veranlassen würden und nicht mehr bei der Bank, nicht ganz zutreffend ist. Die Angabe lautet dahin, dass [REDACTED] [REDACTED] angenommen habe, dass eben sehr viele Leute von der Bank in die Immobilien gewechselt seien, weil jeder versuche ja, möglichst viel herauszuholen. Diese Ungenauigkeit ist für die Beweiswürdigung insgesamt aber nicht von entscheidender Bedeutung. Das Erstgericht hat darin die ausführliche Aussage der Zeugin [REDACTED] detailliert wiedergegeben und für das Berufungsgericht nachvollziehbar dargelegt, dass die Zeugin bei ihrer mehrere Stunden dauernden Einvernahme ein eindrucksvolles Bild ihrer Ahnungslosigkeit und Unkenntnis im Bereich der Vermögensveranlagungen geboten hat. Das Erstgericht hat von der Zeugin [REDACTED] den beschriebenen persönlichen Eindruck gewonnen und ist im Sinn des § 272 ZPO zur Auffassung gelangt, sie sei als glaubwürdig anzusehen, weshalb auch ihren Angaben gefolgt werden könne.

Zur Aussage des Beraters [REDACTED] verwies das

Erstgericht darauf, er habe im Grunde angegeben, was er grundsätzlich den Leuten erklärt habe, die in die gegenständlichen Aktien veranlagt hätten. Dies ist richtig. Der Berater erklärte über Befragung, er habe gesagt, dass es eine Immobilienaktie sei, das habe er Frau [REDACTED] sicher auch so erklärt, er habe das ja allen Leuten immer so erklärt.

Zur Frage, welche Informationen er zur Risikoträchtigkeit der Veranlagung gegeben habe, erklärte sich der Zeuge, worauf das Erstgericht richtig hinweist, nicht genauer. Er gab an, es falle ihm jetzt nichts Konkretes ein, was er [REDACTED] [REDACTED] zur Risikobereitschaft gesagt habe. Wenn er gefragt worden wäre, was könnte im schlimmsten Fall sein, z.B. dass die Immofinanz hops gehe und dann alles weg sei, so hätte er den worst case so beschrieben. Im Jahr 2005 sei dies in den Gesprächen, glaube er, nicht das Thema gewesen, dass es einen Totalverlust geben könnte. In diesem Sinne ausweichend antwortete er auch auf die Frage, ob er die von ihm erwähnte Unterlage, in der er - auch gegenüber der Anlegerin [REDACTED] - Kursentwicklungen aufgezeichnet habe, vorlegen könne. Er erklärte nämlich bloß, sie befinde sich in seinem Auto. Eine solche Äußerung bekräftigt, wie das Erstgericht zutreffend festhielt, nicht die Glaubwürdigkeit des Zeugen.

Aus welchen Erwägungen das Erstgericht die Aussage des Zeugen [REDACTED] dennoch für glaubwürdig bzw für glaubwürdiger als jene der Anlegerin [REDACTED] halten hätte müssen, kann die Berufungswerberin nicht darlegen. Wenn sie in diesem Zusammenhang darauf hinweist, der Zeuge habe Frau [REDACTED] erklärt, dass es eine Aktie sei, wird übergangen, dass die Anlegerin, sollte sie diese Aussage

wahrgenommen haben, ganz offensichtlich nicht auf ihren eigenen Geschäftsfall bezogen hat. Wie schon erwähnt, wollte sie dezidiert keine Aktien erwerben, sondern bei ihrem Bausparvertrag bleiben. Insgesamt ist es auch für das Berufungsgericht nicht nachvollziehbar, dass der Zeuge [REDACTED] die Unerfahrenheit und Ahnungslosigkeit der Anlegerin nicht erkannt haben sollte.

In diesem Zusammenhang verweist die Berufungswerberin auf den Inhalt der Gesprächsnotiz und die darin enthaltenen Risikohinweise. Dazu gab die Anlegerin an, der Berater habe ihr gesagt, das brauche er nur zur Bestätigung ihrer Anwesenheit. Aus den eingehenden Ausführungen des Erstgerichtes über die Zeugin [REDACTED] ist es nachvollziehbar, dass sie die Risikohinweise nicht gelesen hat und ihr daher nicht aufgefallen ist, was sie damit unterschrieben hat. In diesem Zusammenhang ist es auch nicht unplausibel, wenn die Anlegerin angibt, sie habe die Hinweise nicht auf sich bezogen, weil sie keine Aktien wollte und der Ansicht war, keine solchen zu erwerben.

Zwar ist der Berufungswerberin zuzustimmen, dass vom Zeugen [REDACTED] nicht gefordert werden kann, er müsse sich an jede Beratungs- und Beschwerdesituation mit der Zeugin [REDACTED] dies noch dazu zu einem mehrere Jahre zurückliegenden Beratungsgespräch, erinnern. Dies ändert aber nichts daran, dass der Zeuge immerhin so weit konkret wurde, dass er angeben konnte, es falle ihm nichts Konkretes ein, was er der Anlegerin zur Risikobereitschaft gesagt habe, und dass er, wie schon erwähnt, die von ihm behaupteten Unterlagen zu aufgezeichneten Kursentwicklungen nicht vorlegen konnte. Damit fehlt es an einschlägigen Beweisergebnissen für die von der Beklagten begehrte Feststellung, der Zeuge [REDACTED] habe auf die

mit den getroffenen Veranlagungen verbundenen Risiken von Kursschwankungen und die damit verbundene Möglichkeit von Kapitalverlusten hingewiesen.

Letztlich ist nachvollziehbar, dass der Zeuge [REDACTED]-meister der Anlegerin [REDACTED] die empfohlenen Aktien als sicher dargestellt hat. Er sagte nämlich aus, aus der Historie habe man gesehen, dass „das vielleicht nur ein paar Prozent runtergehen könne“, und dass er selbst investiert hatte, was zweifelsfrei darauf schließen lässt, dass er die Veranlagung für sicher hielt. Daher ist es auch nicht zu beanstanden, wenn das Erstgericht feststellte, der Berater habe [REDACTED] [REDACTED] mitgeteilt, es würde sich um eine sichere Anlage handeln.

Zusammenfassend ergibt sich, dass das Berufungsgericht die Beweiswürdigung des Erstgerichtes für nachvollziehbar begründet hält. Die getroffenen Feststellungen werden übernommen und der rechtlichen Beurteilung zugrunde gelegt (§ 498 Abs 1 ZPO).

In der Rechtsrüge macht die Berufungswerberin sekundäre Feststellungsmängel zur Verjährung geltend. Das Erstgericht hätte feststellen müssen, dass der Zeugin [REDACTED] der Schaden bereits im Jahr 2005 bzw wesentlich vor dem 3.1.2009 erkennbar gewesen sei bzw warum dies trotz der aufgezeigten Aussagen der Zeugin eben erst im Jahr 2009 erkennbar gewesen sei. Der Klägerin seien nahezu jährlich Kapitalerhöhungen der Immofinanz angekündigt worden, weshalb ihr als durchschnittlich aufmerksamer Anlegerin bereits im Jahr 2005 aufgefallen wäre, dass sie in Aktien, somit in volatile Wertpapiere, investiert habe. Eben dies habe sie auch der ./SSS, die aus dem Jahre 2005 stamme, entnehmen können. Sie sei mehrmals zur Hauptversammlung eingeladen worden, worin auch vermerkt

sei, dass es sich um eine Versammlung von Aktionären handle.

Das Erstgericht stützte sich zur Verneinung des Verjährungseinwandes auf die Feststellung, dass die Zeugin [REDACTED] erst mit der Information über ihren Vermögensstand am Depot mit 3.1.2009 erfahren habe, dass sie einen Verlust erlitten habe. In rechtlicher Hinsicht führte es aus, auf Grund der nicht vorhandenen Kenntnisse von [REDACTED] [REDACTED] und ihrer Möglichkeit, erst im Jahr 2009 zu erkennen, dass sie ein Produkt erworben hatte, das sie nicht erwerben wollte, sei erst zu diesem Zeitpunkt von einer Erkennbarkeit des Schadens auszugehen.

In rechtlicher Hinsicht würde sich nichts ändern, wären die begehrten Feststellungen zu Ankündigungen von Kapitalerhöhungen, Einladungen zu Hauptversammlungen und zur ./SSS, in der die Eckdaten der Immofinanz Immobilien Anlagen AG angeführt werden und auf eine Kapitalerhöhung hingewiesen wird, getroffen worden. Zur ./SSS wurde schon in der Beweisrüge Stellung genommen und ausgeführt, dass die Zeugin [REDACTED] mit dieser nichts verband, da sie dachte, die Aktien hätten nichts mit ihr zu tun, weil sie ja keine Aktien habe. Ebenso wenig konnte sie nach ihrer Aussage mit der Einladung zu Hauptversammlungen etwas anfangen, was somit zweifellos auch auf die Kapitalerhöhungen zutreffen hätte. Dazu bleibt die Berufungswerberin auch den Beweis schuldig, dass und weshalb die Zeugin [REDACTED] trotz ihrer sonstigen Unkenntnis und Unerfahrenheit im Veranlagungsbereich und angesichts ihrer intellektuellen Fähigkeiten den Bedeutungsinhalt dieser Umstände erkennen und daraus den Schluss ziehen hätte können, sie habe Aktien bzw volatile Wertpapiere erworben. Darüber hinaus ergibt sich aus der Ankündigung von Kapitalerhöhungen

noch nicht zwingend, dass für die Klägerin erkennbar war, dass sie einen Schaden erlitten hatte.

In rechtlicher Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass für den Beginn der Verjährungsfrist des § 1489 ABGB der Zeitpunkt maßgeblich ist, in dem dem Geschädigten der Schaden, die Person des Schädigers und die Schadensursache bekannt geworden ist (RIS-Justiz RS0034951). In einem Fall wie dem vorliegenden ist entscheidend, zu welchem Zeitpunkt die Anlegerin erkannte, dass ihr Investment - entgegen der Zusicherung - nicht risikolos war, sondern die Gefahr eines Kapitalverlustes in sich barg. Ein nach Kenntnis der Risikoträchtigkeit des Investments eintretender weiterer Schaden ist als bloßer Folgeschaden zu qualifizieren, dessen Verjährung gleichfalls mit der Kenntnis vom Eintritt des Erstschadens beginnt (6 Ob 103/08b mwN). Nach der Rechtsprechung muss dem Geschädigten der anspruchsbegründende Sachverhalt zwar nicht in allen Einzelheiten, aber doch so weit bekannt sein, dass er mit Aussicht auf Erfolg klagen kann (RIS-Justiz RS0034524).

Eine Erkundigungspflicht ist idR dann zu bejahen, wenn Verdachtsmomente bestehen, aus denen der Anspruchsberechtigte schließen kann, dass Verhaltenspflichten nicht eingehalten wurden (RIS-Justiz RS0034327 [T21]). Musste der Geschädigte jedoch bestimmte Umstände nicht als wahrscheinlich betrachten, so beginnt für die dadurch bedingten Schäden die Verjährungsfrist erst mit deren positiver Kenntnis zu laufen (RIS-Justiz RS0034378). Nach ständiger Rechtsprechung dürfen an die Erkundigungspflicht generell keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden. Nur wenn der Geschädigte die für die erfolgsversprechende Anspruchsverfolgung notwendigen Vor-

aussetzungen ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung bringen kann, gilt die Kenntnisnahme schon als in dem Zeitpunkt erlangt, in welchem sie ihm bei angemessener Erkundigung zuteil geworden wäre (7 Ob 242/99k, 1 Ob 64/00v; RIS-Justiz RS0034327). Die Erkundigungspflicht des Geschädigten darf hinsichtlich der maßgebenden Tatsachen, die zur Erhebung einer Schadenersatzklage erforderlich sind, nicht überspannt werden.

Im Zuge des Ankaufs von Wertpapieren oder Veranlagungen kann die Kursentwicklung einen Indikator für die vom Anleger unerwünschte Risikoträchtigkeit einer Anlageform und eine Fehlberatung abgeben. Einem Anleger, der davon ausgeht, dass die ihm vermittelte Anlageform keinem Kursrisiko unterliegt, muss ein Irrtum in dem Moment bewusst werden, in dem ihm bekannt wird, dass sein Anlageprodukt eine negative Kursentwicklung nimmt. Eindeutiges Indiz für den Anleger sind an ihn gerichtete Depotstands- oder Kontostandsauszüge und Mitteilungen zB des Emittenten oder des Beraters. Ist dem Anleger aus derartigen Unterlagen ein aktueller Wertverlust erkennbar, muss ihm auch klar sein, dass er entgegen der ihm erteilten Beratung sein Geld für ein Kursschwankungen unterworfenen Wertpapier ausgegeben hat. Auf Grund der Kenntnis des Kursverlusts liegt somit die Kenntnis der falschen Risikoklasse und des Beratungsfehlers auf der Hand (10 Ob 39/11z mwN).

Folgt man diesen Rechtsausführungen, so ist die rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes nicht zu beanstanden. Danach erhielt die Anlegerin erstmals durch den Depotauszug mit 3.1.2009 Kenntnis davon, dass sie einen Verlust erlitten und somit Papiere erworben hatte, die risikoträchtig waren und nicht ihrem Beratungsziel ent-

sprachen, zu denen ihr aber erklärt worden war, es handle sich um eine sichere Anlage. Davon, dass die Anlegerin [REDACTED] derartige Schlussfolgerungen der ./SSS, in der auch von einer Kapitalerhöhung die Rede ist, entnehmen hätte können, kann nicht ausgegangen werden. Die Berufungswerberin vermag dies auch nicht nachvollziehbar aufzeigen. Dazu ist, weil sie in diesem Zusammenhang nochmals auf die Gesprächsnotiz Bezug nimmt, auf die Ausführungen des Erstgerichtes zu verweisen, wonach die Anlegerin diese Urkunde weder gelesen hat noch sie, hätte sie die Notiz gelesen, verstehen hätte können. Sie konnte daraus auch nicht den Schluss ziehen, dass sie eine Veranlagung in Aktien in Auftrag gegeben hatte.

Der Verjährungseinwand ist daher unberechtigt.

Im weiteren geht die Berufungswerberin auf das vom Erstgericht verneinte Mitverschulden der Anlegerin ein. Sie bekämpft somit die Ausführungen des Erstgerichtes zu ihrer Haftungsgrundlage, wobei ihr das Verhalten des [REDACTED] [REDACTED] gemäß § 1313a ABGB zugerechnet wurde, nicht. Es kann daher auf die zutreffenden Ausführungen des Erstgerichtes verwiesen werden, wonach der Berater [REDACTED] der Zeugin [REDACTED] mit dem gegenständlichen Investment zugesichert hat, sie erwerbe eine sichere Anlage; über deren Risikoträchtigkeit wurde sie nicht aufgeklärt. Obwohl die empfohlene Veranlagungsform für [REDACTED] [REDACTED] nicht geeignet war, weil sie das Risiko nicht abschätzen konnte und obwohl sie diese auch nicht wollte, wurde sie ihr „verkauft“.

Auch zum Mitverschulden macht die Berufungswerberin sekundäre Feststellungsmängel geltend. Das Erstgericht hätte erheblich mehr und [REDACTED] Feststellungen zum Mitverschulden treffen müssen. Dies wird nachfolgend

nur dahin präzisiert, es hätten Feststellungen zu den übergebenen Unterlagen getroffen werden müssen, wobei in der Folge nochmals auf die ./SSS Bezug genommen wird. Ebenfalls hätte es Feststellungen zu den Angaben und Gefahrenhinweisen auf den Gesprächsnotizen bedurft.

Da die Berufungswerberin keine weiteren Unterlagen als die ./SSS und die Gesprächsnotiz anführt, kann auch nur auf diese Urkunden Bezug genommen werden. Zu den Gesprächsnotizen hat das Erstgericht Feststellungen getroffen. Richtig ist, dass die ./SSS im Sachverhalt nicht erwähnt wird. In der Beweiswürdigung wird insofern darauf Bezug genommen, als darauf hingewiesen wird, der Vermögensberater habe dort noch einen handschriftlichen Zusatz zu den Zinsen ergänzt, nämlich EUR 38.000,-- bei 8 % EUR 253,-- Zinsen pro Monat, was die Anlegerin in ihrem Glauben an eine Veranlagung mit Zinserträgen in hohem Ausmaß bestärkt habe. Weder der Inhalt dieser Beilage noch der Gesprächsnotizen könnten, wären dazu Feststellungen getroffen worden, ein Mitverschulden der Anlegerin begründen.

Der Vorwurf des Mitverschuldens betrifft stets die Frage der subjektiven Vorwerfbarkeit eines Verhaltens, die nicht losgelöst vom Wissensstand und den intellektuellen Fähigkeiten des Geschädigten beantwortet werden kann. Dabei handelt es sich um eine typische Einzelfallbeurteilung (8 Ob 167/09f mwN). Bei unrichtiger Anlageberatung kann ein Mitverschulden des Kunden in Betracht kommen, wenn er selbst auf dem Anlagesektor hervorragende Kenntnisse besitzt und ihm daher die Unrichtigkeit der Anlageberatung auffallen hätte müssen (RS0102779). Risikohinweise und -erklärungen in Kontoeröffnungs- und Wertpapierkaufantragsformblättern sind ohne besondere Aufklä-

rung nicht geeignet, den sich aus dem Verkaufsprospekt ergebenden Eindruck für einen gewöhnlich aufmerksamen Anleger zu widerlegen (8 Ob 25/10z mwN ua).

Nach dem Sachverhalt war die Anlegerin in Wertpapierveranlagungen in keiner Weise erfahren und wollte keine Aktien erwerben. Obwohl dies dem Vermögensberater erkennbar war, empfahl er Aktien und erklärte dazu, sie seien sicher. Die Kundin konnte die für die Veranlagung entscheidenden Faktoren aufgrund ihrer intellektuellen Fähigkeiten nicht erkennen und musste aufgrund der Aussagen des Beraters auch nicht annehmen, dass die schriftlichen Unterlagen von diesen Aussagen abweichen würden.

Selbst wenn aber trotz der beschriebenen entlastenden Umstände der Anlegerin als gewisse Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten anzurechnen wäre, dass sie den Angaben des Beraters [REDACTED] vertraut und die in den Gesprächsnotizen enthaltenen Risikohinweise nicht zum Anlass weiterführender Recherchen gemacht hat, tritt diese Fahrlässigkeit gegenüber der primär ursächlichen Fehldarstellung der empfohlenen Veranlagungsform durch den Berater weit zurück (vgl dazu beispielsweise 8 Ob 25/10z mwN ua). Dies bedeutet, dass der Anlegerin nicht angelastet werden kann, dass sie die Risikohinweise nicht gelesen hat, zumal sie sie ohnedies nicht verstanden hätte. Letzteres hätte nach dem Sachverhalt und den beweiswürdigen Überlegungen aber einem sorgfältigen Berater auffallen müssen. Dass es letztlich trotzdem zu der empfohlenen Veranlagung kam, ist auf ein grob sorgfaltswidriges Verhalten dieses Beraters zurückzuführen, gegenüber dem ein allfälliges Verschulden der Zeugin [REDACTED] zu vernachlässigen ist.

Letztlich ist auf den beanstandeten Verfahrensmangel

einzuwenden. Zu der zugesprochenen Verzinsung von 4 % sei die Anwendung des § 273 ZPO nicht gerechtfertigt. Feststellungen zu einer Alternativveranlagung fänden sich nicht. Dass für die Anlegerin im Zeitraum 2005 bis jetzt eine durchschnittliche Verzinsung von 4 % nicht erreichbar sei, sei gerichtsnotorisch. Ein pauschaler Zuspruch eines Zinsschadens in Höhe des gesetzlichen Zinssatzes hätte daher unterbleiben müssen.

Der Berufungswerberin ist beizupflichten, dass den Geschädigten die Behauptungs- und Beweislast nicht nur dafür trifft, dass er bei korrekter Information die tatsächlich gezeichneten Wertpapiere nicht erworben hätte, sondern auch dafür, wie er sich bei korrekter Information hypothetisch alternativ verhalten und sich so sein Vermögen entwickelt hätte. An der Behauptungs- und Beweislast für die genannten Kriterien ändert sich auch dann nichts, wenn man diese Frage allein der Schadenshöhe zuordnet. Der Geschädigte ist nach ständiger Judikatur auch für die Höhe des Schadens behauptungs- und beweispflichtig, daher auch für die Schadensberechnung (7 Ob 77/10i mwN).

Der Kläger hat im Verfahren erster Instanz behauptet, bei entsprechender Aufklärung hätte die Anlegerin die Aktie nicht gezeichnet, sondern ihr Geld in eine Veranlagung investiert, mit der kein Risiko eines Kapitalverlustes verbunden gewesen wäre. Begehrt werde der gesamte angelegte Kapitalbetrag samt Schadenersatz für den Ertrag eines Alternativinvestments. Die daraus resultierenden Zinsen werden im Klagebegehren mit 4 % angegeben. Dieses Vorbringen ist schlüssig, vom Kläger wurde der Nachweis dafür jedoch nicht erbracht. Ein Anwendungsfall des § 273 ZPO liegt nicht vor, weil nicht davon ausgegangen werden kann, dass es für den Kläger mit unver-

hältnismäßigen Schwierigkeiten verbunden gewesen wäre, den Beweis über den begehrten, strittigen Zinsbetrag zu erbringen. Es hätten nur die entsprechenden Unterlagen zu dem behaupteten Ertrag eines Alternativinvestments - folgt man der Aussage der Klägerin, dann hätte es sich wiederum um Bausparverträge gehandelt - vorgelegt werden müssen. Der Berufungsgegnerin ist in diesem Zusammenhang zuzustimmen, dass eine durchschnittliche Verzinsung von 4 % im Zeitraum 2005 bis jetzt nicht als gerichtsnotorisch angesehen werden kann. Da der Kläger den von ihm begehrten Zinsenertrag somit nicht nachgewiesen hat, ist das Zinsenbegehren insoweit unberechtigt.

Der Berufung war daher größtenteils nicht Folge zu geben. Berechtigt ist lediglich der Einwand hinsichtlich des Zinsenzuspruches und zwar, da eine Fälligkeit nicht aktenkundig ist, bis zum Zeitpunkt der Klagszustellung. Ab diesem Zeitpunkt stehen die gesetzlichen Verzugszinsen gemäß den §§ 1000 Abs 1, 1334 ABGB zu. Das angefochtene Urteil war daher wie aus dem Spruch ersichtlich abzuändern.

An der Kostenentscheidung ändert sich durch die geringfügige Abänderung bzw das geringfügige Obsiegen der Berufungswerberin nichts. Diese stützt sich sowohl hinsichtlich der Kosten des Verfahrens erster Instanz als auch der Kosten des Berufungsverfahrens (unverändert) auf § 43 Abs 2 ZPO, im Berufungsverfahren zusätzlich auf § 50 ZPO. Da das Erstgericht den Beitritt der Nebenintervenienten Immofinanz AG und MMag. Dr. Karl Petrikovics mit Beschluss vom 26.4.2011 unbekämpft zurückgewiesen hat, steht der verzeichnete Streitgenossenzuschlag nicht zu.

Der Ausspruch über die Unzulässigkeit der ordentlichen Revision beruht auf § 502 Abs 1 ZPO. Die zur Beur-

teilung anstehenden Rechtsfragen wurden in Übereinstimmung mit der herrschenden Rechtsprechung gelöst.

Oberlandesgericht Wien
1016 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 5, am 25. Jänner 2012

Dr. Maria Schrott-Mader

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG