



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

5 R 272/12z

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin Dr. Schrott-Mader als Vorsitzende sowie die Richterin Dr. Strolz und den KR Mag. Rosi in der Rechtssache der klagenden Partei [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] vertreten durch Mag. Eric Breiteneder, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei **Meinl Bank AG**, 1010 Wien, Bauernmarkt 2, vertreten durch Kunz Schima Wallentin Rechtsanwälte OG in Wien, wegen zuletzt EUR 24.121,88 sA, über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 29.5.2012, GZ 56 Cg 23/12v-34, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die Beklagte ist schuldig, der Klägerin die mit EUR 1.944,06 bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens (darin enthalten EUR 324,01 USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

Entscheidungsgründe :

Die Klägerin begehrt die Aufhebung der am 23.6.2006, 3.11.2006, 7.2.2007 abgeschlossenen Kaufverträge über insgesamt 1500 Stück Zertifikate der Meinl European Land Ltd (AT 0000660659) und die Rückabwicklung aus dem Titel

der Irrtumsanfechtung und des Schadenersatzes (Naturalrestitution).

Sie begehrte zuletzt die Zahlung von EUR 24.121,88 sA Zug-um-Zug gegen Rückstellung der Wertpapiere. Eventualiter erhob sie ein Feststellungsbegehren über die Haftung der Beklagten für den zukünftigen Schaden aus den Wertpapiergeschäften.

Die Klägerin habe die Beklagte, die auch die Depotbank sei, mit dem Kauf der Wertpapiere beauftragt. Sie sei dabei von [REDACTED], einer Mitarbeiterin der Meinl Success Finanz AG (MSF) beraten worden. Dieses Unternehmen sei eine 100%ige Tochter der Beklagten, die sie als Vertriebspartnerin eingesetzt habe und daher der Beklagten als Gehilfin zuzurechnen. Die Veranlagung habe so sicher wie möglich sein sollen. Im Vertrauen auf den guten Namen Meinl und die Versprechungen in den übergebenen Prospekten habe die Klägerin die Beklagte mit dem Kauf von Aktien der MEL beauftragt. Die MEL Zertifikate seien dem Anleger gegenüber stets als - wenn auch sichere - Aktien dargestellt worden. Von der Beraterin sei die Veranlagung unter Hinweis auf die Informationsbroschüren der Beklagten als eine de facto sichere Anlage mit hohem Ertrag präsentiert worden. Durch die Formulierung in den Informationsbroschüren sei ihr der Eindruck vermittelt worden, dass der investierte Betrag praktisch nicht zu verlieren sei. Auf Grund des Namens Meinl habe die Klägerin angenommen, dass es sich bei den Wertpapieren um ein „österreichisches Produkt“ handle. Die Klägerin sei von der Beklagten bzw ihr zuzuordnenden Gehilfen darüber getäuscht worden, dass kein Kauf von Aktien nach österreichischem Recht vorliege. Hinsichtlich der Sicherheit sei die Investition einer Investition in Sparbüchern gleichwertig dargestellt worden.

Bei Kenntnis der nun bekannten Umstände hätte sie

ihr Geld nicht in diese Wertpapiere investiert.

Die Beklagte habe das in der Klage in den Punkten a) bis f) eingehend dargestellte System eingerichtet, dabei Insiderwissen eingesetzt und dieses bewusst - wie den Aktienrückkauf - vor der Öffentlichkeit verheimlicht. Sie habe die Öffentlichkeit aktiv getäuscht und noch im August 2007 behauptet, mit der Geschäftsführung der MEL nichts zu tun zu haben. Auch wenn sie mit Geschick die Prospekte von der FMA habe bewilligen lassen, sei dies kein Freibrief für den Prospekten anhaftenden Gesetzeswidrigkeit. Es sei auch in der gleichzeitig realisierten Absicht geschehen, in den Werbeaussagen davon abzuweichen. Die Installierung des Gesamtkonzeptes und die Schädigungsabsicht gegenüber den Anlegern sei offenkundig.

Die Bezeichnung der MEL-Papiere als Aktie sei irreführend gewesen, es habe sich um kein Wertpapier iS des österreichischen Wertpapierrechtes gehandelt.

Die Klägerin sei aufgrund der irreführenden Werbung, des auf hohe Provisionen ausgelegten Vertriebssystems und der faktischen Geschäftsführung der Beklagten über die MEL sowie durch Nichtaufklärung über die in Punkt 3 der Klage ausführlich dargestellten Umstände und unter Verwendung des guten Rufes und der Marke Meinl bewusst über den tatsächlichen Charakter und den Wert der „MEL-Aktien“ getäuscht worden.

Zum Schadenersatzanspruch stützte sich die Klägerin auf die Verletzung von Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten im vorvertraglichen Schuldverhältnis. Das Verhalten der Beklagten, ihrer Organe und der zuzuordnenden Gehilfen und Erklärungsboten sei für den Schaden der Klägerin kausal. Die Beklagte habe den Irrtum vorsätzlich herbeigeführt. Weiters stützte die Klägerin ihre Ansprüche auch auf die Beraterhaftung, die Beklagte sei über die Mitarbeiterin der MSF als Beraterin aufgetreten. Bei richti-

ger, vollständiger und verständlicher Beratung hätte die Klägerin keine MEL Papiere gekauft.

Die Beklagten beantragten die Abweisung der Klage. Die Irrtumsanfechtung sei hinsichtlich des ersten Ankaufs verjährt. Die Beklagte sei auch nicht passiv legitimiert, weil die Klägerin von einer Erfüllungsgehilfin der MSF beraten worden sei, die MSF sei für die Beratung verantwortlich. Für die Beklagte habe es sich lediglich um ein Execution-only-Geschäft gehandelt. Sämtliche von der Klägerin nun vermissten Informationen seien in den Risikohinweisen auf dem Konto und Depoteröffnungsantrag enthalten. Die Beklagte habe ihre Kenntnisnahme mit Unterschrift bestätigt. Sie habe weiters bestätigt, auch spezielle Hinweise für Aktien der Meinl European Land Ltd. erhalten zu haben. Die Beklagte habe daher durch die Kurseinbußen im Sommer 2007 nicht überrascht sein können, weil sie kaum ein Jahr zuvor nachweislich erklärt habe, über alle nun als Grundlage für ihren Irrtum geltend gemachten Risiken aufgeklärt worden zu sein. Aktienkursverluste würden keinen ersatzfähigen Schaden bedeuten. Die Klägerin habe mit den Zertifikaten den vereinbarten Leistungsinhalt erhalten. In den Prospekten sei als Sitz des Unternehmens Jersey angeführt worden; nirgends stehe, dass es sich bei MEL um ein Unternehmen mit Sitz in Österreich handle, es werde auch laufend die Investmenttätigkeit in Osteuropa betont. Es liege kein Geschäftsirrtum vor, sondern lediglich ein Irrtum über zukünftige Entwicklungen, was ein rechtlich unbeachtlicher Motivirrtum sei. Der Rückkauf habe das Risiko der MEL-Veranlagung und damit das Veranlagungsrisiko der Klägerin nicht erhöht. Es bestehe kein beherrschender Einfluss der Beklagten auf MEL.

Mit dem **angefochtenen Urteil** gab das Erstgericht der

Klage statt. Die auf Seiten 4 bis 15 der Urteilsausfertigung getroffenen Feststellungen, auf die verwiesen wird, beurteilte es rechtlich dahin, dass die Klägerin über das Risiko der gezeichneten Anlage geirrt habe. Sie habe beim Kauf der Wertpapiere die für ihre Entscheidung kausale Vorstellung gehegt, keine "normale" Aktie, sondern in Bezug auf die Sicherheit eine "besondere" Aktie zu erwerben. Die Verkaufsbroschüre habe bei ihr den Eindruck hervorgerufen, dass bei dieser Anlage die Sicherheit eines Immobilieninvestments maßgebend wäre. Die aufwändig gestaltete, durch Nennung ausgewählter Namen unterstrichene Hervorhebung der "starken Mieter" habe geradezu das Vertrauen der Klägerin in die gesteigerte Sicherheit der von ihr erworbenen Wertpapiere bestärken müssen. Sie habe ihre Informationen über die Wertpapiere unter anderem der von der Beklagten aufgelegten Verkaufsbroschüre entnommen, die sich mit gefällig bebildeter grafischer Gestaltung und einfacher, teilweise umgangssprachlicher Fachausdrücke erklärender Diktion offensichtlich speziell an private Anleger ohne besondere Vorkenntnisse wende. Die Vorstellung der Klägerin, in Zeiten stark schwankender Aktienmärkte eben eine gerade nicht schwankende, sondern besonders sichere Investition in Immobilienwerte zu tätigen, entspreche der Beschreibung in der Verkaufsbroschüre. Die den Irrtum der Klägerin bewirkenden, die wahren Verhältnisse beschönigenden Angaben im Verkaufsfolder der Beklagten seien weder für jedermann erkennbar offensichtlich unrichtig gewesen noch wäre der Klägerin eine Überprüfung leicht möglich gewesen. Auch die Risikohinweise und -erklärungen in den Formblättern der Beklagten zur Kontoeröffnung und für den Wertpapierkaufsantrag seien ohne besondere Aufklärung nicht geeignet gewesen, den sich aus dem Verkaufsprospekt für einen gewöhnlich aufmerksamen Anleger ergebenden Eindruck zu widerlegen.

Da der Irrtum der Klägerin durch den Verkaufsfolder der Beklagten und damit ein positives Tun hervorgerufen worden sei, könne die Beurteilung der zusätzlichen Verletzung von Aufklärungspflichten durch den beteiligten Wertpapierdienstleister im vorliegenden Fall auf sich beruhen (vgl. 8 Ob 25/10z). Im übrigen sei die Beklagte nicht bloße Depotbank, sie habe auch die Order ausgeführt. Aufgrund ihrer einschlägigen Befassung mit dem Börsegang der MEL und dem Vertrieb der Zertifikate über die MSF habe sie zweifellos Kenntnis (oder zumindest fahrlässige Unkenntnis) von der Werbelinie gehabt, wonach es sich um ein den Schwankungen des Aktienmarktes nicht ausgesetztes Investment mit immobilienähnlicher Sicherheit handle. Solange sie demgemäß ins Kalkül ziehen musste, dass die Vermittlerin die Klägerin gerade mit Hinweis auf diese - tatsächlich nicht existenten - Besonderheiten geworben habe, sei sie daher subsidiär zur Aufklärung über die wahren Verhältnisse, nämlich dass ein Investment mit dem typischem Risiko eines auch stark schwankenden Aktienkurses ohne dem entgegenstehende Immobiliensicherheit vorlag, verpflichtet gewesen. Dass von dieser Werbelinie im Grundsätzlichen abgegangen worden wäre, oder dass die Vertriebspartner etwa im Rahmen entsprechender Nachschulungen angeleitet worden wären, die Fehlmeinung einer immobilienähnlichen Sicherheit und eines kontinuierlichen, von den üblichen Aktienmarkt-Schwankungen verschonten Kursverlaufes mit Gewissheit auszuräumen, sei durch nichts indiziert und von der Beklagten auch nicht ansatzweise vorgebracht worden. Es wäre daher subsidiär auch an ihr selbst gelegen gewesen, den Klägern den wahren Charakter dieser Veranlagung vor Augen zu führen. Die Fehlberatung eines Dritten ändere somit nichts daran, dass auch die Beklagte selbst den Irrtum der Klägerin über die Risikoträchtigkeit dieser Veranlagung im Sinne des § 871

ABGB veranlasst habe (bzw. dass er ihr im Sinne dieser Bestimmung aus den Umständen offenbar habe auffallen müssen; OLG Wien, 4 R 36/12 m). Dass die Beklagte jedoch ganz maßgebliche Umstände bewusst verschwiegen und dadurch eine Aufklärungspflicht verletzt habe, sei als Arglist im Sinne des § 870 ABGB zu qualifizieren, sodass der Klägerin über 30 Jahre das Anfechtungsrecht zukomme.

Gegen dieses Urteil richtet sich die **Berufung der Beklagten** wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens, unrichtiger Tatsachenfeststellung und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Abänderungsantrag, die Klage abzuweisen; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt, der Berufung keine Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

Die Beklagte beanstandet als Verfahrensmangel einen Verstoß des Erstgerichtes gegen das in § 182a ZPO normierte Verbot von Überraschungsentscheidungen. Das Gericht hätte erörtern müssen, dass es die Verwendung der Werbeaussagen oder die Bezeichnung der ADC als Aktie als List zu qualifizieren gedenke. Auch das Thema der schadenersatzrechtlichen Haftung der Beklagten sei unerörtert geblieben.

Von einer Überraschungsentscheidung, die einen Verfahrensmangel begründen würde (RIS-Justiz RS0036355; RS0037300), kann aber nur dann gesprochen werden, wenn die vom Gericht vertretene Rechtsauffassung vor Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz von niemandem, auch von keiner Partei, ins Treffen geführt wurde, sodass die Beklagte dazu noch nicht Stellung nehmen konnte (RIS-Justiz RS0037300 [T16]). Nur wenn die Parteien an die Rechtsansicht des Gerichts mangels Erörterung weder dach-

ten noch denken mussten, liegt ein Verstoß gegen § 182 ZPO vor (RIS-Justiz RS0037300 [T24]).

Die Klägerin hat bereits in ihrer Klage ihr Begehren auf listige Irreführung gestützt, indem sie vorgebracht hat, dass die Beklagte zu Lasten der Interessen und Rechte der Anleger das beanstandete System konzeptiv eingerichtet habe, ohne die Öffentlichkeit adäquat zu informieren, die Installierung des Gesamtkonzeptes und die gemeinsame Schädigungsabsicht den Anlegern gegenüber sei offenkundig (S 12 der Klage). In ihrem Vorbringen zur Werbung und zum Vertrieb hat die Klägerin dargestellt, dass das Herausstreichen der Bezeichnung Aktie und die Verbindung mit dem Namen Meinl in der Absicht erfolgt seien, bei der Klägerin und anderen Anlegern den falschen Eindruck zu erwecken, dass Meinl-Aktien erworben würden. Erst nach den Investitionen habe sich herausgestellt, dass es sich um ADC handle, die Aktien einer Gesellschaft, die nach dem Recht von Jersey errichtet worden seien, repräsentieren. Die Beklagte und ihre Vorstände hätten offenkundig spekuliert, dass die Anleger primär auf die unrichtigen und beschönigenden Werbeaussagen hereinfallen würden.

Zur Irrtumsanfechtung führte die Klägerin aus, dass sie aufgrund der irreführenden Werbung, des auf hohe Provisionen ausgelegten Vertriebssystems und der faktischen Geschäftsführung der Beklagten über die MEL sowie die Nichtaufklärung über die in Pkt 3. der Klage dargelegten Umstände sowie unter Verwendung des guten Rufs des Namens und der Marke Meinl bewusst über den tatsächlichen Charakter der MEL-Aktien aber auch über deren Wert getäuscht worden sei. Die Verbindung aller dargestellten Umstände lasse auf ein ausgeklügeltes Gesamtkonzept schließen,

welches einzig und allein dazu gedient habe, möglichst viel Geld vor allem aus unerfahrenen Anlegern, wie es die Klägerin sei, herauszupressen, die im Vertrauen auf Werbeaussagen und Empfehlungen von Anlageberatern sowie Gutachten, die die Mündelsicherheit der MEL-Zertifikate attestierten, MEL-Aktien gekauft bzw gehalten hätten.

Unter Pkt 6. der Klage hat die Klägerin ausführliches Vorbringen zum Rechtsgrund des Schadenersatzes erstattet und sich dabei auf die Verletzung von Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten gestützt. Auch in diesem Abschnitt verweist die Klägerin darauf, dass die Beklagte den Irrtum vorsätzlich und nicht bloß fahrlässig herbeiführt habe. Die Klägerin erstattet Rechtsausführungen zur culpa in contrahendo und verweist auch darauf, dass die Hauptleistungspflicht des vorvertraglichen Schuldverhältnisses die Aufklärungs- und Sorgfaltspflicht sei, die darin bestehe, einander über die Beschaffenheit der in Aussicht genommenen Leistungsgegenstände aufzuklären und Umstände mitzuteilen, die einem gültigen Vertragsabschluss entgegen stehen. Die Klägerin verweist weiters darauf, dass die beschriebenen Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten die Vertragsparteien auch für ihre Gehilfen treffen und die Regeln des § 1313a ABGB auch auf das vorvertragliche Schuldverhältnis anzuwenden sind. Die Klägerin stützt ihre Ansprüche überdies auf die Haftung der Beklagten als Berater und führte aus, dass die Mitarbeiterin der MSF als Beraterin aufgetreten sei. Der Berater sei zur Aufklärung seiner Kunden über die Risikoträchtigkeit der in Aussicht genommenen Anlage verpflichtet, ihn treffen dem Anlageinteressenten gegenüber Schutz- und Sorgfaltspflichten. Diese habe die Beklagte, der das Verhalten der MSF als der Vertriebspartnerin

zurechenbar sei, verletzt. Die Klägerin sei durch die Beratung der Mitarbeiterin der MSF nicht in den Stand versetzt worden, die Auswirkungen der Anlageentscheidung zu erkennen. Hätte die Mitarbeiterin der MSF die Klägerin vollständig richtig und verständlich beraten und aufgeklärt, hätte die Klägerin die Investitionen nicht getätigt. Der Schaden bestehe primär bereits darin, dass der Klägerin Wertpapiere verkauft worden seien, die sie bei Kenntnis der wahren Tatsachen nicht erworben hätte. Die Aktien würden noch gehalten, sodass vorrangig Naturalrestitution zu begehren aber auch eine Feststellungsklage erhoben werde. Nachdem die Beklagte die Verjährung der Irrtumsanfechtung eingewandt hat, verwies die Klägerin ein weiteres Mal ausdrücklich darauf, dass sie ihr Begehren auf arglistige Irreführung stütze, bei der eine 30-jährige Verjährung gelte, und auf Schadenersatz, wobei der Lauf der Verjährungsfrist erst durch die Kenntnis von Schaden und Schädiger ausgelöst werde.

Aus all dem ergibt sich, dass der Rechtsstandpunkt der Klägerin in ihrem Vorbringen ausdrücklich dargelegt wurde und daher der Umstand, dass das Gericht den von der Klägerin dargestellten rechtlichen Qualifikationen folgen könnte, für die Beklagte nicht überraschend war. Die Rüge des Verfahrensmangels bleibt daher erfolglos.

Zentrales Argument der Beweisrüge ist, dass das Erstgericht in seinen Feststellungen zu Unrecht der Aussage der Klägerin folgte und die Aussage der Anlageberaterin der MSF [REDACTED] [REDACTED] fälschlich als lebensfremd abgetan habe. Die Latte für die Erinnerung an Details habe es viel zu hoch gelegt, wenn es meine, dass die Beraterin den Inhalt der Ankaufsunterlagen bei der Einvernahme 5 Jahre nach dem Beratungstermin noch mehr

oder weniger hätte auswendig können müssen. Das Erstgericht sei gezwungen gewesen, die Zeugenaussage von [REDACTED] [REDACTED] praktisch zur Gänze im Wege der Beweiswürdigung aus dem Akt „zu eliminieren“, es habe die Aussagen der Beraterin pauschal ohne Begründung als lebensfremd abqualifiziert. Die Einseitigkeit, mit der das Gericht die Beweisergebnisse würdigte, sei offensichtlich. Die massenhaft vor dem Handelsgericht Wien geführten Anlegerverfahren würden es mit sich bringen, dass sich die Aussagen der Anleger immer mehr an der Rechtsprechung der Instanzgerichte orientieren würden. Weiters beanstandet die Beklagte, dass die Klägerin ihre Aussagen nach einer augenscheinlich intensiven Prozessvorbereitung mit Hilfe des Klagevertreters, die in der Verlesung von Notizzetteln während bzw statt der Parteieneinvernahme gegipfelt habe, gemacht worden seien. Die weitere Darlegung, dass der Vergleich mit dem Garantieprodukt Meinl Best Garant, das die Klägerin ebenfalls erworben habe, zeige, dass das Verständnis der Klägerin, was Sicherheit bedeute, von der Auslegung des Gerichtes signifikant abweiche und dass keineswegs der Werbefolder und das Fact Sheet die Quelle ihrer Fehlvorstellung waren sondern auch andere Erkenntnisquellen eine Rolle gespielt haben, ist nicht nachvollziehbar. Die Klägerin hat erklärt, dass ihr Anlagehorizont etwa 2 Jahre betrug, weil sie beabsichtigte, mit dem Geld das Gartenhaus ihres Vaters zu renovieren. Die Veranlagung in Meinl Best Garant zielte hingegen auf eine Vorsorge für ihren Sohn. Diese Veranlagung hatte eine Laufzeit bis zum 23.11.2011 (Beil./LL) und war daher schon deshalb für den von der Klägerin gewünschten kurzfristigeren Anlagezeitraum nicht geeignet.

Im Übrigen ist das der Klägerin vorgelegte Werbema-

terial gerade darauf ausgerichtet, eine Klientel mit hohen Sicherheitserwartungen, wie etwa Inhaber von Sparguthaben, anzusprechen. Das bisherige Anlageverhalten der Klägerin zeigt, dass sie zum Kreis der auf Sicherheit und Vermeidung von Verlustrisiken bedachten Sparer zu zählen war. Der von ihr angestrebte Zweck, Geld über einen relativ kurzen Zeitraum anzulegen, weil es für ein bereits konkret beabsichtigtes Renovierungsvorhaben verwendet wird, stellt ein Anlageziel dar, bei dem es um Sicherheit und Kapitalerhalt und nicht entscheidend um Spekulationsgewinne geht. Die Strategie der MSF zielte gerade darauf ab, durch die graphische Darstellung des Kursverlaufes der Vergangenheit mit dem kontinuierlichen Ansteigen des Kurses zu werben und nicht auch die Möglichkeit von größeren Kursschwankungen hervorzuheben. Die Ansicht, dass die Aussage der Klägerin, dass sie keine ADC gekauft hätte nur eine Schutzbehauptung darstelle, überzeugt nicht, es ist sehr wohl nachvollziehbar, dass eine Person mit dem bisherigen konservativen Anlageverhalten der Klägerin, die keine Vorerfahrung auf dem Kapitalmarkt hat und deren Anlageziel es ist, Geld für eine Hausrenovierung zu veranlassen, sich mit der komplexen Konstruktion der ADC und deren rechtlichen Auswirkung nicht hätte auseinandersetzen wollen und diese als für sie unüberblickbar abgelehnt hätte. Es ist keineswegs anzunehmen, dass die Klägerin jede Art von an der Börse gehandeltem Wertpapier akzeptiert hätte, wie die Beklagte in ihrer Berufung annehmen will.

Die Tatsache allein, dass eine Vielzahl von Anlegern Ansprüche gegen die Beklagte erhebt, bietet ebenfalls keinen tragfähigen Anhaltspunkt, die Aussage der Klägerin als Falschaussage zu beurteilen. Auch im Anfertigen von

Notizen zur Vorbereitung auf die Einvernahme kann noch kein tragfähiges Indiz für eine wahrheitswidrige Aussage erblickt werden. Es wäre weltfremd, davon auszugehen, dass sich Zeugen und Parteien nicht auf den Gerichtstermin vorbereiten. Die Klägerin hat dies auch keineswegs verheimlicht, indem sie ihre Notizen in der Einvernahme zu Rate zog.

Dass das Erstgericht die Darlegung der Klägerin als plausibel erachtet hat, ist aus dem Gang des Beweisverfahrens daher ebenso nachvollziehbar wie die in der Beweiswürdigung dargelegten Zweifel des Erstgerichtes an der Richtigkeit der Zeugenaussage der Beraterin. Auch die weiteren Ausführungen der Beweisträger im Zusammenhang mit der Würdigung der Aussage der Anlageberaterin (eine den gesetzlichen Vorgaben entsprechende Risikoaufklärung, wie sie von der Anlageberaterin geleistet worden sei, komme offenbar in der Lebenswirklichkeit der jungen Erstrichterin im Zusammenhang mit der beklagten Partei nicht vor) sind in ihrer Unsachlichkeit nicht geeignet, die überzeugend dargelegten Überlegungen der Beweiswürdigung ernsthaft in Frage zu stellen. Die für MSF tätige Zeugin hat selbst darauf hingewiesen, dass die Produktpalette, die sie Anlegern angeboten hat, klein war und dass eine Vermögensberatung nicht geboten wurde. Es ist daher sehr wohl nachvollziehbar, wenn das Erstgericht davon ausgeht, dass ein Berater sich angesichts der Vielzahl der durchgeführten Beratungen auch noch Jahre danach erinnern könne, was die wesentlichen Punkte seiner Darstellung des umstrittenen Produktes waren. Der von der Berufung hervorgehobene Umstand, dass es wechselnde Werbebroschüren gegeben habe, ändert daran nichts, da das wirtschaftliche Konzept des Produkts unverändert blieb und lediglich die

Aufmachung der Prospekte bei im Wesentlichen gleicher Werbestrategie geändert wurde. Schließlich hat das Erstgericht richtig darauf hingewiesen, dass die Zeugin auch noch in ihrer Einvernahme, trotz des weiteren Ereignisablaufs daran festhielt, dass die in der Werbung aufgestellten Behauptungen auch richtig waren, sodass kein Zweifel daran besteht, dass sie diese auch der Klägerin gegenüber so dargestellt hat. Festzuhalten ist noch, dass die Behauptung der Zeugin, dass das Wertpapier im Juli 2007 noch „in Ordnung“ gewesen sei, gänzlich übergeht, dass es Ende Juli 2007 zu einem am Markt als spektakulär wahrgenommenen Kurssturz gekommen war. Aus ihrer Aussage ergibt sich weiters, dass sie darauf hingewiesen hat, dass die Immobilien versichert seien und dass Mietverträge bestehen, es sei schon gesagt worden, dass insofern eine höhere Sicherheit bestehe, weil diese Immobilie Sachwerte seien, dies im Gegensatz zu einer anderen Aktie. Insgesamt sind daher die bekämpften Feststellungen auch im Lichte der von der Berufung vorgetragene Argumente unbedenklich und werden vom Berufungsgericht als das Ergebnis einer überzeugenden Beweiswürdigung zugrunde gelegt.

Davon ausgehend versagt auch die Rechtsrüge:

Die Beklagte behauptet, dass sich aus dem festgestellten Sachverhalt nicht ergebe, dass ein beachtlicher Geschäftsirrtum durch einen konkreten, der Beklagten zuzurechnenden Verkaufsfolder herbeigeführt worden sei. Das Erstgericht habe selbst festgestellt, dass die Beratung durch [REDACTED] [REDACTED] ebenfalls Grundlage der Kaufentscheidung der Klägerin gewesen sei. Nach den Feststellungen des Erstgerichtes wurde die Klägerin, die die Geschäftsräumlichkeiten der Beklagten aufgesucht und dort

erklärt hatte, dass sie sich über MEL informieren wollte, zu diesem Zweck in den zweiten Stock verwiesen, wobei es sich um die Geschäftsräumlichkeiten der MSF handelte. Die Mitarbeiterin der MSF führte die Beratung anhand der von der Beklagten herausgegebenen Unterlagen (Prospekt ./D und Fact Sheet ./NN). Auf dem Prospekt ./D schienen sowohl die MSF als auch die Beklagte so auf, dass sie als Verfasser bzw Herausgeber wahrgenommen werden konnten, es wurden überdies die von der Beklagten aufgelegten Antragsformulare verwendet.

Der OGH hat bereits zu 4 Ob 65/10b eine vergleichbare Sachlage dahin beurteilt, dass weder die allgemein bekannte Tatsache, dass Aktien risikobehaftete Wertpapiere sind, die sich auch ein Kläger entgegen halten lassen muss, noch der Verweis auf den Kapitalmarktprospekt und die allgemein gehaltenen Hinweise auf das Totalverlustrisiko, wie etwa im Kontoeröffnungs- bzw Wertpapierkaufantrag etwas daran ändern, dass die von der Beklagten aufgelegte und der Klägerin im Sinn der von der Beklagten und ihrer 100%-igen Vertriebstochter initiierten Verkaufsstrategie übergebenen und von ihr zu einer der Grundlagen der Kaufentscheidung gemachten Broschüre das mit den angepriesenen Wertpapieren verbundene Risiko (im Gegensatz zu sonstigen Aktien) als im Hinblick auf die Investitionen in Immobilien und deren langfristige lukrative Verwertung als deutlich geringer hingestellt hat.

Die von der Berufung behandelte Frage, ob die Beklagte eine eigene Aufklärungspflicht getroffen habe und ob das Verhalten des Beraters der Beklagten is einer Haftung für Erfüllungsgehilfen beim Wertpapierverkauf zuzurechnen ist, ist nicht entscheidungsrelevant (s schon 4 Ob 190/10k). Es ist der der Klägerin konkret unterlau-

fene Irrtum zu beurteilen. Nach den Feststellungen bezog sich der Irrtum ua auf das Risiko der erworbenen Anlage. Die Klägerin kam nämlich auf Grund der ihr entsprechend der Verkaufsbroschüre erteilten Informationen, die von der Beklagten und ihrer Vertriebstochter in Umlauf gebracht und von der Anlageberaterin übergeben worden war, zur Ansicht, dass das Wertpapier, anders als sonstige Aktien, ein grundlegend geringeres Risiko des Kursverlustes oder Totalverlustes hätte, weil in Gewerbeimmobilien mit langfristiger Vermietung an potente Kunden investiert wird. Der OGH hat zu gerade diesem Sachverhalt und zu gerade dieser Konstellation bereits ausgesprochen, dass eine solche Annahme als beachtlicher Geschäftsirrtum berücksichtigt werden kann (RIS-Justiz RS0126232; 4 Ob 65/10b).

Da der Beklagten schon die Irrtumsveranlassung durch die Broschüre, die Gegenstand des Beratungsgesprächs war, zuzurechnen ist, käme es auf ein allfälliges Mitverschulden des Anlageberaters am Irrtum der Klägerin nicht mehr an (8 Ob 151/10d).

Im Sinne der Entscheidung des OGH 4 Ob 129/12t wäre im übrigen in der vom Erstgericht festgestellten Konstellation die Beraterin ohnehin der Bank, die das Effekten-geschäft ausführt, als Erfüllungsgehilfe zuzurechnen: Wird ein Vermögensberater von einem anderen Wertpapier-dienstleister ständig mit der Vermittlung von bestimmten Anlageprodukten betraut, so entsteht dadurch ein wirtschaftliches Naheverhältnis, das es - ungeachtet einer eigenen vertraglichen Verpflichtung des Beraters gegenüber dem Kunden - rechtfertigt, ein Verschulden des Beraters nach § 1313a ABGB der Bank zuzurechnen. Denn diese ständige Betrauung begründet zusammen mit der regelmäßig

produkt- und umsatzabhängigen Provision die Gefahr, dass der Vermittler nicht mehr ausschließlich oder doch überwiegend im Interesse des Kunden tätig wird, sondern auch andere Erwägungen - insbesondere die Maximierung des eigenen Gewinns - in seine Tätigkeit einfließen lässt. Dies erfolgt im Interesse der Bank, die den Vertrieb ihrer Produkte vertraglich auslagert und so die Vorteile der Arbeitsteilung für sich in Anspruch [REDACTED] Zwar kann eine Bank im Allgemeinen darauf vertrauen, dass ein vom Kunden beigezogener Berater den Kunden ausreichend berät, sodass sie insofern keine eigenen Pflichten treffen und ihr (daher) auch ein allfälliges Verschulden des Beraters nicht zuzurechnen ist. Das gilt aber nur dann, wenn sie - insbesondere bei einer Entlohnung des Beraters unabhängig von den vermittelten Produkten - auf eine objektive Beratung vertrauen darf. Letzteres trifft nicht zu, wenn der Berater - wie hier nach dem Vorbringen der Beklagten - mit der Bank in einer ständigen Geschäftsbeziehung steht („Vertriebspartner“), sein wirtschaftlicher Erfolg somit (auch) vom Ausmaß der Vermittlung ihrer Produkte abhängt und daher sein Interesse an der Vermittlung der Verträge grundsätzlich mit jenem der Bank an deren Abschluss parallel läuft.

Ist ein Berater derart in die Interessenverfolgung der Bank eingebunden, bleiben deren Beratungspflichten mangels legitimen Vertrauens auf eine objektive Beratung durch einen Dritten aufrecht. Damit ist der Berater der Bank aber nicht nur irrtumsrechtlich zuzurechnen (so auch Vonkilch, RdW 2010, 324 [326]), sondern die Bank haftet auch für Schäden aufgrund von dessen Verhalten bei der Vermittlung der Anlage. Eine dies ausschließende Vertragsklausel in AGB wäre wegen der Abweichung vom dispo-

sitiven Recht, aber auch wegen der damit verbundenen Überwälzung des Insolvenzrisikos (unten 4.7.) gröblich benachteiligend iSv § 879 Abs 3 ABGB.

Im Weiteren verweist die Berufung darauf, dass kein Irrtum der Klägerin über mögliche Kursschwankungen vorgelegen habe. Sie habe Kursschwankungen als typisches Aktienrisiko erkannt. Die Darstellung in der Informationsbroschüre, dass die Investition in das MEL-Wertpapier wegen der sicheren, breit gestreuten Immobilienveranlagung auch in Zeiten stark schwankender Aktienmärkte eine hohe Sicherheit biete, war aber objektiv unrichtig. Die Klägerin irrte daher, wenn sie aufgrund dieser Angaben in der Verkaufsbroschüre (und der dem nicht widersprechenden Auskunft der Anlageberaterin) zur Ansicht gelangt ist, dass eine Veranlagung in dieses Wertpapier sicherer sei als sonst in Aktien (siehe die Feststellung auf Seite 6 des Urteils). Nach den Feststellungen hätte die Klägerin, wenn sie gewusst hätte, dass eine solche Sicherheit des Wertpapiers tatsächlich gar nicht besteht, nicht in MEL investiert (Seite 14 des Urteils). Ihr ist es daher gelungen, nachzuweisen, dass sie einem Irrtum unterlegen ist, welcher von der Beklagten (durch die falschen Angaben in ihrer Werbebroschüre) veranlasst worden ist, und dass dieser Irrtum für den Vertragsabschluss wesentlich war. Der OGH hat inzwischen in zahlreichen Entscheidungen klargestellt, dass es sich bei diesem Irrtum um einen zur Anfechtung des Vertrags berechtigenden Geschäftsirrtum und nicht bloß um einen Motivirrtum handelt (4 Ob 65/10b EvBl 2011/3; 8 Ob 25/10z EvBl 2011/4; 5 Ob 18/11z; 8 Ob 151/10d; 10 Ob 10/11k; 6 Ob 18/11g; 5 Ob 222/10y ua).

Die Berufung beanstandet weiters, dass das Erstgericht übersehe, dass weder der Werbefolder noch das Fact-

Sheet allein einen Ankauf von MEL-ADC hätten bewirken können, weil schon von Gesetzes wegen jedem Wertpapierankauf auch eine Beratung voranzugehen habe. Nehme man die Ausführungen des Erstgerichtes ernst, könnte man meinen, MEL-ADC seien buchstäblich in jeder Trafik um die Ecke ohne weitere Schritte zu erwerben. Dies sei auf Grund der Regelungen des WAG 1996 nicht der Fall. Diese Ausführungen entfernen sich von den Feststellungen des Erstgerichtes über die dem Ankauf vorangegangene Beratung durch die Mitarbeiterin der MSF. Diese Mitarbeiterin hat die von der Beklagten mitzuverantwortenden Informationen zur Grundlage ihres Beratungsgesprächs gemacht, wobei der Klägerin durch die Beraterin und auch in den ihr vorgelegten Unterlagen verschwiegen wurde, dass die ihr angebotenen Wertpapiere keine Aktien darstellen. Das von der Beklagten aufgelegte Formular ist als Konto- und Depot eröffnungsantrag/Kaufauftrag für Aktien der Meinl European Land Ltd. betitelt. In dem Schreiben vom 26.6.2006 (Beil./II) der Beklagten bedankt die Beklagte sich unter der Anrede „Sehr geehrter Aktionär“ für den Auftrag zur Investition in Meinl European Land Aktien und teilt mit, den Auftrag ausgeführt zu haben und informiert, dass der Adressat mit dem Investment während der aktuellen Bonusaktion-Aktion einen Anspruch auf 5 Bonus-Aktien erworben habe. Nach einer Behaltdauer von nur 2 Jahren würden per 30.6.2008 5 Aktien gut geschrieben, sofern bis dahin keine Verkäufe auf dem Depot erfolgten. Dieses Schreiben ist für die Meinl Bank AG von Julius Meinl als Vorstandsvorsitzender und von [REDACTED] als Mitglied des Vorstandes unterzeichnet.

Die Beklagte meint im weiteren, es scheitere der Vorwurf der List schon an einem entsprechenden Vorsatz,

sie spricht vom Versagen des Anlageberaters und einer fast schon selbstzerstörerisch anmutenden Sorglosigkeit der Anleger durch das Nichtlesen bzw Ignorieren der auf den Verkaufsunterlagen abgedruckten Risikohinweise und zusätzlich noch von einem Mangel an Allgemeinbildung, der sogar die Maßstäbe des OGH sprengt. Dem ist zunächst das Auftreten der Beklagten das eben zitierte Schreiben Beil./II entgegenzuhalten. Rechtlich ist List die rechtswidrige vorsätzliche Täuschung, der Täuschende kennt den Irrtum des Gegners und dessen Einfluss auf die Willensbildung, wobei Motivirrtum ausreicht. Es genügt dolus eventualis, ein Schädigungsvorsatz oder ein Schadenseintritt beim Getäuschten sind nicht vorausgesetzt. Tatbestandsmäßig sind die aktive Vorspiegelung falscher Tatsachen und die Unterdrückung des wahren Sachverhaltes, wodurch der Vertragspartner in Irrtum geführt oder in seinem Irrtum belassen wird. Darüberhinaus auch Unterlassungen, wenn ein Umstand bewusst verschwiegen und damit eine Aufklärungspflicht verletzt wird. Ob eine Pflicht zum Reden bestand, ist nach den Grundsätzen des redlichen Verkehrs zu beurteilen. Kriterien hierfür sind der Aufklärungsbedarf und die Möglichkeit der Information (Bollenberger in KBB³ § 870 Rz 1 mwN). Die Beklagte beanstandet in diesem Zusammenhang, dass das Erstgericht im Rahmen der Beweiswürdigung festhalte, dass das Verhalten der Beklagten keinen anderen Schluss zulasse als dass die Beklagte das Wort Zertifikat bewusst habe vermeiden wollen. Dieser Ansicht des Erstgerichtes ist allerdings beizupflichten. Dabei ist nicht entscheidend, ob die verkürzte Darstellung der ADC als Aktie einen Nachteil für den Anleger darstelle, wie die Klägerin meint, oder doch nicht, wie die Beklagte behauptet. Nach den Feststellun-

gen des Erstgerichtes ging die Klägerin davon aus, Aktien zu erwerben und hätte bei richtiger Information über ADC nicht gekauft (Urteil S 15). Die nach wie vor in ihren rechtlichen Implikationen umstrittene und kontrovers beurteilte rechtliche Konstruktion von ADC ist nachvollziehbar geeignet, gerade jene Anleger, die keinerlei Vorerfahrungen auf dem Wertpapiermarkt hatten, wegen ihrer Unübersichtlichkeit abzuschrecken.

Daher schließt sich das Berufungsgericht auch der rechtlichen Beurteilung des Erstgerichts an, der Berufung ist keine Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 41 und 50 ZPO.

Das Berufungsgericht ist bei den in der Berufung aufgeworfenen Rechtsfragen von der Judikatur des OGH nicht abgewichen. Mangels einer erheblichen Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO ist die ordentliche Revision daher nicht zulässig.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 5, am 23. Juli 2013

Dr. Maria Schrott-Mader

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG