

**31. EUROPÄISCHER KONGRESS  
DER RICHTER IN HANDELSACHEN  
SCHULUNG 2018**

**Donnerstag, 13. September 2018**  
10:00 – 12:00 Uhr

**Mag. Werner Jarec, LL.M**  
Richter des Landesgerichtes Korneuburg

**„Ansprüche geschädigter Anleger“**

Teil 1: Theoretische Grundlagen mit Schwerpunkt materielles Recht

Teil 2: Praktische Beispiele mit Schwerpunkt Prozessrecht



Mag. Werner Jarec, LL.M.  
Richter des Landesgerichtes Korneuburg

# Anlegerverfahren

## Teil 1:

### Theoretische Einführung

Vortrag vor dem 31. Europäischen Handelsrichter-Kongress am  
13. September 2018 in Mattsee

Anlegerverfahren sind Zivilprozesse mit folgenden Gegenstand:

Eine natürliche oder juristische Person hat in der Vergangenheit ein Anlageprodukt erworben und stellt nunmehr fest, dass die Entwicklung des Kurses bzw. des Ertrages nicht den Erwartungen entspricht. Der Anleger überlegt daher, ob er jemanden für den Misserfolg der Anlage, wie etwa erhöhte Soll-Zinsen, Entfall einer Dividendenausschüttung, Kursverluste bis hin zum Totalverlust des veranlagten Betrages zur Verantwortung ziehen kann. In Betracht kommen dabei der Emittent der Anlage, der Verkäufer, der Anlageberater.

Die konzessionierten Rechtsträger sind zunächst Kreditinstitute nach dem BWG. Ihnen obliegt die Anlageberatung, Portfolioverwaltung, Annahme und Übermittlung von Aufträgen. Weitere Träger sind im WAG

geregelt. Aufgabe der Wertpapierfirma ist die Anlageberatung, die Portfolioberatung und die Annahme und Übermittlung von Aufträgen, unter Verbot des „Haltens“. Aufgabe des Wertpapierdienstleistungsunternehmens ist die Anlageberatung und der Annahme und Übermittlung von Aufträgen, ebenfalls unter Verbot des „Haltens“. Darüber hinaus sind am Markt Versicherer (nach VAG) und Verwaltungsgesellschaften (nach InvFG 2011) tätig.

Als Gehilfen, die in der GewO geregelt sind, kommen in Betracht: Der Wertpapiervermittler (früher Finanzdienstleistungsassistent) ist eine natürliche Person, die für maximal 3 Wertpapierfirmen oder Wertpapierdienstleistungsunternehmen tätig ist. Seine Aufgabe ist die Anlageberatung und Orderannahme bzw. Ordnerübermittlung von Finanzinstrumenten im Inland. Der vertraglich gebundene Vermittler ist eine natürliche oder juristische Person für maximal eine Wertpapierfirma oder ein Kreditinstitut. Seine Aufgabe ist die Förderung sämtlicher Wertpapierdienstleister im In- oder Ausland. Es handelt sich dabei um selbstständige Rechtsträger, die im Namen von Kreditinstituten, Wertpapierfirmen und Wertpapierdienstleistungsunternehmen handeln und diesen nach § 1313a ABGB zuzurechnen sind.

Die im allgemeinen Zivilrecht eher seltene Ausnahme, diese Gehilfen selbst haften zu lassen, wird in Anlegerverfahren häufig bejaht, entweder auf Grundlage einer deliktischen Haftung (etwa wegen Schutzgesetzverletzung) oder wenn im besonderen Ausmaß ein persönliches Vertrauen in Anspruch genommen wird. Weiters besteht eine direkte Haftung bei einem besonderen wirtschaftlichen Eigeninteresse, dass über

den bloßen Entgeltanspruch im Innenverhältnis hinausgeht. Der Geschädigte wendet sich jedoch regelmäßig an diese Gehilfen, weil zunächst nur dieser ihm bekannt ist. Lässt sich der Kunde durch ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen beraten, trifft die emittierende Bank keine eigene Beratungspflicht. Ausnahmen macht die Judikatur dann, wenn es sich um einen ständig mit dem Vertrieb von Produkten betrauten Vertriebspartner handelt oder dieser von der Bank empfohlen wurde.

Das Instrumentarium, das den Betroffenen zur Verfügung steht, ist in Österreich das seit mehr als 200 Jahren geltende Schadenersatzrecht des ABGB. Darüber hinaus sind kapitalmarktrechtliche Vorschriften von Bedeutung, weil diese Schutzgesetze im Sinne des § 1311 ABGB sein können. Als weitere Anspruchsgrundlage kommt auch die Anfechtung wegen Irrtums in Betracht. Dabei reicht die adäquate Verursachung des Irrtums durch eine aktive Fehlberatung oder durch Unterlassen korrekter Beratung aus. Der Vorteil dieser Anspruchsgrundlage liegt in der Irrelevanz eines Mitverschuldens, eine Alternativveranlagung ist nicht zu prüfen, ein Schaden muss nicht nachgewiesen werden. In der Praxis spielt diese Rechtsgrundlage kaum eine Rolle, weil der Irrtumsanfechtungsanspruch nach drei Jahren verjährt, wobei die Frist unabhängig von der Kenntnis vom Irrtum mit Geschäftsabschluss zu laufen beginnt.

Die Anlegerverfahren sind kein eigener rechtsdogmatischer Normenkreis, sondern eine soziologische Erscheinung. Trotzdem gelten bestimmte Besonderheiten für Anlegerverfahren, die im Folgenden besprochen werden sollen.

## I) Internationale Zuständigkeit:

Liegt ein grenzüberschreitender Sachverhalt vor, ist die Frage der internationalen Zuständigkeit zu lösen. Üblicherweise liegt die Auslandsberührung darin, dass die Parteien in verschiedenen Staaten ihren Sitz haben, darüber hinaus kann ein Auslandsbezug auch darin liegen, dass die Gesellschaft, an der sich der Anleger beteiligt hat, ihren Sitz im Ausland hat. Im Gebiet der Europäischen Union regelt die EuGVVO die internationale Zuständigkeit (und auch die örtliche Zuständigkeit). Im Europäischen Wirtschaftsraum ist das LGVÜ II heranzuziehen. Im Verhältnis zu allen anderen Staaten gelten völkerrechtliche Normen, darunter fallen auch bi- und multilaterale Verträge. Die in den VO und Verträgen verwendete Begriffe sind autonom auszulegen. Ein Rückgriff auf das nationale Verständnis ist unzulässig. Soweit sich dem Völkerrecht keine eindeutige Regeln entnehmen lässt, indiziert die Erfüllung österreichischer Zuständigkeitsvorschriften die Bejahung der internationalen Zuständigkeit der österreichischen Gerichtsbarkeit.

Sowohl nach EuGVVO als auch nach LGVÜ sind neben dem allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten der Gerichtsstand des Erfüllungsortes, der Deliktsgerichtsstand und der Gerichtsstand im Verbrauchersachen von Bedeutung. Bei Anwendung dieser Gerichtsstände ist unterscheiden, ob es sich um einen Rechtsstreit aus einem Vertrag oder um einen solchen aus einem Delikt handelt.

Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes bedeutet, dass die Klage auch bei dem Gericht des Ortes erhoben werden kann, an dem die Verpflichtung erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre. Dieser Ort ergibt sich entweder aus der vertraglichen

Vereinbarung der Parteien, einer konkludenten Festlegung des Leistungsortes oder aus den schuldrechtlichen Vorschriften, die auf den konkreten Vertrag anzuwenden sind. Daraus kann sich unter Umständen die Schwierigkeit ergeben, dass das auf den Rechtsstreit anzuwendende Recht zunächst geklärt werden muss, um überhaupt die Zuständigkeit überprüfen zu können. Da nach dem oben Gesagten ein Sachverhalt mit Auslandsbezug vorliegt, ist das Internationale Privatrecht einschlägig, das Kollisionsnormen vorsieht, aus denen sich ergibt, welche Rechtsordnung auf dem Streit anzuwenden ist. Innerhalb der Europäischen Union ist das Kollisionsrecht durch die Rom I-VO für vertragliche Ansprüche und durch die Rom II-VO für deliktische Ansprüche vereinheitlicht. Besteht ein Auslandsbezug mit einem Drittstaat, muss das angerufene Gericht das in seinem Staat geltende Kollisionsrecht heranzuziehen, in Österreich das IPRG.

Der Deliktsgerichtsstand kommt zur Anwendung, wenn zwischen den Streitparteien kein Vertragsverhältnis besteht. Ansprüche können vor dem Gericht des Ortes geltend gemacht werden, an dem der Schaden eingetreten ist oder eintreten droht. Es ist der Ort, an dem das ursächliche Geschehen stattfand, weiters der Ort an dem der Schaden eingetreten ist. Zur Beurteilung ist der Erstschaaden heranzuziehen, Folgeschäden bleiben außer Betracht.

Die Zuständigkeit in Verbrauchersachen ist auf unionsrechtlicher Ebene gänzlich anders als in Österreich geregelt. Der Verbraucher kann grundsätzlich nur in dem Mitgliedstaat geklagt werden, in dem sich sein Wohnsitz befindet. Der Verbraucher kann ein Unternehmen entweder in dem Mitgliedstaat klagen, in dem sich der Wohnsitz bzw.

Sitz des Unternehmens befindet, oder vor den Gerichten des Ortes, an dem der Verbraucher selbst seinen Wohnsitz hat. Verbraucher können nur natürliche Personen sein, es kommt auf die Vertragskonstellation an. Eine Person kann in einem Rechtsstreit Verbraucher, in einem anderen Unternehmer sein. Der Tatbestand setzt jedoch voraus, dass der Unternehmer seine Tätigkeit im Wohnsitzstaat des Verbrauchers ausübt oder auf diesen Wohnsitzstaat ausrichtet. Was das Ausrichten einer Tätigkeit im Wege des Internetauftrittes ausmacht, ist Gegenstand umfangreicher Judikatur.

## II) Örtliche und sachliche Zuständigkeit:

Grundsätzlich richtet sich die Zuständigkeit nach nationalen Vorschriften. Lässt sich aus den Normen der internationalen Zuständigkeit jedoch ein konkret örtlich zuständiges Gericht ermitteln, sind die nationalen Zuständigkeitsvorschriften verdrängt. In Betracht kommen der allgemeine Gerichtsstand des Beklagten, der Erfüllungsort und der Ort der Schadenszufügung. Ein eigener Verbrauchergerichtsstand ist in Österreich nicht vorgesehen, sodass es ihm nicht grundsätzlich möglich ist, an seinem Wohnsitz zu klagen. Für die Klage gegen einen Verbraucher besteht nur der Vorteil, dass ihm sein Wohnsitzgerichtsstand nicht durch eine abweichende Vereinbarung (typischerweise in Allgemeinen Geschäftsbedingungen) genommen werden kann.

Die sachliche Zuständigkeit richtet sich in der Regel nach dem Streitwert. Klagen bis zu einem Streitwert von € 15.000 kommen vor das Bezirksgericht, darüber vor das Landesgericht.

In einem Prozess vor dem Landesgericht kann auch in

erster Instanz ein Senat verhandeln und entscheiden. Voraussetzung ist ein Antrag einer Partei, der dann zulässig ist, wenn der Streitwert € 100.000 übersteigt. Wird der Prozess dann gegen ein Unternehmen geführt, entscheiden statt drei Berufsrichter zwei Berufsrichter gleichberechtigt mit einem Laienrichter aus dem Handelsstand.

### III) Anspruchsinhalt

Schadenersatzansprüche sind komplexe Ansprüche, die sich aus mehreren, jeweils gesondert zu prüfenden Voraussetzungen zusammensetzen. Die Komplexität des Schadenersatzanspruches rechtfertigt es, dass Schadenersatzklagen dem Rechtsanwalt eine höhere Entlohnung bringen. Folgende Elemente sind zu prüfen:  
Schaden-Rechtswidrigkeit-Verschulden-Kausalität

#### 1) Schaden:

Seit jeher wird zwischen dem realen Schaden und dem rechnerischen Schaden unterschieden. Der reale Schaden entsteht an einem bestimmten Vermögensstück, der rechnerische Schaden ist durch einen Vermögensvergleich vor und nach dem schädigenden Ereignis zu ermitteln. Im Anlegerverfahren geht es regelmäßig um den realen Schaden, der dadurch eintritt, dass sich das Vermögen nicht nach dem Willen des Geschädigten zusammensetzt. Er tritt somit mit dem Erwerb des ungewünschten Anlageproduktes ein. Ob sich mit dem Erwerb des Anlageproduktes das Vermögen verringert, ist somit ohne Bedeutung. Z.B. erwirbt der Anleger kein wertstabiles, sondern ein volatiles Finanzprodukt, wird zunächst eine in Geld messbare Vermögenseinbuße nicht

eintreten, der Schaden ist darin zu sehen, dass sich im Vermögen ein Objekt findet, das nicht den Vorstellungen des Erwerbers entspricht.

Primär sieht das Schadenersatzrecht zur Behebung eines Schadens die Naturalrestitution vor. Dies bedeutet, dass der Schädiger dem Geschädigten den Schaden in natura zu beseitigen hat. Dieser Grundsatz wird in den überwiegenden Fällen als unbillig empfunden, man denke hier an einer Körperverletzung oder einen Verkehrsunfall. Deshalb wird dem Geschädigten das Wahlrecht zugebilligt, anstatt der Naturalrestitution Geldersatz begehren zu dürfen. Der Geschädigte wird dann nicht von Schädiger operiert, der Schädiger repariert auch nicht das Fahrzeug, stattdessen kann der Geschädigte die Kosten durch die Operation oder der Reparatur durch einen Fachmann ersetzt bekommen. In Anlegerverfahren gewinnt der Grundsatz der Naturalrestitution jedoch wieder Bedeutung. Dies bedeutet, dass der geschädigte Anleger Anspruch gegen den Schädiger hat, die Kosten des Erwerbes ersetzt zu bekommen, dies Zug um Zug gegen die Rückgabe der erworbenen Produkte. Gegenstand der Zug um Zug Rückabwicklung sind auch Vorteile, die der Geschädigte aus dem Anlageprodukt bereits gezogen hat, wie erhaltene Zinsen, Dividenden. Die Naturalrestitution kommt auch dann in Betracht, wenn Dritte in die Rückabwicklung einbezogen werden müssen. Der typische Fall dafür sind geschlossene Fonds. Die Naturalrestitution kann jedenfalls dann nicht mehr verlangt werden, wenn die Rückabwicklung für den Geschädigten zumutbar ist, was etwa bei komplexe Finanzprodukte mit mehreren Vertragspartnern der Fall ist.

Gegenstand des Geldersatzes ist der rechnerische Schaden.

Dieser könnte erst dann ermittelt werden, wenn das Finanzprodukt verkauft würde. Ist es noch nicht zum Verkauf gekommen, gewährt die Rechtsprechung dem Geschädigten die Feststellungsklage, die auch dann zur Anwendung kommt, wenn weitere Schäden drohen, jedoch durch Naturalrestitution nicht abgedeckt werden können, etwa wenn vom Geschädigten die Rückzahlung von bereits erhaltenen Ausschüttungen gefordert werden.

Als weiterer Schaden, den der Geschädigte geltend machen kann, ist der Verlust zu ersetzen, der dadurch entstanden ist, dass eine Alternativanlage nicht angeschafft wurde, die den Vorstellungen des Geschädigten entsprochen hätte. Die Bezifferung dieses Schadens, der rechtlich leicht umschrieben werden kann, ist mit großen praktischen Schwierigkeiten verbunden.

Die Judikatur anerkennt auch die Haftung von anderen Personen als des Vertragspartners, die Naturalrestitution zu leisten. So besteht ein Anspruch gegen einen Anlageberater aufgrund Beratungsfehler, die Kosten des Erwerbsvorganges zu ersetzen, natürlich Zug um Zug gegen die Übertragung des Anlageproduktes.

Hatte Geschädigte sorglos in eigenen Angelegenheiten gehandelt, etwa Aufklärungshinweise nicht zur Kenntnis genommen, kommt ein Mitverschuldenseinwand des Schädigers in Betracht. In einem solchen Fall ist eine Geldforderung um die Mitverschuldensquote zu kürzen, die Zug um Zug Einrede lautet auf Abtretung z.B. der Hälfte der Wertpapiere oder Abtretung der Hälfte der Rechte an einem Produkt. Dem Mitverschuldenseinwand vergleichbar ist der Einwand, Schadensminderungsobliegenheiten verletzt zu

haben. Eine Obliegenheit, ein Finanzprodukt zu verkaufen oder zu behalten, wird nur in besonderen Fallkonstellationen bejaht. Die Rechtsprechung anerkennt die Obliegenheit zur Kontaktaufnahme mit dem Berater nach Kenntnisnahme vom Schaden. Befolgt der Anleger in weiterer Folge den Ratschlag des Beraters, entwickelt sich die Anlage nunmehr auf Risiko des Beraters. Kontaktiert der Anleger den Berater nicht oder ignoriert er seinen Ratschlag, führt dies zu einer Unterbrechung des Kausalzusammenhanges, ab diesem Zeitpunkt haftet der Berater nicht mehr für die Entwicklung des Produktes.

Hatte Geschädigte mehrere Produkte erworben, können diese in einer Klage gemeinsam geltend gemacht werden (objektive Klagenhäufung). Da im Zivilprozess der Begriff des Streitgegenstandes an mehreren Schnittstellen von erheblicher Bedeutung ist (Zuständigkeit, Rechtsmittelzulässigkeit, Gerichtsgebühren, Anwaltshonorar), stellt sich die Frage, ob diese Beträge zusammenzurechnen sind oder nicht. Dabei ist auf das Vorliegen des tatsächlichen oder rechtlichen Zusammenhanges abzustellen. In diesem Zusammenhang ist das Problem der „Sammelklage“ zu sehen, in der - zumindest in den Österreich gebräuchlichen Erscheinung - eine Person mehrere Ansprüche geltend macht, die ihr von anderen Schädigern abgetreten wurden. In diesem Zusammenhang scheidet eine Zusammenrechnung aus, auch der Verbrauchergerichtsstand geht durch die Abtretung verloren.

## 2) Rechtswidrigkeit

In der Regel behaupten die Geschädigten das Vorliegen

eines Beratungsfehlers. Welcher Beratungsbedarf für einen bestimmten Anleger besteht und welchen Umfang das Beratungsgespräch haben muss, ist eine typische Frage des Einzelfalles. Damit ist in verfahrensrechtlicher Hinsicht sowohl dem Geschädigten als auch dem Schädiger die Anrufung des Obersten Gerichtshofes als dritte Instanz regelmäßig verwehrt. Diese zu prüfenden Umstände sind die Risikobereitschaft und Renditeerwartung des Kunden sowie die Risikogeneigtheit des Anlageproduktes. Je spekulativer die Anlage und je unerfahrener der Kunde, desto weiter reichen die Aufklärungspflichten. Es besteht aber keine Verpflichtung, einen spekulationswilligen Kunden zu bevormunden.

Grundsätzlich legt die Rechtsprechung einen strengen Maßstab an. Es besteht das Gebot der vollständigen, richtigen und rechtzeitigen Beratung. Der Kunde muss in den Stand versetzt werden, die Auswirkungen seiner Anlageentscheidung zu verstehen. In der Praxis stellt sich das Problem, dass das Beratungsgespräch in beiden Richtungen zeitlich limitiert ist. Weder ist der Berater an einem langen Termin interessiert, auch der Kunde nimmt sich ungern stundenlang für den Termin Zeit. Z.B: Der eher kurz geratene Wertpapierprospekt einer OMV Anleihe hat etwa 66 Seiten, auf zwölf Seiten werden Risikofaktoren beschrieben.

Im Rahmen der Anlageberatung und Portfolioverwaltung sieht das WAG einen Eignungstest vor. Diese besteht aus der Exploration, in der das Anlegerprofil zu erstellen ist. Die finanziellen Verhältnisse, das Anlageziel und die Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden sind zu erheben. Erteilt der Kunde die Informationen nicht, ist es verboten, im Empfehlungen zu erteilen. Danach ist die Eignungsprüfung

vorzunehmen. Das Geschäft muss den Anlagezielen des Kunden entsprechen, Anlagerisiken müssen für den Kunden gemäß seinen Anlagezielen finanziell tragbar sein, der Kunde muss die Risiken verstehen können. Die Eignungs- und Angemessenheitsprüfung können entfallen, wenn sich die Dienstleistungen auf nicht komplexe Finanzinstrumente beziehen, wie etwa Immobilienaktien, die Dienstleistungen auf Veranlassung des Kunden erbracht werden und der Kunde informiert wird, dass die Angemessenheitsprüfung nicht stattfindet. In einem dritten Bereich, wenn diese Voraussetzungen nicht vorliegen, jedoch weder Portfolioverwaltung noch Anlageberatung vorliegt, kommt es nur zur Angemessenheitsprüfung, bei der der Rechtsträger nur Informationen zu den Kenntnissen und Erfahrungen des Kunden einholen muss. Versteht der Kunde die Risiken nicht, ist eine standardisierte Warnung abzugeben, im weiteren Folge kann das Geschäft aber abgeschlossen werden.

Da neben dem Beratungsgespräch der Inhalt von vorgegebenen Materialien, etwa dem Wertpapierprospekt, Relevanz zukommt, welche Anlegerentscheidung getroffen wird, stellt sich die Frage, was man bei einem Auseinanderklaffen von Beratungsinhalt und Wertpapierprospekt zugrunde legt. In der Regel kann der Anleger darauf vertrauen, dass ihm sämtliche relevanten Umstände erklärt werden oder der Prospekt gar abweichende Inhalte enthält, sodass er nicht zusätzlich zur Hand genommen werden muss. Der Schädiger kann sich somit nicht darauf berufen, dass Punkte, über die er mangelhaft oder gar nicht aufgeklärt hat, vom Geschädigten im Wertpapierprospekt ohnedies nachgelesen werden können. Weiters ist mittlerweile

durch die Judikatur geklärt, dass über das Auftreten von sogenannten Weichkosten, das sind Aufwendungen des Emittenten, die nicht in die Anschaffung von Finanzprodukten gehen, wie etwa die Kosten für Werbung, aber auch Zahlungen an Vermittler, aufzuklären ist. Der Anleger kann grundsätzlich darauf vertrauen, dass neben eines Ausgabeaufschlages keine weiteren Gelder anderweitig verwendet werden als für die Anlage selbst. Dahinter steckt das Problem einer Interessenkollision, wenn der Vermittler einer Anlage für die erfolgreiche Vermittlung auch vom Emittenten eine Provision, die sogenannte Innenprovision, erhält. Eine solche Provision ist zwar nicht unzulässig, auf sie ist jedoch nach der Rechtsprechung hinzuweisen, dies ist nunmehr im WAG 2007 bzw. WAG 2018 gesetzlich verankert. Ein Verstoß gegen diese Verpflichtung stellt einen Beratungsfehler dar, der den Anleger zur Rückabwicklung berechtigt. Weiters ist durch die Judikatur geklärt, dass über den sogenannten „Ausschüttungsschwindel“ zu belehren gewesen wäre. Dabei geht es um die Belehrung, dass bei der Beteiligung an Personengesellschaften als Kommanditist neben dem Totalverlust der Einlage auch bereits an dem Anleger zurückgeflossene Beträge wiederum an die Gesellschaft zurückzuzahlen sind, weil es sich bei den Auszahlungen nicht um Erträge, sondern um Rückzahlungen der Kommanditeinlage gehandelt hat. Im Falle von Fremdwährungskrediten ist sowohl über das Währungs- als auch über das Zinsrisiko aufzuklären. Hingegen bedarf es keines Hinweises darauf, dass Zinsen bei einem endfälligen Kredit bis Laufzeitende vom vollen Kreditbetrag berechnet werde, weil es sich dabei um ein Wesensmerkmal des endfälligen Kredites handelt.

### 3) Verschulden

Nach allgemeinen Grundsätzen ist davon auszugehen, dass derjenige, der rechtswidrig handelt, im Zweifel auch schuldhaft handelt. Zur Vereinfachung des Schuldnachweises sieht das Gesetz seit jeher die Rechtsfigur des Verstoßes gegen Schutzgesetze vor. Das sind Gesetze aus anderen Rechtsgebieten, die dahingehend auszulegen sind, dafür geschaffen zu sein, einem zivilrechtlichen Schaden vorzubeugen. Bei einem Verstoß gegen ein solches Gesetz liegt abgesehen vom rechtswidrigen Verhalten, das in diesem Fall nicht in der Hinzufügung des Schadens, sondern in der Verletzung des Schutzgesetzes zu sehen ist, jedenfalls auch schuldhaftes Verhalten vor, weil sich niemand darauf berufen darf, ordnungsgemäß kundgemachte Gesetze nicht zu kennen. Die in Österreich geltenden Vorschriften über die Ausübung von Rechtsgeschäften mit Anlageprodukten (BWG, KMG, WAG) sind durchwegs Schutzgesetze. Dabei stellt sich das Problem, dass die Bestimmungen des Schutzgesetzes und die zivilrechtlichen Bestimmungen nebeneinander gelten und nicht harmonisiert sind. Ungelöst ist etwa das Problem, ob die Einhaltung der Vorschriften des WAG dazu führt, dass eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit jedenfalls zu verneinen ist. Nach zivilrechtlichen Grundsätzen haften alle Personen, die einen Vertrauenstatbestand setzen, Gehilfen sind diesen zuzurechnen. Die Haftung besteht für jedes Verschulden, es gilt die Beweislastumkehr. Die Verjährung beträgt drei Jahre beginnt mit Kenntnis von Schaden und Schädiger zu laufen. Die nach Kapitalmarktrecht Haftenden sind taxativ aufgezählt, die Leutehaftung ist eingeschränkt, teilweise wird nur für grobes Verschulden eingestanden. Die Beweispflicht trifft den

Anleger. Die Verjährungsfrist ist starr seit einiger Zeit mit zehn Jahren ab der Emission geregelt.

Größere Bedeutung gewinnt die Frage nach dem Verschulden im Fall eines Mitverschuldenseinwandes. Während Sonderwissen des Geschädigten von diesem heranzuziehen ist, wird dies für Sonderkönnen grundsätzlich verneint. Bei der Frage nach der Alternativanlage spielt das Vorhandensein von Sonderwissen und Sonderkönnen jedoch wiederum eine Rolle.

#### 4) Kausalität

Das Gericht hat die Frage zu klären, ob der Geschädigte das Anlageprodukt erworben hätte, wenn er von Risiko gewusst hätte. Die Judikatur weist dem Anleger die Behauptungs- und Beweislast zu, Beweiserleichterungen wie bei anderen Arzthaftungsfällen werden abgelehnt. Die Frage, welches Produkt der Geschädigte bei korrekter Aufklärung erworben hätte, ist diejenige nach der Alternativveranlagung. Der Ankläger trägt die Behauptung und Beweislast dafür, welches Produkte erworben hätte. Dabei gewährt Judikatur eine Beweiserleichterung, der Anleger muss den Schaden nur plausibel machen. Die Entwicklung der Alternativveranlagung begrenzt die rechnerische Schadenshöhe nach oben hin.

#### 5) Rechtswidrigkeitszusammenhang

Die Frage nach dem Rechtswidrigkeitszusammenhang führt Aspekte der Rechtswidrigkeit und der Kausalität zusammen. Während die Kausalität eine Betrachtung auf naturwissenschaftliche Ebene darstellt (was passiert, wenn ich eine bestimmte Handlung wegdenke oder dazu denke), geht es

hier um den rechtlichen Aspekt, ob eine bestimmte Norm den Zweck hat, den eingetretenen Schaden zu verhindern. Z.B. wenn ein Berater über die Möglichkeit eines Totalverlustes durch Konkursöffnung über das Vermögen der Emittentin nicht berät, ist fraglich, ob jede Ursache eines Konkurses ohne inneren Zusammenhang mit dem Beratungsfehler dem Berater zurechenbar ist. Die schwankende Judikatur steht nun auf dem Standpunkt, dass der Rechtswidrigkeitszusammenhang zu bejahen ist, wenn die Beratung und die darauf beruhende Veranlagung die Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung des tatsächlich eingetretenen Risikos nicht bloß unerheblich erhöhte, wenn sich ein Anlagerisiko verwirklicht, vor dem der Berater nicht warnen musste.

### III) Verjährung

Grundsätzlich verjähren Schadenersatzansprüche nach drei Jahren ab Kenntnis von Schaden und Schädiger. Die Frist wird durch den sogenannten Primärschaden ausgelöst, das ist die Kenntnis von einer ungewollten Anlage, auch wenn ein Schaden noch nicht bezifferbar ist. In der Praxis sind das Kurs- und Depotauszüge mit Kursverlusten, Fondsberichte, Medienberichte, Zahlungseinstellungen und Umschuldungsangebote.

Häufig berichten Anleger davon, vom Berater beschwichtigt worden zu sein. Daraus ergeben sich zwei Aspekte: Einerseits wird die Erkennbarkeit des Schadenseintrittes für den Geschädigten hinausgezögert und damit im Ergebnis der Beginn des Laufes der Verjährungsfrist verhindert. Trägt aber der Berater aktiv dazu bei, dass der Geschädigte seine Rechte nicht geltend macht, steht dem

Geschädigten gegen den Verjährungseinwand des Schädigers die Replik der Arglist zu.

Entsprechende Indizien vorausgesetzt, darf sich der Geschädigte nicht einfach passiv verhalten; wenn er die Anspruchsvoraussetzungen ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung bringen kann, gilt Kenntnis als in dem Zeitpunkt erlangt, in dem sie der aufmerksame Anleger erlangt hätte. Die einleitend genannten Auslöser sollen zu Erkundigungsmaßnahmen, etwa die Durchsicht übergebenen Unterlagen, Internetrecherchen oder die Obliegenheit zur Kontaktaufnahme mit Verbraucherschützern oder Rechtsberatung führen.

## **Anlegerprozesse: Praktische Beispiele**

### 1. Fall (EuGH C-218/12 Emrek)

Ein Gebrauchtwagenhändler mit Sitz in Frankreich nahe der deutschen Grenze unterhält eine Internetseite mit näheren Angaben zum Unternehmen, darunter französische Telefonnummern und eine deutsche Mobilfunknummer, jeweils mit internationaler Vorwahl. Der Käufer, der seinen Wohnsitz in Deutschland hat, stößt auf den Händler nicht über die Internetseite, sondern über Empfehlung von Bekannten. Er kauft in den Räumlichkeiten des Händlers in Frankreich einen Gebrauchtwagen.

Prüfen Sie die Zuständigkeit, insbesondere den Verbrauchergerichtsstand!

### 2. Fall (EuGH C-375/13 Kolassa)

Der Kläger investierte über eine österreichische Direktbank in Zertifikate, die eine Bank mit Sitz im Vereinigten Königreich und einer Zweigniederlassung in Deutschland emittiert hatte. Die Direktbank lieferte dem Kläger die Zertifikate nicht, sondern schrieb ihm nur einen Anspruch auf Lieferung aus dem entsprechenden Anteil am Deckungsbestand gut. Der Kläger macht gegen die Emittentin einen Schadenersatzanspruch geltend und bringt vor, bei rechtskonformem Verhalten hätte er die Anlage nicht getätigt, sondern er hätte sein Kapital in ein breit gestreutes Portfolio mit marktneutraler Ausrichtung investiert und den investierten Betrag zuzüglich Zinsen erwirtschaftet.

Kann sich der Kläger auf den Verbrauchergerichtsstand oder den Erfüllungsgerichtsstand stützen? Wo ist der Ort der Schadenszufügung?

### 3. Fall (OGH 2 Ob 133/16x)

Aufgrund der Beratung durch den Beklagten erwirbt die Klägerin 2 Kommanditbeteiligungen und 2 Rateneinlagen mit einer Laufzeit bis 2026. Das Anlegerkapital ist während der Laufzeit auf über 900 Unternehmer nach Regionen und Branchen aufgeteilt. Es besteht das Risiko des Totalverlustes. Der

Berater erklärt dazu, dass die Produktlinie ihre Anforderungen zu 98 % erfülle. Die Unterlagen des Beraters bestehen aus einer Mappe mit CDs, Kapitalmarktprospekten und Produktinformation, die die Klägerin nicht studierte. In diesen Unterlagen ist zu lesen, dass die Beteiligung für die Dauer der Gesellschaft fest abgeschlossen und nicht ordentlich kündbar sei, es existiere für die Beteiligung kein geregelter Zweitmarkt. Die Übertragung durch eine private Veräußerung sei regelmäßig nur erschwert möglich. Es handle sich um eine mitunternehmerische Beteiligung, deren Gewinnpotential nach oben hin offen sei, weder Kapitalerhalt noch bestimmte Erträge könnten garantiert werden. Weiters erhielt die Klägerin von ihrem Berater die Information, dass sie über die Laufzeit der Veranlagung 7 % Zinsen erhalten sollte und das Geld jederzeit herausnehmen könne. Im Falle der Herausnahme würde sie nur Zinsen verlieren.

Das Gericht folgt der Aussage der Klägerin, wäre sie richtig beratend aufgeklärt worden, hätte sie ihr Geld auf den Sparbüchern gelassen. Auf einem unbundenen Sparbuch wären Zinsen von 0,125 % jährlich erzielbar gewesen.

Worin liegt der Schaden der Klägerin? Sehen Sie eine Verletzung von Aufklärungspflichten? Besteht die Möglichkeit einer Naturalrestitution? Ist der Klägerin ein Mitverschulden zur Last zu legen?

#### 4. Fall (OGH 1 Ob 208/17w)

Die Klägerin kontaktierte ihren Betreuer in Versicherungsangelegenheiten mit dem Wunsch, das ihr zur Verfügung stehende Vermögen sicher anlegen zu wollen. Aufgrund von Mitteilungen der deutschen Finanzmarktaufsichtsbehörde setzte sich mit ihrem Berater in Verbindung und erkennt nunmehr, dass sie in einem geschlossenen Fonds investiert hatte, der Gold und Silber ankauft. Hätte sie gewusst, dass sie mit der Edelmetallveranlagung nicht Eigentümerin des Goldes und des Silbers würde und über dieses nicht uneingeschränkt verfügen könnte, hätte sie dieses Produkt nicht gekauft. Stattdessen hätte sie das Geld auf ein Sparbuch gelegt. Sie hätte bis zur Klagseinbringung durchgehend eine Rendite von 0,6 % jährlich erwirtschaftet. Die Klägerin begehrt vom Beklagten Berater die Rückzahlung des Nominalbetrages von € 21.000 als Naturalrestitution Zug um Zug gegen die Rückgabe der erworbenen Produkte sowie 2,5 % Zinsen aus diesem Betrag als Schadenersatz. Der Beklagte wird nach Klagseinbringung insolvent. Sie meldete im Insolvenzverfahren das investierte Kapital, den Gewinnentgang aufgrund der alternativen Veranlagung von € 2.938,56 sowie die Verfahrenskosten von € 16.196,54 an. Da der Masseverwalter die Forderung bestreitet, wird der Zivilprozess fortgesetzt.

Bestehen die Ansprüche zu Recht? Handelt es sich um eine künftige Schadenersatzforderung, die als bedingte Insolvenzforderung anzumelden wäre? Wie ist mit der Zug um Zug-Einschränkung nach Konkurseröffnung umzugehen?

#### 5. Fall (OGH 2 Ob 99/16x)

Die Klägerin ist Rechtsanwältin und wird häufig als Insolvenzverwalterin bestellt. Sie zeichnete von 2004 - 2006 auf Empfehlung des Mitarbeiters der beklagten Bank und mit Zwischenschaltung des Treuhänders Kommanditbeteiligungen an mehreren deutschen Kommanditgesellschaften. Der Berater hatte auf prognostizierte Ausschüttungen von 7,25 % bis 9 % hingewiesen und erläutert, dass nach 10 Jahren eine Abschichtung (Kapitalauszahlung) möglich sei. In dem produktspezifischen Anlegerprofil findet sich ein Hinweis auf eine Pflicht zur Rückzahlung von Ausschüttungen, wenn dadurch das Kapitalkonto negativ würde, den die Klägerin nicht las. Sie wusste daher nicht, dass sie Ausschüttungen unter Umständen zurückzahlen musste, der Berater hat sie auf dieses Risiko nicht hingewiesen. Hätte sie davon gewusst, hätte sie die Beteiligungen nicht erworben. In weiterer Folge erhielt die Klägerin Liquiditätsausschüttungen, die nicht durch einen Gewinn der Gesellschaft gedeckt war. Aus gesellschaftsrechtlichen Gründen kann sie unter Umständen zur Rückzahlung verpflichtet werden. Ab dem Erwerb der Beteiligungen ergingen Berichte über deren Entwicklung, in denen die Klägerin darauf hingewiesen wurde, dass es sich bei den Liquiditätsausschüttungen nicht um eine Kapitalverzinsung handle; die Ausschüttungen seien keine Gewinne und daher steuerneutral. Hätte die Klägerin die Unternehmensbeteiligungen nicht erworben, so hätte sie in von der Beklagten vorgeschlagenen Alternativen veranlagt, etwa in einen Immobilienfonds.

Die Beklagte wendet ein, dass die Klägerin als erfahrene Anlegerin auf jede Beratung verzichtet habe und korrekt über die Risiken der Fonds aufgeklärt worden sei. Allfällige Schäden stünden nicht im

Rechtswidrigkeitszusammenhang mit der insofern unterbliebenen Aufklärung.

Die Klägerin hätte auch bei alternativen Veranlagungen einen Verlust erlitten, sie habe das Marktrisiko zu tragen. Allfällige Ansprüche sind verjährt.

Naturalrestitution sei unmöglich, weil die Klägerin die Beteiligungen nur mit Zustimmung der anderen Gesellschafter übertragen könne. Die Klägerin treffe ein Mitverschulden.

Nehmen Sie zu den Einwendungen Stellung! Welche Fragen werden die

Gerichte auf Sachverhaltsebene zu klären haben? Argumentieren sie für und gegen den Mitverschuldenseinwand!

#### 6. Fall (OGH 7 Ob 198/13p)

Der Kläger ist Ingenieur für Elektrotechnik und in technischen Berufen tätig gewesen. Er zeichnet auf Empfehlung und Vermittlung des Beklagten, der sich nach seiner Tätigkeit als Bankmitarbeiter selbstständig gemacht und zu dem der Klägers als Vermögensberater gewechselt hatte, in den Jahren 2002 – 2007 unter Zwischenschaltung eines Treuhänders Kommanditbeteiligungen an 6 Kommanditgesellschaften deutschen Rechts eine Summe von insgesamt € 105.000. Ihm war wichtig, ihn Sachwerte zu investieren und mit seiner langfristigen Veranlagung eine angemessene Rendite zu erzielen. Er wollte höhere als Sparbuchzinsen erhalten. Der Beklagte erklärte ihm, vom Geld der Anleger würden Immobilien bzw. Schiffe erworben und vermietet. Aus den Mieteinnahmen würden die Erträge erzielt werden. Der Kläger ging aufgrund der Gespräche mit dem Beklagten davon aus, dass es sich bei den Ausschüttungen aus den Veranlagungen um Erträge aus der Vermietung handelt. Es wurde nicht darüber gesprochen, dass die Ausschüttungen die Rückgewähr von Einlagen bzw. die Rückzahlung des Kapitals darstellen könnte. Bei keiner der Beteiligungen war dem Kläger klar, dass er durch die Zeichnung Kommanditist wurde. Er ging davon aus, nach 10 - 15 Jahren den eingesetzten Kapitalbetrag mit Wertzuwächsen ausgezahlt zu erhalten. Die Beitrittserklärungen las der Kläger nicht, weil durch die Gespräche mit dem Beklagten alle seine Fragen beantwortet wurden und er dem Beklagten vertraute. Hätte er die Risikohinweise gelesen, hätte er die Veranlagung nicht getätigt. Hätte er gewusst, dass vom investierten Kapital ein großer Prozentsatz für Verwaltungsagenden, Betriebsspesen und ähnliches aufgehen, hätte er die Veranlagungen nicht getätigt. Zwischen der Präsentation des jeweiligen Produkts und dem gemeinsamen Durchgehen des Prospektes einerseits und der Zeichnung der jeweiligen Beteiligung andererseits vergingen immer zumindest 1 bis 2 Wochen. In den Jahren 2008 und 2009 kam es zur Reduzierung und zum Ausbleiben von Ausschüttungen. 2012 wurde über eine der Gesellschaften der Konkurs eröffnet. Der Kläger erhielt im Laufe der Jahre zahlreiche Schreiben des Treuhänders der Kommanditbeteiligungen, die entweder gar nicht oder nicht aufmerksam las.

Hätte der Beklagte über folgende Umstände aufklären müssen: Ausschüttungen sind unter Umständen zurückzuzahlen; die Sachwerte werden nicht allein durch die Beteiligungen, sondern auch durch Fremdfinanzierungen erworben, es

besteht ein Totalverlustrisiko, allenfalls sind auch bezogene Ausschüttungen wieder zurückzuzahlen? Ist über die Weichkosten in jeden Fall aufzuklären? Welche Umstände lösen eine Erkundigungsobliegenheit des Klägers aus? Wie ist die Verjährungsfrist im konkreten Fall zu berechnen?