

# Rechtsprechung

## Zivilrechtliche und strafrechtliche Entscheidungen

Bearbeitet von  
Univ.-Prof. i.R. Dr. Dr. h.c. Helmut Koziol,  
Fachvorsitzender des  
Forums für Bankrecht

### OGH-Entscheidungen

1528.

**§§ 1295, 1489 ABGB. War der Kunde erkennbar bloß an einer wertstabilen Anlage interessiert, liegt ein (realer) Schaden im Rechtssinn bereits dann vor, wenn er ein Kursschwankungen unterliegendes Wertpapier erwirbt. Wurde nur die Risikolosigkeit des Gesamtanlagekonzepts zugesichert, kann von einer Schadenskenntnis iS des § 1489 ABGB noch nicht gesprochen werden, wenn dem Anleger ein Risiko hinsichtlich einzelner Komponenten des Finanzierungskonzepts offenbar wird. Ist der Anspruch auf Ersatz des realen Schadens bereits verjährt, kommen gesonderte, auf Kursverluste der getätigten Anlage gestützte Geldersatzansprüche nicht mehr in Betracht. Zur verjährungsrechtlichen Bedeutung von Beschwichtigungsversuchen seltens des Anlageberaters.**

OGH 7.7.2008, 6 Ob 103/08b

#### Aus der Begründung:

Die Kläger hatten 1994 einen Kredit bei der Sparkasse P über ATS 1 Mio aufgenommen, welcher 1999 mit ATS 800.000 aushaftete. Im Jahr 1999 erarbeitete ein Mitarbeiter der Beklagten mit den Klägern ein Umschuldungs- und Sanierungskonzept. Nach diesem Konzept nahmen die Kläger einen Fremdwährungskredit in Schweizer Franken in Höhe von € 167.148 auf. Davon investierten sie € 65.405 in eine fondsgebundene Lebensversicherung (Wealthmaster Noble von der Clerical Medical Investment Group Ltd) und € 36.336 in einen Aktienfonds (Convest 21 der Schweizer Privatbank AIG Privat Bank). Weitere € 58.138 wurden zur Tilgung des Altkredits verwendet. Die restliche Kreditvaluta von ca € 7.269 entfiel auf Nebenkosten. Die Laufzeit betrug jeweils 20 Jahre. Es war geplant, aus den Ausschüttungen des Convest 21 die Zinsen des Fremdwährungskredits zu bedienen und die Endtilgung durch den Wealthmaster Noble vorzunehmen. Der Mitarbeiter der beklagten Partei versicherte mehrmals, daß das geplante Finanzierungskonzept kein Risiko

mit sich bringe. Tatsächlich war dieses Finanzierungsprojekt jedoch jedenfalls risikoträchtig.

Das *Erstgericht* wies das Klagebegehren ab. Der Schadenersatzanspruch der Kläger sei verjährt. Die dreijährige Verjährungsfrist habe mit dem Zeitpunkt zu laufen begonnen, zu dem die Kläger Kenntnis davon erlangt hätten, daß der von ihnen erworbene Aktienfonds auch Kursschwankungen nach unten, und zwar unter den Einkaufspreis, unterworfen sei. Dies sei bereits im Jahr 2000 der Fall gewesen. Bereits damals hätte ihnen klar sein müssen, daß sie statt der von ihnen gewünschten risikolosen Finanzierung ein Finanzierungskonzept mit hohem Risiko abgeschlossen hätten. Daher wäre die Klageeinbringung bereits mit dem Entstehen der ersten Kursverluste nach dem Ankauf der Aktien indiziert gewesen.

Das *Berufungsgericht* hob – soweit für das Rekursverfahren von Belang – das angefochtene Urteil zur Verfahrensergänzung auf. Die Verjährungsfrist des § 1489 Satz 1 ABGB beginne zu laufen, wenn dem Geschädigten der Schaden und die Person des Beschädigers bekannt geworden seien. Dabei müsse dem Geschädigten der Sachverhalt so weit bekannt sein, daß er mit Aussicht auf Erfolg klagen könne. Die Kenntnis müsse den ganzen den Anspruch begründenden Sachverhalt umfassen, insbesondere auch die Kenntnis des Ursachenzusammenhangs zwischen dem Schaden und einem bestimmten, dem Schädiger anzulastenden Verhalten, in Fällen der Verschuldenshaftung daher auch jene Umstände, aus denen sich das Verschulden des Schädigers ergibt (6 Ob 273/98k; RIS-Justiz RS0034951; *M. Bydlinki* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 489 Rz 3). Die Verjährungsfrist beginne nach nunmehr ständiger Rechtsprechung nicht vor dem tatsächlichen Eintritt des Schadens zu laufen (verstärkter Senat SZ 68/238; RIS-Justiz RS0083144, RS0050338, RS0087615 ua). Nach der E 7 Ob 253/97z sei „Nachteil am Vermögen“ im Sinne des Schadensbegriffs des § 1293 ABGB jede Vermögensveränderung nach unten, der kein entsprechendes Äquivalent gegenüberstehe. Folge man den Behauptungen des Klägers, habe dieser gewünscht, sein Kapital „risikolos“ anzulegen. An diesen Vorstellungen und Vorgaben des Klägers sei die Beratung durch den Anlageberater zu messen. Der behauptete Schaden sei schon dadurch entstanden, daß der Kläger kein wertstabiles, sondern ein Kurschwankungen unterliegendes Wertpapier erworben habe. Dieser Zeitpunkt sei unabhängig davon, ob nach einer Zukunftsprognose aus damaliger Sicht auf eine positivere Kursentwicklung zu hoffen gewesen sei oder nicht, als maßgebender Termin für den Schadenseintritt anzusehen. Die Grundgedanken dieser Ent-

scheidung seien auf den vorliegenden Fall jedoch nicht unmittelbar übertragbar. Den Klägern sei nämlich die Risikolosigkeit des Finanzierungskonzepts, nicht jedoch die Risikolosigkeit bzw Wertstabilität der einzelnen Tilgungsträger zugesichert worden. Über Kursschwankungen seien die Kläger nach den Feststellungen sogar aufgeklärt worden. Nach den derzeitigen Verfahrensergebnissen könne nicht mit der erforderlichen Sicherheit beurteilt werden, ob und wann den Klägern ein Primärschaden entstanden und ob Verjährung ihrer allfälligen Schadenersatzansprüche eingetreten sei. Im fortgesetzten Verfahren seien nähere Feststellungen dazu zu treffen, wie das Finanzierungsmodell im einzelnen funktionieren sollte. Dabei sei auch festzustellen, wie das Finanzierungsziel nach den Angaben der Beklagten erreicht werden sollte, dh welche Annahmen über die Entwicklung der Tilgungsträger und der Zinsen des Fremdwährungskredits dem Modell zugrundelagen und mit welchen monatlichen Zahlungen die Kläger belastet sein sollten. Ferner sei festzustellen, wie die festgestellte Aufklärung der Kläger über die Punkte Kursschwankungen, Bindefrist-Verfügbarkeit, Renditeerwartung, Währungsrisiko, Belastung bei vorzeitiger Beendigung und Rückkaufswert inhaltlich gestaltet gewesen sei. Schließlich habe die Beklagte bis zuletzt den Eintritt eines finanziellen Schadens für die Kläger bestritten. Es werde daher – zweckmäßigerweise durch Beiziehung eines Sachverständigen – zu klären sein, ob das Ziel des Sanierungskonzepts (bei Einhaltung der vorgesehenen Laufzeit von 20 Jahren) noch erreicht werden könne oder ob dies – allenfalls aufgrund unrealistischer Annahmen des Beraters – von Beginn an ausgeschlossen gewesen sei.

Der *Rekurs* an den OGH sei zulässig, weil dieser die Frage, ob bei einem auf bestimmte Dauer angelegten, vom Anlageberater als risikolos empfohlenen Umschuldungs- und Finanzierungskonzept der für den Beginn des Laufes der Verjährungsfrist maßgebliche Primärschaden in Analogie zu der E 7 Ob 253/97z bereits dann eingetreten sei, wenn der Kunde als Tilgungsträger kein wertstabiles, sondern ein Kursschwankungen unterliegendes Wertpapier erworben hat, noch nicht zu entscheiden hatte. Der *Rekurs* ist aus dem vom Berufungsgericht angeführten Grund zulässig; er ist aber nicht berechtigt:

1. Vorweg ist festzuhalten, daß der OGH nicht Tatsacheninstanz ist; er kann daher, wenn die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts zutreffend ist, dessen Ansicht, der Sachverhalt sei noch erörterungsbedürftig, nicht entgegenreten (RIS-Justiz RS0042179, RS0043814).

2.1. Entgegen den Rekursausführungen der beklagten Partei ist das Berufungs-

gericht von den Grundsätzen der E 7 Ob 253/97z nicht abgewichen. Nach dieser E liegt der den Lauf der Verjährungsfrist auslösende Primärschaden bereits darin, daß der Kunde kein wertstabiles, sondern ein Kursschwankungen unterliegendes Wertpapier erworben hat. Dies entspricht dem weiteren Schadensbegriff des ABGB, wonach jeder rechtliche Nachteil einen Schaden darstellt, somit jeder Zustand, an dem ein geringeres rechtliches Interesse als am bisherigen besteht (RIS-Justiz RS0022537). Demgemäß wäre es auch etwa ein Vermögensnachteil, wenn anstelle des Besitzes eines Bargeldbetrags eine gleich hohe Geldforderung getreten ist, es sei denn, der Schuldner wäre bereit und imstande, seine Verbindlichkeit unverzüglich abzutragen (9 ObA 2300/96t = SZ 70/104; *Linder*, GesRZ 2008, 26 [Anm zu 3 Ob 59/07h]; vgl bereits *Kletečka*, ÖBA 1999, 388 [392]).

2.2. Das Berufungsgericht hat diese Grundsätze folgerichtig auf den vorliegenden Fall übertragen, in dem nach den bisherigen Verfahrensergebnissen nicht die Risikolosigkeit einzelner Anlageformen, sondern (nur, aber immerhin) die Risikolosigkeit des Gesamtfinanzierungskonzepts zugesichert wurde. Entgegen den Rekursbehauptungen hat das Erstgericht gerade keine Zusage hinsichtlich der Risikolosigkeit einzelner Komponenten des Gesamtfinanzierungskonzepts festgestellt; es hat vielmehr nur festgestellt, daß das geplante Finanzierungskonzept insgesamt kein Risiko mit sich bringe.

3.1. Entscheidend für den Lauf der Verjährungsfrist ist daher im vorliegenden Fall, zu welchem Zeitpunkt die Kläger erkannten, daß das Gesamtkonzept – entgegen der festgestellten Zusage der beklagten Partei – nicht risikolos war. Eine derartige Risikoträchtigkeit des Gesamtkonzepts lag jedenfalls dann vor, wenn sich dieses rein rechnerisch nicht mehr ohne zusätzliche Vermögensverminderung im Vergleich zur (herkömmlichen) Tilgung der Darlehen und Geldmittelbeschaffung vor dem Umschuldungs- und Finanzierungskonzept entwickeln konnte.

3.2. Ein nach Erkennen der Risikoträchtigkeit des gewählten Finanzierungskonzepts eintretender weiterer Schaden ist als bloßer Folgeschaden zu qualifizieren, dessen Verjährung gleichfalls mit der Kenntnis vom Eintritt des Erstschadens beginnt (*F. Bydlinski*, Schadensentstehung und Verjährungsbeginn im österreichischen Recht, FS Steffen [1995] 65; *Koziol*, Haftpflichtrecht<sup>3</sup> I Rz 15/12 mwN). Selbst nach der vor allem von *Riedler* (Verstärkter Senat zum Verjährungsbeginn im Schadenersatz, *ecolex* 1996, 87) vertretenen Gegenmeinung, die für jeden Folgeschaden eine eigene Verjährungsfrist annimmt, würde im vorliegenden Fall nichts anderes gelten. *Riedler* (JBI 1994,

757) hält es nämlich für möglich, daß ein Folgeschaden dann nicht zu ersetzen ist, wenn er ausschließlich aus der Nichtbeseitigung eines Primärschadens resultiert und der Anspruch auf Ersatz des Primärschadens bereits verjährt ist (vgl *Kletečka*, ÖBA 1999, 392 [Anm zu 7 Ob 253/97z]). Beurteilt man das Eingehen des risikoträchtigen Finanzierungskonzepts bereits als realen Schaden, der durch die – hier eventualiter begehrte – Rückabwicklung behoben werden kann, so stellt sich ein durch weitere Kursverluste eintretender (zusätzlicher) Schaden als bloße Folge der Nichtbehebung des Erstschadens dar (*Kletečka* aaO).

4.1. Freilich hat bereits das Berufungsgericht zutreffend darauf hingewiesen, daß der Lauf der Verjährungsfrist des § 1489 Satz 1 ABGB erst zu dem Zeitpunkt beginnt, zu dem der Geschädigte den Sachverhalt so weit kennt, daß er mit Aussicht auf Erfolg klagen kann. Die Kenntnis muß dabei den ganzen anspruchsbegründenden Sachverhalt umfassen, insbesondere auch die Kenntnis des Ursachenzusammenhangs zwischen dem Schaden und einem bestimmten, dem Schädiger anzulastenden Verhalten, in Fällen der Verschuldenshaftung daher auch jene Umstände, aus denen sich das Verschulden des Schädigers ergibt (*M. Bydlinski* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1489 Rz 3; RIS-Justiz RS0034951; 6 Ob 273/98k).

4.2. Eine bestimmte Kursentwicklung kann ein Indikator für die Risikoträchtigkeit einer bestimmten Anlageform sein (*Kletečka*, ÖBA 1999, 391 ff). Allerdings ist zu beachten, daß der anspruchsbegründende Sachverhalt dem Geschädigten zwar nicht in allen Einzelheiten, aber doch so weit bekannt sein muß, daß er in der Lage ist, das zur Begründung seines Ersatzanspruchs erforderliche Sachvorbringen konkret zu erstatten (6 Ob 273/98k; RIS-Justiz RS0034524). Bloße Mutmaßungen über die angeführten Umstände reichen für die Auslösung der Verjährungsfrist nicht aus.

4.3. In diesem Zusammenhang werden insbesondere die festgestellten mehrfachen Beschwichtigungsversuche seitens der beklagten Partei zu berücksichtigen sein, zumal die Mitarbeiter der beklagten Partei aufgrund ihrer eigenen Berechnung noch im Jahr 2005 von der Erfolgsträchtigkeit der empfohlenen Finanzierungsform überzeugt waren und die Kläger weiterhin beruhigten. Derartigen Beschwichtigungsversuchen kann im vorliegenden Fall in zweierlei Hinsicht Bedeutung zukommen: Zum einen kann dadurch auf der Tatsachenebene die Erkennbarkeit des Schadenseintritts und damit der Beginn der Verjährungsfrist hinausgeschoben werden. Zum anderen können jedoch selbst bei früherer Erkennbarkeit des Schadenseintritts derar-

tige Beschwichtigungsversuche nach der Rechtsprechung dazu führen, daß dem Verjährungseinwand der beklagten Partei die Replik der Arglist entgegengehalten werden kann (3 Ob 40/07i = ÖBA 2008, 196 [Madl]; 9 Ob 17/07a = ÖBA 2008, 202 = Zak 2007, 342). Zum selben Ergebnis führt die Auffassung *P. Bydlinskis* (Haftung für fehlerhafte Anlageberatung: Schaden und Schadenersatz, ÖBA 2008, 159 [173]), wonach das Abhalten von der Anspruchsverfolgung durch „In-Sicherheit-Wiegen“ als Hemmungsgrund einzustufen sei.

5. Im fortgesetzten Verfahren wird das Erstgericht allerdings auch den Grundsatz der Subsidiarität des Feststellungsbegehrens (vgl nur RIS-Justiz RS0038849; 9 ObA 184/92 ua) zu beachten haben (dazu ausführlich *P. Bydlinski*, ÖBA 2008, 159 [163]). Soweit daher bereits ein – subsidiär ohnedies geltend gemachter – Anspruch auf Rückabwicklung des abgeschlossenen Geschäfts besteht, bleibt für eine Feststellungsklage kein Raum.

### Anmerkung:

1. Der vorstehende Beschluß des 6. Senats beschäftigt sich – noch ganz unabhängig von der aktuellen Finanzkrise – mit dem offenbar immer stärker in das Bewußtsein von Kunden und Rechtsbeiständen tretenden Problembereich der *fehlerhaften Vermögensanlageberatung*. Rechtsprechung und Lehre sind gerade dabei, die wichtigsten Fragen dieses in mehrfacher Hinsicht komplexen Bereichs sowie die überzeugendsten Wege zu ihrer Lösung zu suchen. Diesmal habe ich mich zu einer Anmerkung entschlossen, um den OGH in vielen Punkten seiner Ansätze und Ergebnisse ausdrücklich zu unterstützen; nicht hingegen wie so oft, um Kritik zu üben.

Bei dieser Gelegenheit: Natürlich schreibt man als Rechtswissenschaftler viel häufiger kritische oder gar ablehnende als zustimmende Glossen. Man glaubt, dadurch mithelfen zu können, als „Fehlritte“ eingeschätzte Schritte mit überzeugenden Argumenten auf den „richtigen“ Weg zu leiten, was erfreulicherweise auch immer wieder gelingt. Die vielen überzeugenden Entscheidungen nimmt man hingegen meist bloß stumm – und zufrieden – zur Kenntnis. Das soll diesmal nicht so sein; und das paßt heute auch besonders gut, handelt es sich doch um meine 100. Entscheidungsbesprechung (seit 1983, zugleich die 32. im ÖBA; wie viele – oder wenige – davon zustimmend waren, habe ich nicht gezählt). In diesem Zusammenhang ist es ein netter Zufall, daß der OGH Äußerungen dreier Familienmitglieder zitiert und für seine Lösung fruchtbar macht.

2. Ein weiteres Mal stand die *Verjährung von Schadenersatzansprüchen* im Zentrum des Rechtsstreits. Diesmal ging es allerdings nicht um die Empfehlung zum Erwerb argentinerischer Staatsanleihen (dazu in jüngerer Zeit 3 Ob 40/07i, ÖBA 2008, 196 mit Anm von *Madl* = JBl 2008, 49 mit Anm von *Mader*; 9 Ob 17/07a, ÖBA 2008, 202; ferner ohne Verjährungsaspekt 10 Ob 11/07a, ÖBA 2008, 732), sondern um den Ratschlag, im Rahmen einer Umschuldung auf einen Fremdwährungskredit umzusteigen und – hier vor allem interessant – Teile des Geldes in einen Aktienfonds einer Schweizer Privatbank zu investieren, wobei das gesamte Geschäft vom Berater zu Unrecht mehrfach als risikolos bezeichnet wurde. Der 6. Senat nutzt die Gelegenheit aber auch zur Klärung einiger grundsätzlicher Weichenstellungen im Schadenersatzrecht. Damit soll begonnen werden.

3.1. Die Judikatur des OGH zum *Schadenseintritt* ist nicht ganz homogen. So hat das Höchstgericht etwa noch in 9 Ob 53/03i (ÖBA 2004, 631) einen „aktuellen“ Schaden des Anlegers vor Ablauf der geplanten Anlagefrist verneint, obwohl trotz Wunschs nach einer risikolosen Anlageform zur Investition in einen Aktienfonds geraten worden war und überdies erhebliche Kursverluste zu verzeichnen waren (ablehnend dazu – nicht zuletzt auch zur gleichzeitigen Zulassung einer Feststellungsklage – statt aller *Linder*, ZFR 2006, 105; *P. Bydlinski*, ÖBA 2008, 159, 161 ff). Diesmal läßt der 6. Senat (ebenso genau einen Monat später in 6 Ob 145/08d, Zak 2008, 372) wiederum einen realen Schaden ausreichen (so früher vor allem bereits 7 Ob 253/97z, ÖBA 1999, 388 mit Anm von *Kletečka*; obiter auch 8 Ob 123/05d, ÖBA 2006, 682 = ZFR 2006, 104 mit Anm von *Linder*, wo allerdings mangels Erhebung eines solchen Anspruchs zu Unrecht eine Feststellungsklage gestattet wird). Das überzeugt (siehe etwa *Kletečka*, ÖBA 1999, 392; *denselben*, ÖJZ 2008, 785, 787; *Madl*, ÖBA 2008, 199 f; *Riedler*, Zak 2008, 363, 364). Auch die ungewollte Umschichtung des eigenen Vermögens für sich ist als Schaden anzusehen; unabhängig davon, ob es (bereits) zu einem Wertverlust gekommen ist und für welchen Zeitraum die Vermögensanlage gedacht war.

3.2. Zur *Art der Ersatzleistung* in solchen Fällen äußert sich der OGH in der vorliegenden Entscheidung nur am Rande (als Eventualbegehren scheint „Rückabwicklung“ begehrt worden zu sein, der der 6. Senat offenbar positiv gegenüber steht). Bei dieser Gelegenheit sei aber auf ein nur wenig älteres Judikat zu den Argentinien-Anleihen (10 Ob 11/07a, ÖBA 2008, 732) hingewiesen, in dem sich das Höchstgericht ausdrücklich für

eine *Naturalrestitution* ausspricht: Der Anleger könne Zug um Zug gegen Rückgabe der Anleihen den bezahlten Kaufpreis (abzüglich erhaltener Zinsen) verlangen. Die überwiegende Lehre stimmt dem weitgehend zu. Allerdings ist die Sache deswegen noch deutlich komplizierter, weil der hypothetische Verlauf – wie hätte der Anleger ohne die Fehlberatung disponiert und wie hätte sich dann sein Vermögen entwickelt? – bei der Feststellung von Schaden und Schadenshöhe mitzubeachten wäre (ausführlich und mwN dazu *P. Bydlinski*, ÖBA 2008, 159, 161 ff, insb 164, 168 ff). Daß sich die Gerichte dazu nicht äußern, hat vermutlich einen ganz einfachen Grund: Der Schadenersatzkläger geht bei seinen Berechnungen und Klageanträgen bloß vom eingesetzten Kaufpreis aus und auch der Beklagte bringt die hypothetische Entwicklung nicht ins Spiel. Darin könnte man möglicherweise die stillschweigende und unwidersprochen bleibende – wenn auch mangels Lebensnähe wenig glaubhafte – Behauptung des Klägers sehen, er hätte das Geld ohne die Fehlberatung überhaupt nicht investiert. Mit dieser Facette der Problematik sollten sich wohl auch einmal Prozeßrechtler beschäftigen.

4.1. Damit zum Kern der Entscheidung, nämlich der *Verjährungsfrage*. Gerade wenn man den Eintritt des Anlegerschadens – zutreffenderweise – schon zu einem sehr frühen Zeitpunkt (Erwerb der „falschen Anlage“ als Eintritt des realen Schadens; vgl auch 6 Ob 145/08d, Zak 2008, 372 mit Besprechung von *Riedler*, Zak 2008, 363) bejaht, besteht die Versuchung, auch schon recht bald zur Verjährung des Ersatzanspruchs zu gelangen. Ihr unterliegt der 6. Senat nicht. Im Gegenteil macht er in erfreulicher Weise deutlich, daß das Kriterium der Kenntnis in § 1489 ABGB möglichst ernst zu nehmen ist. Dem entspricht wohl auch die allgemeine Erwägung, einen „an sich“ ersatzpflichtigen Schädiger nicht frühzeitig von seiner Haftpflicht zu befreien. In diesem Sinn muß der Geschädigte all jene tatsächlichen Umstände kennen, die ihm eine Einschätzung der Rechtslage sowie hinreichend konkretes Sachvorbringen erlauben. Das vom Anleger im Jahre 2000 erlangte Wissen um die (Möglichkeit einer) Entwicklung der Aktienfondsbeziehung nach unten ist dafür aber eben nicht ausreichend. Auch wegen der mehrfachen beruhigenden Erklärungen der Beklagtenseite (die bis in das Jahr 2005 hinein selbst vom Aufgehen des Anlagekonzepts überzeugt war) mußte dem Anleger nicht offenkundig sein, daß aus den einem Aktienfonds immanenten Gefahren ein Risiko des gesamten – für einen Laien durchaus komplizierten – Anlagekonzepts resultierte.

4.2. Ist der Sachverhalt nur ein wenig anders gelagert, wäre Kenntnis im Sinne des § 1489 ABGB jedoch zu bejahen; etwa dann, wenn es um eine einzige Anlageform geht, die sich entgegen der seinerzeitigen Zusicherung als risikobehaftet erweist. Da auch dann der (reale) Schaden bereits mit dem Erwerb der Anlage, zB einer Anleihe, eingetreten ist, beginnt die Verjährung nicht erst ab der Nichtrückzahlung bei Fälligkeit zu laufen (so aber wohl etwa OGH 3 Ob 40/07i, ÖBA 2008, 196; deutlich in diesem Sinn *Mader*, JBl 2008, 51; dagegen *P. Bydlinski*, ÖBA 2008, 159, 172 f; unklar *Madl*, ÖBA 2008, 200 [unter 2.5. für Verjährung] und 201 [unter 3.3. aE gegen Verjährung]).

In diesem Zusammenhang ist auf eine kleine Ungenauigkeit in der vorliegenden Entscheidung hinzuweisen. Obwohl auch der 6. Senat den Schadenseintritt bereits im Erwerb der „falschen“ (= riskanten) Anlage erblickt und die Verjährung zunächst ausdrücklich ganz zu Recht mit dem *Erkennen eines Gesamtrisikos* beginnen läßt, meint er gleich anschließend (zumindest habe ich diese nicht ganz klare Entscheidungspassage so verstanden; genauer Wortlaut unter 3.1. der Gründe aE): Die Risikoträchtigkeit des Gesamtkonzepts lag „jedenfalls“ ab dem Zeitpunkt vor, zu dem rein rechnerisch ein besseres Ergebnis im Vergleich zur Lage vor der Umschuldung nicht mehr erreicht werden konnte. Diese Aussage verwirrt und hätte besser weggelassen werden sollen. Zum Ersten betrifft sie den Schadenseintritt und nicht die an dieser Stelle behandelte Verjährungsfrage. Zum Zweiten ist ein Anlage- bzw Umschuldungskonzept entweder von Anfang an oder überhaupt nicht risikoträchtig. Zum Dritten ist nicht recht zu sehen, wann man sicher sein kann, daß sich eine konkrete Anlageform bis zum entscheidenden Stichtag nicht mehr in bestimmter Weise (nach oben oder unten) entwickelt. Wie die aktuelle Finanzkrise zeigt, kann es innerhalb sehr kurzer Zeit zu massiven Veränderungen kommen. Wirklich zentral ist aber zum Vierten, daß es für die Verjährung – wie der OGH im unmittelbar vorangehenden Satz selbst sagt – allein auf das Erkennen des realen Schadens (= der ungewollten Risikoträchtigkeit) ankommt; auch dann, wenn die Entwicklung noch ganz offen ist, ja sogar dann, wenn der Anleger in concreto mit einem Erfolg der riskanten Anlage rechnet. Der Anleger soll es aber gerade nicht in der Hand haben, länger zuzuwarten und die Entwicklung zu beobachten: Stört ihn das ungewollte – und nunmehr erkannte – Risiko, soll er seine Ansprüche umgehend geltend machen (vgl dazu – dort primär gegen die Zulassung einer Feststellungsklage – *P. Bydlinski*,

ÖBA 2008, 161 und 163). Auch wenn der 6. Senat seine Ausführungen mit dem Wörtchen „jedenfalls“ relativiert, liegt darin ein inkonsequenter – und nicht zuletzt deshalb abzulehnender – Rückfall in die Position, es komme auf eine meßbare Vermögensverminderung an.

**4.3.** Nunmehr sollen der Bedeutung des Beraterverhaltens nach der Umschuldung (einschließlich der Aktienfondsbeteiligung) einige Worte gewidmet werden. Gelangte man „an sich“ zur Verjährung des Ersatzanspruchs, stellte sich die Frage, ob die mehrfachen *Beschwichtigungsversuche* des Beraters rechtliche Bedeutung haben, wobei unterstellt wird, daß sich der Anleger durch sie zunächst und für bestimmte Zeit von der Erhebung einer Schadenersatzklage abhalten ließ. In der hier besprochenen Entscheidung zeigt der 6. Senat nur knapp mögliche Lösungsansätze auf; aufgrund seiner Prämisse – in concreto kein Ablauf der Dreijahresfrist – war dieser Aspekt allerdings nicht entscheidungsrelevant. Der 6. Senat selbst hat die Erklärungen des Beraters, das Konzept werde schon noch aufgehen, offenbar im Rahmen des § 1489 ABGB selbst berücksichtigt: Auch aufgrund dieser Beschwichtigungen hatte der Kunde nicht die nach § 1489 ABGB für den Verjährungsbeginn nötige Kenntnis (daß in der Entscheidung mehrfach bloß von der *Erkennbarkeit* des Schadenseintritts die Rede ist und ob diese Ausdehnung des gesetzlichen Kenntnis-Tatbestandsmerkmals zulässig ist, sei hier nicht weiter erörtert). Das kann aber durchaus anders sein. Der Anleger könnte nun positiv wissen, daß die von ihm gezeichnete Anlage nicht wie beabsichtigt risikolos ist (Kenntnis vom realen Schaden), er könnte aber aufgrund der Beschwichtigungen davon ausgehen, daß im Ergebnis ein Vermögensnachteil ausbleiben werde, weshalb er zunächst keine gerichtlichen Schritte unternimmt. Für den Verjährungsbeginn ist dieser zweite Umstand nun aber irrelevant: Sobald der Anleger vom realen Schaden weiß, beginnt gemäß § 1489 ABGB die Frist zu laufen (anders wenn man meint, für nicht vorhersehbare Teilschäden beginne die Frist erst später zu laufen und der konkret vorliegende Vermögensschaden sei ein solcher Teilschaden [vgl nur *Mader*, JBl 2008, 51]; eine Position, die mich wie den 6. Senat jedenfalls im vorliegenden Zusammenhang nicht überzeugt).

Eine verjährungsrelevante Schadensteilung käme allerdings in besonders gelagerten Konstellationen in Betracht, nämlich dann, wenn es zu *mehreren Beratungsfehlern* gekommen ist: Nach Ansicht des BGH (V ZR 25/07, ZGS 2008, 103) beginnt die kenntnisabhängige Verjährung für jeden Beratungsfehler – ge-

meint wohl: für jeden Ersatzanspruch, der aus diesem Beratungsfehler resultiert – gesondert zu laufen. Dafür genügt es aber wohl nicht, wenn die bereits ursprünglich gemachten Angaben (zB Anlageform ist risikolos) später bloß wiederholt werden; möglicherweise aber der zu diesem Zeitpunkt fehlerhafte Hinweis, die Anlage solle keinesfalls verkauft werden. Darüber wäre noch genau nachzudenken; vor allem auch deshalb, weil der Schaden aus der neuerlichen Fehlberatung häufig nur die Weiterentwicklung des schon ursprünglich zugefügten ist.

**4.4.** Ist die Dreijahresfrist des § 1489 ABGB verstrichen, können dem Anleger nur besondere Rechtsinstitute zu Hilfe kommen. Zu dem vom OGH (3 Ob 40/07i, ÖBA 2008, 196; 9 Ob 17/07a, ÖBA 2008, 202) zuletzt bevorzugten Ansatz über Rechtsmißbrauch, Arglist oder Treu und Glauben wurde zu Recht bemerkt, daß diese Rechtsinstitute sehr zurückhaltend und bloß als Ultima Ratio zur Anwendung gebracht werden dürfen (*Mader*, JBl 2008, 51; *P. Bydlinski*, ÖBA 2008, 159, 172; vgl auch *Madl*, ÖBA 2008, 201 unter 3.4., der bei diesem Ansatz vor allem die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen sieht). Käme man über § 1489 ABGB allerdings zur Anspruchsverjährung, sollte man die Beschwichtigungs- und Beruhigungsversuche der Beklagten, also das Hinhalten mit dem Ziel, eine Klage des Anlegers zu vermeiden, auf einer möglichst konkreten Stufe der Rechtsanwendung einordnen und behandeln. ME bietet sich an, derartige Verhaltenweisen ebenso wie Vergleichsverhandlungen per analogiam als *Hemmungsgründe* zu behandeln (ausführlicher dazu *P. Bydlinski*, ÖBA 2008, 159, 173 f), was den ohnehin immer heiklen und unsicheren Weg mit Hilfe von Generalklauselbegründungen von vornherein unnötig macht.

**5.** Diese letzten Überlegungen betreffen nicht unmittelbar die Entscheidung des 6. Senats. Diese läßt vielmehr kaum Wünsche offen. Wertvoll sind vor allem die klaren Positionierungen zum Schadensbegriff und zum Schadenseintritt (der in der ungewollten Vermögensumschichtung liegende reale Schaden reicht aus), zum Beginn der Verjährung des Ersatzanspruchs sowie zur – hier nicht eigens angesprochenen – strengen Subsidiarität der Feststellungsklage (in diesem Sinn bereits *P. Bydlinski*, ÖBA 2008, 159, 161, 163). Zusammen mit der ebenfalls im Jahre 2008 ergangenen Entscheidung des 10. Senats, die sich deutlich für Naturalrestitution ausspricht (dazu unter 3.2.), scheint „für die beteiligten Verkehrskreise“ hinsichtlich der Folgen einer fehlerhaften Anlageberatung in Grundsatzfragen nunmehr endlich recht weit reichende Rechtssicherheit zu bestehen. Da kann

man es sogar verschmerzen, daß dieser schwierige Bereich beim OGH bis heute keinem Fachsenat anvertraut wurde (auch wenn dies nach wie vor – und ebenso für andere Rechtsbereiche – durchaus wünschenswert erschiene).

o.Univ.-Prof. Dr. *Peter Bydlinski*, Graz