

TE OGH 2014/1/22 3Ob108/13y

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.01.2014

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Prückner als Vorsitzenden, den Hofrat Univ.-Prof. Dr. Neumayr, die Hofrätin Dr. Lovrek sowie die Hofräte Dr. Jensik und Dr. Roch als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei D*****, vertreten durch Dr. Ronald Rast, Dr. Thomas Rast, Dr. Christian Werner, Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagten Parteien 1. U***** AG, *****, vertreten durch DLA Piper Weiss-Tessbach, Rechtsanwälte GmbH in Wien, 2. Mag. A*****, 3. Dkfm. Dr. K*****, 4. Dr. H*****, 5. Mag. J*****, zweit- bis fünftbeklagte Parteien vertreten durch Haslinger/Nagele & Partner Rechtsanwälte GmbH in Linz, wegen 111.373,94 EUR sA, über die außerordentliche Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 25. März 2013, GZ 5 R 222/12x-43, womit über die Berufungen der beklagten Parteien das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 1. August 2012, GZ 58 Cg 54/12t-34, abgeändert wurde, zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der erstbeklagten Partei die mit 2.166,84 EUR (darin enthalten 361,14 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung und den zweit- bis fünftbeklagten Parteien die mit 2.596,75 EUR (darin enthalten 432,79 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Der Primeo Fund wurde 1993 als offener ausländischer Investmentfonds von der L***** GmbH, einer indirekt im Konzernverbund der Erstbeklagten stehenden Gesellschaft, unter der Firma Primeo Fund Ltd auf den Cayman Islands gegründet.

Die Erstbeklagte fungierte als Repräsentantin, Zahlstelle und Prospektkontrollorin in Österreich.

Der Emmissionsprospekt (Beil A) des „Primeo Select Fund“ und des „Primeo Select Euro Fund“ (Stand Mai 2001) lautete auszugsweise wie folgt:

EINLEITUNG

...

Die Aktien eignen sich für anspruchsvolle Investoren, deren Investitionsprogramm sich nicht allein auf den Fonds beschränkt, und die sich der mit einer solchen Veranlagung involvierten Risiken voll bewusst und diese zu tragen bereit sind.

...

Die Vorstandsmitglieder des Fonds, deren Namen im Kapitel „Vorstand und leitende Angestellte“ aufgelistet werden,

übernehmen die Verantwortung für die hierin enthaltenen Informationen. Die hierin enthaltenen Informationen entsprechen nach bestem Gewissen und Glauben der Vorstandsmitglieder (die Vorsorge getroffen haben, um sicherzustellen, dass das auch wirklich der Fall ist) den Tatsachen; es wurde nichts ausgelassen, das eine Auswirkung auf die Bedeutung dieser Informationen haben könnte. ...

Weder die B***** AG, noch der Berater oder eine deren Niederlassungen oder mit ihnen verbundene Unternehmen übernehmen eine Garantie hinsichtlich der Aktien, noch entsteht für sie daraus eine wie immer geartete Verpflichtung,

...

...

ANLAGEZIEL UND VORGANGSWEISEN (S 1 - 5 des Prospekts)

Das Ziel des Fonds besteht darin, Anlegern einen langfristigen Kapitalzuwachs zu bieten. Der Fonds verfügt zur Zeit über zwei Kategorien von Aktien: Primeo Global Fund (Global Fund) und Primeo Select Fund (Select Fund).

Anlageziel - Global Fund

...

Anlageziel - Select Fund und Select Euro Fund

Der Select Fund ist der Ansicht, dass das Ziel des langfristigen Kapitalzuwachses und die beabsichtigte Verringerung von Portefeuille-Volatilität und Marktrisiko dadurch unterstützt wird, dass Select Fund Gelder unter einer diversifizierten Gruppe liquider Aktien aufgeteilt werden. Siehe „Anlagemethode - Select Fund“.

Für Primeo Select Fund Aktionäre plant der Fonds, das Ziel des langfristigen Kapitalzuwachses durch vorrangige Veranlagung in liquide US Anteilspapiere, inkl jener im Standard & Poor's 500 Index, sowie in Indexoptionen zu erreichen. Diese Veranlagungen werden zur Zeit von einem Manager in Form eines Managed Account getätigt.

Weiters gibt es eine Anteilsklasse, den Select Euro Fund, der in Euro gezeichnet wird. Die Euro werden in U.S. Dollar umgetauscht, abgesichert und in Primeo Select Fund investiert.

Anlagemethode - Select Fund und Select Euro Fund

Der Select Fund wird auf Empfehlung von B***** Ltd, dem Berater, und anderen professionellen Beratern (siehe nachstehende Definition) kontinuierlich Investmentgesellschaften und Manager auswählen, die sich in Bezug auf Anlagestrategien, Märkte und Finanzinstrumente unterscheiden. Der Berater wird bei der Wahl der Investmentgesellschaften und Manager deren Erfahrung, Performance auf dem Markt, Handelsstrategie und -technik, Erfahrung und Urteilsvermögen in Betracht ziehen. Der Berater wird auch Kontakte der B***** AG in der internationalen Finanzwelt nutzen und sich mit Wirtschaftsprüfern, Rechtsanwälten oder anderen professionellen Beratern bezüglich der Überprüfung und Empfehlung von Investmentgesellschaften und Managern beraten.

Gelder des Fonds, die auf Primeo Select Fund Aktien entfallen, werden in einer Vielzahl (ca 20 - 40) US Aktien oder in Indexoptionen angelegt. Der Fonds wird sich bei der Verwaltung der Primeo Select Fund Aktien der Unterstützung des Beraters bedienen (der einen oder mehrere Manager wählen kann). Der Primeo Select Fund wurde seit seiner Gründung durch einen Manager in Form eines Direktkontos (Managed-Account) geführt, wobei alle Gelder einer Anteilsklasse in einem Direktkonto geführt werden. Bei der Strukturierung des Portefeuilles für Primeo Select Fund Aktien werden Manager oder Investmentgesellschaften versuchen, das Risiko zu minimieren, indem Veranlagungen in einer Reihe von liquiden Papieren gewählt werden und verschiedene Faktoren bedacht werden, wie zB Emittent, Performance und Hauptgeschäftsbranche oder Marktvolatilität.

Der Berater wird kontinuierlich die Leistung der Manager und Investmentgesellschaften, bei denen die Gelder des Select Fund veranlagt werden, direkt oder indirekt beobachten und dem Vorstand Empfehlungen hinsichtlich etwaiger Veränderungen der, oder einer Neuverteilung von Geldern unter neuen oder bestehenden Verwaltern oder Investmentgesellschaften abgeben. Diese Beobachtung erfolgt direkt durch den Berater oder indirekt durch Dritte und umfasst, je nach Fall, persönliche Besuche und regelmäßige Leistungsüberprüfung im Vergleich mit anderen Managern. Der Select Fund kann von Zeit zu Zeit alle oder einen Teil seiner Vermögenswerte Barpositionen oder Geldmarktpapieren zuteilen.

...

RISIKOFAKTOREN UND BESONDERE ÜBERLEGUNGEN (ab S 5 Prospekt)

Managed Account

Dem Fonds ist es erlaubt bestimmte Gelder bei Investmentgesellschaften & Managern zu investieren, die ein Managed Account verwalten. In solchen Fällen, erhalten der Administrator und die Depotbank ausschließlich die Kontoauszüge des Managed Account sowie die Transaction Slips von jeder Wertpapiertransaktion. Jeglicher Verlust, der aus Investitionen in einem Managed Account entsteht wird von den Aktionären getragen.

...

Performance

Der Berater glaubt, dass mit seiner Investmenttätigkeit das Risiko durch Streuung und sorgsame Auswahl der Manager abgeschwächt wird. Es kann allerdings keine Zusicherung gegeben werden, dass der Fonds dieses Anlageziel erreichen wird ...

...

Potentielle Interessenkonflikte

Die Mehrzahl der Vorstandsmitglieder ist derzeit bei der B***** AG beschäftigt, die größter Einzelaktionär des Beraters ist, und berechtigt, bei Abstimmungen über Angelegenheiten betreffend den Berater ihre Stimme abzugeben, inkl Verlängerung oder Beendigung des Beratervertrags. Die B***** AG ist Mehrheitsaktionär oder alleiniger Aktionär bei gewissen Vermögensverwaltungs- und Brokerage-Firmen. Es ist daher möglich, dass der Berater eine oder mehrere dieser Firmen zur Investmentberatung heranzieht. Weiters nutzt B***** AG die Leistungen von Beratern und anderen Fachleuten, mit denen sie Geschäftsbeziehungen unterhält. Der Fonds kann solche Stellen in Zusammenhang mit seiner Tätigkeit ebenfalls kontaktieren. Sollten sich daraus tatsächlich Interessenkonflikte ergeben, werden die Vorstandsmitglieder alles unternehmen, um eine faire Beilegung derselben sicherzustellen.

...

VERWALTUNG DES FONDS (ab S 7 Prospekt)

Investmentberater

Investmentberater des Fonds ist B***** Ltd, eine Firma nach British Virgin Islands Recht, und eine indirekt 75-prozentige Tochter der B***** AG. Die restlichen 25 Prozent werden von der Anteilsverwaltung Z***** gehalten. Der Investmentberater wurde gemäß Beratervertrag vom 15. Dezember 1993 (nachstehend Beratervertrag genannt) für die Beratung im Zusammenhang mit und Verwaltung der Veranlagung von Geldern des Fonds ernannt, und zwar vorbehaltlich der Kontrolle des Vorstands des Fonds. Der Investmentberater, eine Investmentberatungsfirma mit eingetragenem Geschäftssitz in ... British Virgin Islands, wurde am 29. September 1993 gegründet.

...

Der Berater ist dafür zuständig, dem Vorstand eine generelle Strategie bezüglich Auswahl und Kontrolle der Manager und Investmentgesellschaften bzw Aufteilung der Gelder unter diesen Managern und Investmentgesellschaften zu empfehlen. Weiters entfallen auf ihn jene Verwaltungsangelegenheiten, die mit dem Fonds vereinbart werden ... Bei der Wahl der Manager und Investmentgesellschaften und der Überprüfung der Performance plant der Berater sich der weltweiten Geschäftsbeziehungen der B***** AG in der Finanzwelt zu bedienen.

Investmentberatervertrag

Gemäß Beratervertrag erbringt der Berater Investmentberatungsleistungen, trifft Verwaltungs-entscheidungen und überwacht die Wahl und Kontrolle von Managern für den Fonds sowie die Zuteilung von Geldern, immer in Übereinstimmung mit den Anlagezielen und Vorgangsweisen des Fonds und unter Anleitung und Kontrolle des Vorstands des Fonds.

...

Der Berater hat Anspruch auf ein Beratungshonorar, das monatlich in Höhe von 1/6 von 1 % (Jahressatz von 2 %) des Nettoinventarwerts per Monatsende (Definition unten) jeder Serie des Fonds zahlbar wird. Der Berater hat auch Anspruch auf eine Leistungsprämie ausgehend von der Steigerung des Nettoinventarwerts jeder Serie des Fonds. Für

die ersten 10 % des Nettoinventarwertzuwachses jeder Serie des Fonds (aufgerechnet auf ein Geschäftsjahr) laut Berechnung des Verwalters entsteht kein Anspruch auf ein Leistungshonorar. Der Berater hat Anspruch auf 20 % jenes Betrags, der Überschreitung von 10 % der Steigerung des Nettoinventarwerts jeder Serie des Fonds entspricht, aufgerechnet auf ein Geschäftsjahr.

...

Vorstand und leitende Angestellte

Der Fonds wird vom Vorstand geleitet, der für die Verwaltung und Geschäftsführung des Fonds zuständig ist.

Der Fonds zahlt den einzelnen Vorstandsmitgliedern keine Honorare. Die Vorstandsmitglieder erhalten allerdings ihre tatsächlichen Ausgaben zurückerstattet, die ihnen durch die Teilnahme an Vorstandssitzungen entstehen. Der Gründungsvertrag sieht generell vor, dass die Aktionäre das Recht haben, abzustimmen, ob den Vorstandsmitgliedern ein Honorar gezahlt werden soll, und dass die Vorstandsmitglieder einem Mitglied mit Exekutivfunktion eine Bezahlung zusprechen können. Es gibt keine Leistungsvereinbarungen zwischen dem Fonds und den einzelnen Vorstandsmitgliedern. ...

Die Vorstandsmitglieder und leitenden Angestellten des Fonds sind nachstehend aufgelistet.

...

DAS ZEICHNUNGSANGEBOT (ab S 11 Prospekt)

...

Zeichnung

...

Die Mindestanfangszeichnung beträgt für ... Primeo Select Fund US \$ 50.000 und für Primeo Select Euro Fund 50.000 EUR ...

...

FONDSVERWALTER UND DEPOTBANK (ab S 14 Prospekt)

Fondsverwalter und Depotbank

Der Fonds hat die Bank of B***** Limited, ... Cayman Islands, ***** als Verwalter für den Fonds verpflichtet (nachstehend Fondsverwalter genannt); sowie die Bank of B***** (Luxembourg) S.A. ... als Depotbank (nachstehend Depotbank). Verwalter und Depotbank sind hundertprozentige Töchter der Bank of B***** Limited. Das Eigenkapital des Verwalters beträgt US \$ 29,9 Mio und das Eigenkapital der Depotbank beträgt US \$ 33,7 Mio. Der Fonds ist nicht unter Luxemburger Recht eingetragen und unterliegt in Luxemburg keiner dauerhaften Kontrolle durch eine Kontrollbehörde.

Verwaltungsvertrag; Depotbankvertrag

Gemäß Verwaltungsvertrag vom 19. Dezember 1996 zwischen dem Verwalter und dem Fonds (nachstehend Verwaltungsertrag) genannt, ist der Verwalter unter der allgemeinen Aufsicht des Beraters für alle Angelegenheiten zuständig, die mit der täglichen Verwaltung des Fonds zusammenhängen ...

Der Verwalter ist berechtigt, bestimmte Aufgaben gemäß Verwaltungsvertrag auf eine Tochter zu übertragen. Der Verwalter fungiert als corporate secretary. Gemäß Depotbankvertrag vom 19. Dezember 1996, stimmt die Depotbank zu, in Übereinstimmung mit der Satzung und den Bedingungen des genannten Vertrags in dieser Funktion zu agieren (Depotbankvertrag). Da der Berater Investmentgesellschaften und Manager für die Investition der Gelder des Fonds auswählt, besteht die Hauptaufgabe der Depotbank darin, die Zeichen des Eigentums an solchen Investmentgesellschaften oder Managern zu verwalten. Die Gelder des Fonds werden von der Depotbank auf eigene Konten, lautend auf den Fonds, gelegt, und sind dritten Gläubigern der Depotbank im Falle der Insolvenz nicht zugänglich, mit der Ausnahme, dass der Fonds Gelder bei Investmentgesellschaften oder Managern platziert, die ein Managed Account verwalten. In solchen Fällen erhalten der Administrator und die Depotbank ausschließlich die Kontoauszüge des Managed Account sowie die Transaction Slips von jeder Wertpapiertransaktion. Jeglicher Verlust, der aus Investitionen in einem Managed Account entsteht wird von den Aktionären getragen.

...

GESETZ ÜBER OFFENE INVESTMENTFONDS (ab S 26 Prospekt)

Der Fonds fällt unter die Definition eines „Offenen Investmentfonds“ im Sinne des Gesetzes der Cayman Inseln über offene Investmentfonds aus dem Jahre 1993 ... und ist dementsprechend den Bestimmungen dieses Gesetzes unterworfen. Der Fonds erfordert keine Zulassung und keinen zugelassenen Investmentfondsverwalter

...“

Die 1956 geborene Klägerin absolvierte in Deutschland die mittlere Reife, um das Jahr 2000 auch eine Ausbildung zur Sozial- und Lebensberaterin. Sie und ihr Gatte sind seit etwa 20 Jahren Kunden der Erstklagten. In ihrer kontoführenden Filiale war bekannt, dass sich die beiden für Anlageprodukte interessieren. Es wurde ihnen daher regelmäßig Informationsmaterial übergeben. Dieses prüfte stets der Ehemann der Klägerin, der über eine gewisse Erfahrung mit Wertpapieren verfügt. Das Ehepaar hatte bereits vor dem Jahr 2002 in Aktienfonds, Aktien, Anleihen uä investiert.

Auch im Fall des Fonds bekam die Klägerin ein „factsheet“ (Informationspapier) ausgehändigt, das sie ihrem Mann zur Prüfung gab. Dieser telefonierte mit einem Mitarbeiter der B***** Ltd B***** - in der Folge immer: Investmentberaterin. Er erhielt den Emissionsprospekt (Beilage .A) und Zeichnungsunterlagen. Er studierte diese Unterlagen selbst. Der Mitarbeiter der Investmentberaterin hatte im Telefonat mit dem Ehemann der Klägerin die konstante Wertentwicklung des Fonds und das geringe Risiko betont, weil auf die Auswahl der handelnden Personen und auf die Streuung der Investitionen besonderer Wert gelegt worden sei.

Für den Ehemann der Klägerin war wesentlich, dass eine Gesellschaft, die er voll der Erstklagten zurechnete, als Investmentberaterin auftrat. Im Prospekt sprachen ihn besonders die Betonung von Risikobeschränkung und Streuung sowie die Passagen über die Auswahl und Überwachung der Manager an. Daraus schloss er, dass diese ausgetauscht würden, sollte die Performance des Fonds nicht den Erwartungen entsprechen. Der Ehemann der Klägerin ging nach der Lektüre des Emissionsprospekts davon aus, dass mehrere Manager den Fonds leiten würden. Die tatsächliche Vereinigung von Manager, Broker und Depotbank in einer Person war ihm nicht bekannt; hätte er davon gewusst, hätte er bei der Investmentberaterin nachgefragt, welche Kontrollmechanismen statt dessen vorgesehen sind. Bernhard Madoff war ihm im Jahr 2002 kein Begriff.

Die Klägerin war zum Zeitpunkt des Ankaufs im Umgang mit Wertpapieren nicht völlig unerfahren, verfügte aber auch nicht über ausreichende Kenntnisse, um die Risiken, die mit einer Investition in einen Hedgefonds verbunden sind, selbst beurteilen zu können.

Ihr standen 2002 aus einer Erbschaft rund 180.000 EUR zur Verfügung. Ihr Gatte berichtete ihr von seinem Eindruck vom Fonds und empfahl ihr, insbesondere aufgrund der bisherigen Performance des Fonds, den Kauf. Die Klägerin vertraute auf das Urteil ihres Mannes, wie sie auch sonst sämtliche Investitionsentscheidungen auf seine Empfehlung hin traf. Sie hatte eine Renditeerwartung von jährlich 5 bis 6 % und ging davon aus, dass es sich beim Fonds um ein Produkt der Erstklagten handelt, weil sie ihre Informationen von dieser bzw der Investmentberaterin, von der sie annahm, dass sie auch der Erstklagten zuzurechnen sei, erhalten hatte.

Den „Zeichnungsvertrag“ füllte die Klägerin in der Filiale der Erstklagten ebenso aus wie ein Anlegerprofil, in welchem ihre Risikobereitschaft im mittleren Bereich ausgewiesen wurde.

Sie erwarb am 20. August 2002 1.970,46 Stück Aktien der Kategorie Primeo Select Euro Fund und bezahlte dafür 50.700 EUR zuzüglich eines Ausgabezuschlags von 1,5 %, gesamt somit 51.460,50 EUR.

Die Klägerin sprach weder in der Filiale der Erstklagten noch mit der Investmentberaterin über Primeo. Den Prospekt las sie nicht. Ihr Ehemann verfolgte nach Zeichnung die Kursentwicklung. Einmal jährlich erhielt sie einen Jahresbericht zugesandt, den ihr Ehemann, insbesondere hinsichtlich der Performance, durchsah.

Die Primeo Fund Ltd hatte das Management aller Gelder des Fonds einem Manager übertragen. Dabei handelte es sich um eine unabhängige Gesellschaft, die Bernhard L. Madoff Investment Securities LLC (in der Folge immer: BLMIS), eine Gesellschaft „nach dem Recht der USA“. Im Rahmen eines Managed Account hatte die BLMIS die Gelder und Wertpapiere auch in Verwahrung, was der Erstklagten bei den jeweiligen Prospektprüfungen ebenso bekannt war wie der Wunsch Madoffs, in den Prospekten nicht namentlich aufzuschneiden.

Ab Frühjahr 2007 investierte der Primeo Select Fund zum größten Teil in den Herald Fund, welcher auch die BLMIS mit der Führung eines Managed Account beauftragt hatte.

Die ursprüngliche Depotbank, die Bank ***** (Luxembourg) SA, wurde durch die H***** (Luxembourg) SA übernommen, die damals als Depotbank fungierte.

Im Jahr 2008 wurde bekannt, dass die von BLMIS vorgetäuschten Transaktionen nie durchgeführt wurden und auch die Vermögenswerte tatsächlich nicht vorhanden waren. Vielmehr dienten diverse von BLMIS gemanagte Fonds, darunter auch Primeo, lediglich dazu, das nach einem Ponzi-Schema aufgebaute Betrugssystem von Madoff durch Kapitalzufuhr am Leben zu erhalten, um mit neuen Geldern Renditezahlungen früherer Anleger bedienen zu können. Die Primeo Fund Ltd befindet sich in Liquidation. Der Handel mit den Primeo Anteilen wurde von der FMA im Jahr 2009 untersagt.

Bei Kenntnis der tatsächlichen Konstruktion des Fonds hätte der Ehemann der Klägerin die Investition nicht empfohlen. Sie hätte anstelle dessen in ein anderes Produkt, nämlich den Man IP 220 Series 4 Ltd EUR NAV-Fonds mit Kapitalgarantie investiert. Sie zeichnete diesen Fonds am 8. Oktober 2002 tatsächlich, und zwar in selber Höhe wie Primeo.

Der Man IP erzielte im Zeitraum 31. Oktober 2002 bis 31. Dezember 2008 einen Ertrag von 90,294 %. Im Anschluss veranlagte die Klägerin den erzielten Erlös in Anleihen der Telekom Finanzmanagement GmbH zu 6,375 % pa, der Voest Alpine AG zu 8,750 % pa, der RCI Bank zu 8,125 % und der Fresenius Finanz B.V. zu 5,5 %. Sie erzielte daher bis 12. Dezember 2011 einen weiteren Ertrag von 14.134,39 EUR. Diese Erlöse hätte sie auch mit jenem Betrag erzielt, den sie in Primeo investierte.

Die Beklagten haben keine Due Diligence-Prüfung bei BLMIS durchgeführt.

Die Klägerin begehrt zuletzt (S 3 in ON 26) den der rechnerischen Höhe nach unstrittigen Betrag von 111.373,94 EUR samt 4 % Zinsen pa seit 13. Dezember 2011 Zug um Zug gegen Übergabe der 1970,46 Anteile am Primeo Select Euro Fonds.

Die Erstbeklagte als Repräsentantin und Zahlstelle in Österreich und als Prospektkontrollorin hafte gemäß 11 Abs 1 Z 2 KMG idF BGBl 1994/210 iVm § 26 Abs 2 InvFG. Grobes Verschulden liege vor, wobei das Wissen der Fondsvorstände und der Vorstände der Investmentberaterin der Erstbeklagten zuzurechnen sei. Darüber hinaus treffe die Erstbeklagte eine Haftung gemäß § 11 Abs 1 Z 3 KMG, weil sie die Vertragserklärung der Klägerin entgegengenommen habe. Schließlich hafte die Erstbeklagte auch nach § 11 Abs 2 KMG. Die Erstbeklagte als Repräsentantin und Zahlstelle in Österreich und als Prospektkontrollorin hafte gemäß Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer 2, KMG in der Fassung BGBl 1994/210 in Verbindung mit Paragraph 26, Absatz 2, InvFG. Grobes Verschulden liege vor, wobei das Wissen der Fondsvorstände und der Vorstände der Investmentberaterin der Erstbeklagten zuzurechnen sei. Darüber hinaus treffe die Erstbeklagte eine Haftung gemäß Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer 3, KMG, weil sie die Vertragserklärung der Klägerin entgegengenommen habe. Schließlich hafte die Erstbeklagte auch nach Paragraph 11, Absatz 2, KMG.

Der Prospekt sei deshalb unvollständig bzw unrichtig, weil ein ausreichender Hinweis auf das Single-Manager-Risiko, die Kumulierung der Funktionen bei BLMIS und den Umstand, dass bei BLMIS keine Due Diligence vorgenommen worden sei, fehle.

Im Prospekt werde überdies der - unrichtige - Eindruck vermittelt, dass die Investmentberaterin die Manager kontrolliere. Hätte der Prospekt auf das Single-Manager-Risiko, die Kumulierung der Funktionen und die mangelnde Due Diligence bei BLMIS (Vorbringen S 8 in ON 1) sowie auf die mangelnde Kontrolle von BLMIS (Vorbringen S 17 in ON 7) ausreichend hingewiesen, hätte die Klägerin nicht in den Fonds veranlagt.

Der Prospekt widerspreche im Punkt „Managervielfalt“ dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KschG (Vorbringen S 8 in ON 1). Ferner bezog sich die Klägerin auf ihrer Ansicht nach weitere in den Prospekt aufzunehmende Angaben im Rahmen der Risikoaufklärung (Vorbringen S 17 ff in ON 7). Der Prospekt widerspreche im Punkt „Managervielfalt“ dem Transparenzgebot des Paragraph 6, Absatz 3, KschG (Vorbringen S 8 in ON 1). Ferner bezog sich die Klägerin auf ihrer Ansicht nach weitere in den Prospekt aufzunehmende Angaben im Rahmen der Risikoaufklärung (Vorbringen S 17 ff in ON 7).

Als weitere Anspruchsgrundlage gegenüber der Erstbeklagten machte die Klägerin eine Haftung für culpa in contrahendo geltend: Adressaten der allgemeinen CIC-Prospekthaftung seien jene Personen, die durch ihr nach außen

in Erscheinung tretendes Mitwirken an der Prospektgestaltung einen besonderen Vertrauenstatbestand geschaffen hätten. Das gelte für die Erstbeklagte als „Erfinderin“ des Fonds.

Der Erstbeklagten seien auch Beratungsfehler anzulasten. Die Klägerin sei zu einem nicht mehr feststellbaren Zeitpunkt vor der Zeichnung von (vermutlich) der Zweigstellenleiterin der Filiale der Erstbeklagten angesprochen worden, die ihr in einem 15-minütigen Gespräch den Fonds als wenig risikoreiches Produkt der Erstbeklagten angeboten habe.

Die Erstbeklagte hafte im Übrigen unmittelbar für das Fehlverhalten ihrer Investmentberaterin wegen „Missbrauchs der Organisationsfreiheit bzw gemäß § 1295 Abs 2 ABGB“. Der Fonds sei zur Gänze ein organisatorisches Konglomerat der Erstbeklagten. Die Gründung der Investmentberaterin als Briefkastenfirma auf den British Virgin Islands habe nur den Zweck gehabt, Klagen und exekutive Maßnahmen geschädigter Anleger zu verhindern. Die Erstbeklagte habe es ernsthaft für möglich gehalten und sich damit abgefunden, dass den Gläubigern ein Schaden durch die Konstruktion, insbesondere durch die Wahl des Gerichtsstands, entstehe. Das könne an der Gründung der Investmentberaterin, aber auch an der Wahl ihres Sitzes erkannt werden (Vorbringen ab S 11 in ON 1). Die Erstbeklagte hafte im Übrigen unmittelbar für das Fehlverhalten ihrer Investmentberaterin wegen „Missbrauchs der Organisationsfreiheit bzw gemäß Paragraph 1295, Absatz 2, ABGB“. Der Fonds sei zur Gänze ein organisatorisches Konglomerat der Erstbeklagten. Die Gründung der Investmentberaterin als Briefkastenfirma auf den British Virgin Islands habe nur den Zweck gehabt, Klagen und exekutive Maßnahmen geschädigter Anleger zu verhindern. Die Erstbeklagte habe es ernsthaft für möglich gehalten und sich damit abgefunden, dass den Gläubigern ein Schaden durch die Konstruktion, insbesondere durch die Wahl des Gerichtsstands, entstehe. Das könne an der Gründung der Investmentberaterin, aber auch an der Wahl ihres Sitzes erkannt werden (Vorbringen ab S 11 in ON 1).

Die Erstbeklagte als willensbestimmende Gründungsgesellschafterin (Vorbringen S 5 in ON 12) habe gegen ihre Treue- und Schutzpflichten gegenüber zukünftigen Anlegern und zukünftigen Mitgesellschaftern verstoßen.

Das näher aufgelistete Fehlverhalten der Investmentberaterin (S 9 in ON 1) bestehe ua darin, dass sie aufgrund einer Reihe bereits 2000 bekannter Indizien („red flags“ - vgl Vorbringen ab S 4 in ON 7) die Risiken hätte erkennen können. Das näher aufgelistete Fehlverhalten der Investmentberaterin (S 9 in ON 1) bestehe ua darin, dass sie aufgrund einer Reihe bereits 2000 bekannter Indizien („red flags“ - vergleiche Vorbringen ab S 4 in ON 7) die Risiken hätte erkennen können.

Die Investmentberaterin (Vorbringen S 5 in ON 26) hafte ihrerseits für das Verschulden ihrer Subunternehmerin.

Der Erstbeklagten sei auch eine vorsätzliche Anlegertäuschung vorzuwerfen: Eine zunächst erstellte Prospektvariante (Beilage ./HH), die darauf hingewiesen habe, dass die Depotbank ihre Aufgabe nicht erfülle, sondern die Verwahrungsaufgaben an BLMIS als Subverwahrer übertragen habe, sei von der FMA nicht genehmigt worden.

Die Erstbeklagte habe keine Änderung der Situation bei der Depotbank veranlasst, sondern sie habe die aufklärenden Sätze einfach weggelassen und den Prospekt ohne diese Aufklärung neu eingereicht.

Da der Sitz der tatsächlichen Hauptverwaltung des Fonds in Österreich gelegen sei und nach §§ 10, 12 IPRG die Rechts- und Handlungsfähigkeit einer Person nach deren Personalstatut zu beurteilen sei, sei der Fonds nichtig, weil er nicht nach österreichischem Recht gegründet worden sei. Er hätte einer Zulassung durch die FMA bedurft, die nie erteilt worden wäre, weil die Vereinigung der Funktion von Depotbank, Fondsmanager und Broker in einer Person nach österreichischem Recht verboten sei. Die Erstbeklagte treffe aus diesem Grund die Gründerhaftung wegen Missbrauchs ihrer Leitungsmacht (Vorbringen ON 24). Da der Sitz der tatsächlichen Hauptverwaltung des Fonds in Österreich gelegen sei und nach Paragraphen 10, 12, IPRG die Rechts- und Handlungsfähigkeit einer Person nach deren Personalstatut zu beurteilen sei, sei der Fonds nichtig, weil er nicht nach österreichischem Recht gegründet worden sei. Er hätte einer Zulassung durch die FMA bedurft, die nie erteilt worden wäre, weil die Vereinigung der Funktion von Depotbank, Fondsmanager und Broker in einer Person nach österreichischem Recht verboten sei. Die Erstbeklagte treffe aus diesem Grund die Gründerhaftung wegen Missbrauchs ihrer Leitungsmacht (Vorbringen ON 24).

Die Haftung des Zweit- bis Fünftbeklagten als (ehemalige) Fondsvorstände gründe sich auf deren im Prospekt abgegebene Haftungserklärungen. Überdies hafteten der Zweit- bis Fünftbeklagte auch nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo. Auch sie hätten zweifelsfrei durch ihre rühmlich dargestellten beruflichen Karrieren im Prospekt

und durch die Abgabe ihrer persönlichen Haftungserklärung für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Prospekts einen besonderen zusätzlichen Vertrauenstatbestand geschaffen, der sie für die Unrichtigkeit und Unvollständigkeit des Prospekts haften lasse.

Als Alternativveranlagung hätte die Klägerin in den Man Fonds investiert, der eine von der Klägerin näher dargestellte, der Höhe nach rechnerisch unstrittige Performance aufgewiesen habe, woraus sich die Berechtigung des ausgedehnten, auf Naturalrestitution gerichteten Begehrens ergebe.

Die Erstbeklagte wendet ein, nicht sie, sondern die L*****, eine indirekt in Konzernverbund mit der Erstbeklagten stehende Gesellschaft, habe den Fonds gegründet. Die Erstbeklagte sei lediglich Repräsentantin und Prospektkontrollorin gewesen. Auch die Investmentberaterin sei keine Tochtergesellschaft der Erstbeklagten, sondern eine indirekt im Konzernverbund der Erstbeklagten angesiedelte Gesellschaft. Sämtliche von der Klägerin im Prospekt vermissten oder angeblich nicht ausreichend dargestellten Angaben seien tatsächlich vollständig und richtig erfolgt. Der Prospekt weise sowohl auf die Möglichkeit der Bestellung bloß eines Managers als auch auf die Funktionskumulierung hin, die nach dem konkret anzuwendenden Recht der Cayman Islands zulässig sei. Sowohl im Prospekt selbst als auch in den Halbjahresberichten sei auf die mögliche Innehabung mehrerer Funktionen hingewiesen worden. Die Bestellung des Subverwahrers sei Sache der Depotbank, die ihrerseits weiterhin hafte. Der Haftungsfonds der Depotbank bleibe damit dem Fonds und den Anlegern erhalten. Im Depotbankvertrag (zwischen der Depotbank und BLMIS) finde sich eine entsprechende Haftungsbestimmung ausdrücklich in Punkt 16b.

Sowohl die Depotbank als auch die Investmentberaterin habe BLMIS laufend kontrolliert. Weder für die Erstbeklagte noch für die Investmentberaterin habe sich Grund zur Sorge oder Anlass gegeben, an der Redlichkeit und Professionalität der BLMIS zu zweifeln. Tatsache sei, dass es Madoff bzw der BLMIS gelungen sei, durch ein ausgeklügeltes, von der Erstbeklagten näher dargestelltes EDV-System die gesamte Finanzwelt einschließlich der bestellten Wirtschaftsprüfer zu täuschen. Die Depotbank habe gemeinsam mit näher bezeichneten Experten eine Due Diligence bei BLMIS durchgeführt. Bei diesen Überprüfungen seien keine Unregelmäßigkeiten entdeckt worden. Die BLMIS als eines der weltgrößten Unternehmen seiner Art sei eine nach US-börserechtlichen Vorschriften existierende und handelnde Gesellschaft gewesen, welche der staatlichen Aufsicht der US-Aufsichtsbehörde (SEC) unterlegen sei und überdies nach den entsprechenden US-Bestimmungen rechnungslegungs- und prüfungspflichtig gewesen sei. Sie sei auch alljährlich durch eine Wirtschaftsprüfungskanzlei geprüft worden und habe stets einen uneingeschränkten Bestätigungsvermerk erhalten. Die Erstbeklagte als Repräsentantin und Prospektkontrollorin habe sich auf die Richtigkeit der Jahresabschlüsse der BLMIS und der sonstigen Prüfdokumente durch die Aufsichtsbehörde SEC verlassen dürfen.

Die Erstbeklagte habe die Klägerin nie beraten.

Das - bestrittene - behauptete Fehlverhalten der Investmentberaterin sei der Erstbeklagten nicht zuzurechnen. Das Vorbringen zum „Missbrauch der Organisationsfreiheit“ entbehre jeglicher Grundlage.

Im Übrigen stehe die Klägerin zur Investmentberaterin in keiner Vertragsbeziehung.

Die Klägerin treffe jedenfalls das überwiegende Mitverschulden (§ 17 in ON 4).

Die erste Prospektversion sei von der FMA (nur) abgelehnt worden, weil die dort aufscheinende Formulierung unter Umständen so interpretiert hätte werden können, dass es für Teile des Vermögens keine zuständige Depotbank gegeben habe. Tatsächlich sei jedoch mit der H***** eine Depotbank vorhanden gewesen, die mit Madoff (BLMIS) einen Subdepotvertrag geschlossen habe. Daher sei die im nun maßgeblichen Prospekt Beilage .A aufscheinende Formulierung aufgenommen worden. Eine Änderung der faktischen Konstruktion sei nie erforderlich gewesen, weil es immer eine zuständige Depotbank gegeben habe.

Das unbewiesene Vorbringen der Klägerin über den Ort der Ausübung der Tätigkeiten der Investmentberaterin und des Fonds sei nicht nur auf Tatsachenebene falsch; die Klägerin habe daraus auch unrichtige rechtliche Schlussfolgerungen gezogen. Sowohl der Fonds als auch die Investmentberaterin würden als Auslandsgesellschaften der Europäischen Union gelten, auf welche die österreichische Sitztheorie nicht angewendet werden dürfe. Sie müssten nach dem Recht ihres Gründungsstaats beurteilt werden.

§ 11 Abs 7 KMG in der anzuwendenden Fassung sehe eine 5-jährige Präklusivfrist, laufend ab der Beendigung des prospektpflichtigen Angebots, vor. Bei einer Daueremission bedeute das, dass ein Angebot dann ende, wenn ein neuer

Prospekt geprüft und publiziert werde. Ab diesem Zeitpunkt könne nur der neue Prospekt Basis für eventuelle Prospekthaftungsansprüche von Anlegern sein. Im September 2002 sei mit Billigung durch die FMA ein weiterer Prospekt publiziert worden. Ab diesem Zeitpunkt habe nur der neue Prospekt Grundlage für ein Investment in den Fonds sein können. Jenes Anbot, das mit dem Prospekt von Mai 2001 verbunden gewesen sei, habe daher im September 2002 geendet. Da die Klage 2009 eingebracht worden sei, sei ein allfälliger Anspruch gemäß § 11 Abs 7 KMG erloschen. Paragraph 11, Absatz 7, KMG in der anzuwendenden Fassung sehe eine 5-jährige Präklusivfrist, laufend ab der Beendigung des prospektpflichtigen Angebots, vor. Bei einer Daueremission bedeute das, dass ein Angebot dann ende, wenn ein neuer Prospekt geprüft und publiziert werde. Ab diesem Zeitpunkt könne nur der neue Prospekt Basis für eventuelle Prospekthaftungsansprüche von Anlegern sein. Im September 2002 sei mit Billigung durch die FMA ein weiterer Prospekt publiziert worden. Ab diesem Zeitpunkt habe nur der neue Prospekt Grundlage für ein Investment in den Fonds sein können. Jenes Anbot, das mit dem Prospekt von Mai 2001 verbunden gewesen sei, habe daher im September 2002 geendet. Da die Klage 2009 eingebracht worden sei, sei ein allfälliger Anspruch gemäß Paragraph 11, Absatz 7, KMG erloschen.

Die Zweit- bis Fünftbeklagten, die zugestanden, zum Zeitpunkt des Erwerbs der Wertpapiere durch die Klägerin Vorstandsmitglieder des Fonds gewesen zu sein (S 4 in ON 4), wenden ein, dass sie weder bei der Gründung des Fonds noch beim Erstellen des Prospekts beteiligt gewesen seien. Die Prospektangaben entsprächen den Tatsachen. Jedenfalls aber könnten der Zweit- bis Fünftbeklagte für Prospekthaftung nicht haftbar gemacht werden. Jene Erklärung in der Einleitung des Prospekts, auf die die Klägerin ihre Ansprüche gründe, sei weder ein Garantieverprechen noch die Zusage einer Haftung für einen Schaden. Die Vorstände des Fonds, die außer einer Aufwandsentschädigung für ihre Tätigkeit auch kein Entgelt erhalten hätten, hätten weder eine persönliche Haftung für Anlegerschäden übernehmen wollen noch wäre das üblich gewesen. Die Klägerin - die jedenfalls ein überwiegendes Mitverschulden treffe - hätte im Übrigen die Fondsanteile gerade dann gekauft, wenn sie gewusst hätte, dass Madoff als Manager involviert sei. Die Zweit- bis Fünftbeklagten wären nie für die Investmentberaterin oder für S***** (deren Gesellschaft nach den Behauptungen der Klägerin Subunternehmerin der Investmentberaterin war) tätig gewesen.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren zur Gänze statt.

Es traf folgende, zum Teil rechtliche Schlussfolgerungen enthaltende weitere Feststellungen, die in den Berufungen der Beklagten mit Beweistrüge bekämpft wurden, die das Berufungsgericht jedoch nicht erledigte:

Der Genehmigung der dargestellten Prospektversion (gemeint: die dem Kauf der Klägerin zugrundeliegende Prospektversion Beilage .A) ging unmittelbar zuvor die Ablehnung einer Vorversion voraus. Die FMA hatte diese zurückgewiesen, weil der Prospekt Ausführungen darüber enthielt, dass die Vermögenswerte des Managed Account nicht von der Depotbank verwaltet werden können. Das Investmentfondsgesetz sehe jedoch vor, dass das gesamte Fondsvermögen von der Depotbank zu verwalten sei. Die Reaktion der Erstbeklagten als Prospektkontrollorin war die Streichung der beanstandeten Passagen und Wiedervorlage an die FMA.

Die Zweit- bis Fünftbeklagten waren an der Prospekterstellung beteiligt. Sie waren als Vorstände des Fonds in voller Kenntnis der tatsächlichen Funktionsaufteilung rund um den Primeo Fund und haben gegen besseres Wissen die oben wiedergegebene Erklärung abgegeben, wonach der Prospekt alles vollständig und richtig darstelle.

Rechtlich ging das Erstgericht zusammengefasst davon aus, dass der Prospekt auf den zentralen risikoe erhöhenden Umstand der gewählten Managed Account Konstruktion, nämlich der Kumulierung von Entscheidungs- und Verwahrungsebene in einer Person, nicht hingewiesen habe. Die Frage, ob eine derartige Konstruktion überhaupt zulässig sei bzw nach welchem Recht diese Frage zu beurteilen sei, könne daher dahingestellt bleiben. Das Verschweigen dieser risikoe erhöhenden Tatsache sei mit zumindest Eventualvorsatz aller Beklagten erfolgt, woraus sich mehrere Anspruchsgrundlagen ergeben könnten. Neben der List komme auch bei fahrlässigem Handeln eine Haftung aus allgemeinen vorvertraglichen Schutz- und Sorgfaltpflichten sowie bei grobem Verschulden aus den besonderen Pflichten nach § 11 KMG in Betracht. Rechtlich ging das Erstgericht zusammengefasst davon aus, dass der Prospekt auf den zentralen risikoe erhöhenden Umstand der gewählten Managed Account Konstruktion, nämlich der Kumulierung von Entscheidungs- und Verwahrungsebene in einer Person, nicht hingewiesen habe. Die Frage, ob eine derartige Konstruktion überhaupt zulässig sei bzw nach welchem Recht diese Frage zu beurteilen sei, könne daher dahingestellt bleiben. Das Verschweigen dieser risikoe erhöhenden Tatsache sei mit zumindest Eventualvorsatz aller Beklagten erfolgt,

woraus sich mehrere Anspruchsgrundlagen ergeben könnten. Neben der List komme auch bei fahrlässigem Handeln eine Haftung aus allgemeinen vorvertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten sowie bei grobem Verschulden aus den besonderen Pflichten nach Paragraph 11, KMG in Betracht.

Die Beteiligung der Zweit- bis Fünftbeklagten im Sinne der obigen Ausführungen führe zur Erstreckung der Haftung auf sie persönlich. Die Zweit- bis Fünftbeklagten hätten aufgrund ihres nach § 381 ZPO festzustellenden Wissensstands einen Beitrag zum arglistigen Vorgehen der erstbeklagten Prospektkontrollorin geleistet und hafteten daher solidarisch für den Schaden der Klägerin. Die Beteiligung der Zweit- bis Fünftbeklagten im Sinne der obigen Ausführungen führe zur Erstreckung der Haftung auf sie persönlich. Die Zweit- bis Fünftbeklagten hätten aufgrund ihres nach Paragraph 381, ZPO festzustellenden Wissensstands einen Beitrag zum arglistigen Vorgehen der erstbeklagten Prospektkontrollorin geleistet und hafteten daher solidarisch für den Schaden der Klägerin.

Das Berufungsgericht gab den dagegen von allen Beklagten erhobenen Berufungen Folge und änderte das Urteil des Erstgerichts im Sinne einer Klageabweisung ab. Es sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei.

Das Berufungsgericht verneinte den geltend gemachten Nichtigkeitsgrund des § 477 Abs 1 Z 9 ZPO, erachtete die Prospekthaftungsansprüche als nicht präkludiert und vertrat im Übrigen zusammengefasst die Auffassung, dass der Emissionsprospekt ausreichend darauf verweise, dass die Fondsgelder durch (nur) einen Manager in Form eines Managed Accounts verwaltet würden. Das Berufungsgericht verneinte den geltend gemachten Nichtigkeitsgrund des Paragraph 477, Absatz eins, Ziffer 9, ZPO, erachtete die Prospekthaftungsansprüche als nicht präkludiert und vertrat im Übrigen zusammengefasst die Auffassung, dass der Emissionsprospekt ausreichend darauf verweise, dass die Fondsgelder durch (nur) einen Manager in Form eines Managed Accounts verwaltet würden.

Das Berufungsgericht nahm - obwohl die Klägerin darauf ihre Ersatzansprüche nicht gegründet hatte - zu der nach Auffassung des Berufungsgerichts ausreichend offen gelegten Risikostreuung im Prospekt Stellung. Es verneinte ferner eine Verletzung des „Trennungsgrundsatzes“ durch den Prospekt, weil zum maßgeblichen Zeitpunkt der Prospekterstellung bzw des Kaufs durch die Klägerin dieser Trennungsgrundsatz für ausländische Kapitalanlagefonds in Österreich noch nicht gegolten habe. Die Konstruktion, dass BLMIS zur Subverwahrerin bestellt worden sei, sei daher ohne Bedeutung. Der Prospekt enthalte im Übrigen auch alle sonstigen notwendigen Angaben in ausreichender Klarheit. Einen Beratungsfehler der Erstbeklagten verneinte das Berufungsgericht im Hinblick auf die unbekämpft gebliebene Feststellung des Erstgerichts, dass die Klägerin den Ankauf auf Empfehlung ihres Mannes tätigte.

Die Zweit- bis Fünftbeklagten seien als bloße Organmitglieder im KMG nicht als Haftungsträger genannt. Ihre Haftung könnte daher nur dann bestehen, wenn sie eigene wirtschaftliche Interessen verfolgten und hohes persönliches Vertrauen in Anspruch genommen hätten. Die Eigenhaftung des Vertreters müsse die seltene Ausnahme bleiben. Für die Verfolgung eigener wirtschaftlicher Interessen durch die beklagten Vorstandsmitglieder enthalte das Vorbringen der Klägerin keine Anhaltspunkte. Die in der Einleitung des Prospekts angeführte Erklärung der beklagten Vorstandsmitglieder sei nicht als Übernahme einer persönlichen Haftung auszulegen.

Gegen das Urteil des Berufungsgerichts wendet sich die außerordentliche Revision der Klägerin aus den Revisionsgründen der Nichtigkeit, der Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens sowie der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung der Entscheidung im Sinne einer Wiederherstellung des Ersturteils. Hilfsweise stellt die Klägerin einen Aufhebungsantrag.

Rechtliche Beurteilung

Die außerordentliche Revision ist schon deshalb zulässig, weil sich das Berufungsgericht nicht mit sämtlichen von der Klägerin geltend gemachten Anspruchsgrundlagen auseinandersetzte.

Den Beklagten wurde daher die Erstattung einer Revisionsbeantwortung freigestellt.

Die Erstbeklagte und der Zweit- bis Fünftbeklagte beantragen in ihren Revisionsbeantwortungen, die Revision der Klägerin zurückzuweisen; hilfsweise, ihr nicht Folge zu geben.

In der Revision macht die Klägerin ua eine grobe Fehlbeurteilung des Berufungsgerichts in der Frage der ausreichenden Offenlegung der notwendigen Prospektangaben geltend. Ferner rügt die Revision, dass sich das Berufungsgericht mit weiteren, von der Klägerin geltend gemachten Anspruchsgrundlagen, etwa der geltend gemachten Durchgriffshaftung für ein Fehlverhalten der Investmentberaterin, nicht auseinandergesetzt und Feststellungen unterlassen habe, die sich auf den Anspruchsgrund der Nichtigkeit der Fondsgründung in Österreich

bezogen. Dem Berufungsgericht sei auch in Ansehung der Zweit- bis Fünftbeklagten eine grobe Fehlbeurteilung unterlaufen, weil es die getroffenen Feststellungen über den Wissensstand der Genannten nicht entsprechend gewürdigt habe und auf die im Prospekt von den Zweit- bis Fünftbeklagten eingegangene Garantie nicht eingegangen sei.

Dazu wurde erwogen:

1. Zur behaupteten Nichtigkeit des Berufungsurteils bzw Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens

1.1 Die Revision verweist zutreffend darauf, dass im Berufungsurteil Feststellungen enthalten sind, die das Erstgericht nicht getroffen hat und die offenkundig aus einem ebenfalls beim Berufungssenat anhängigen Parallelverfahren entnommen wurden. Richtig ist auch, dass sich das Berufungsgericht mit Rechtsfragen, etwa der Risikostreuung oder der Geltung des „Trennungsprinzips“ zum Zeitpunkt der Prospekterstellung, auseinandersetzte, die aber nicht Prozessthema dieses Verfahrens waren.

1.2 Diese Umstände begründen allerdings weder eine Nichtigkeit des Berufungsurteils noch eine relevante Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens:

1.2.1 Der Nichtigkeitsgrund des § 477 Abs 1 Z 9 ZPO ist nur dann gegeben, wenn die Entscheidung gar nicht oder so unzureichend begründet ist, dass sie sich nicht überprüfen lässt (RIS-Justiz RS0007484). Dabei muss ein Widerspruch im Spruch selbst oder ein Mangel der Gründe überhaupt vorliegen; eine mangelhafte Begründung reicht nicht (RIS-Justiz RS0042133). 1.2.1 Der Nichtigkeitsgrund des Paragraph 477, Absatz eins, Ziffer 9, ZPO ist nur dann gegeben, wenn die Entscheidung gar nicht oder so unzureichend begründet ist, dass sie sich nicht überprüfen lässt (RIS-Justiz RS0007484). Dabei muss ein Widerspruch im Spruch selbst oder ein Mangel der Gründe überhaupt vorliegen; eine mangelhafte Begründung reicht nicht (RIS-Justiz RS0042133).

1.2.2 Weder die irrtümliche Wiedergabe von tatsächlich vom Erstgericht nicht getroffenen Feststellungen noch die Befassung mit einer im Verfahren nicht geltend gemachten Anspruchsgrundlage bewirkt Nichtigkeit des Berufungsurteils: Sowohl der Spruch als auch die Entscheidungsgründe des Berufungsurteils lassen klar erkennen, warum das Berufungsgericht die Anspruchsgrundlage der Prospekthaftung für nicht berechtigt erachtete. Von einem Widerspruch im Spruch, einem gänzlichen Mangel an Gründen oder einer gänzlich widersprüchlichen Begründung ist keine Rede.

1.2.3 Aber auch eine relevante Mangelhaftigkeit liegt nicht vor: Der Entscheidung sind die tatsächlich vom Erstgericht getroffenen und unbekämpft gebliebenen Feststellungen zugrunde zu legen und auf dieser Basis die einzelnen, von der Klägerin geltend gemachten Anspruchsgründe zu überprüfen.

2. Zur Haftung wegen mangelhafter Prospektkontrolle:

2.1 Rechtsgrundlagen

2.1.1 Auf den hier zu beurteilenden Fall sind die Vorschriften der §§ 24 ff InvFG 1993 idFBGBI I 1998/41 über den Vertrieb von Anteilen ausländischer Kapitalanlagefonds anzuwenden. Die Erstbeklagte war Repräsentantin und Zahlstelle iSd § 25 Z 1 und 3 InvFG 1993 (vgl dazu 10 Ob 69/11m ÖBA 2012/1841; 6 Ob 190/12b). 2.1.1 Auf den hier zu beurteilenden Fall sind die Vorschriften der Paragraphen 24, ff InvFG 1993 in der Fassung BGBl I 1998/41 über den Vertrieb von Anteilen ausländischer Kapitalanlagefonds anzuwenden. Die Erstbeklagte war Repräsentantin und Zahlstelle iSd Paragraph 25, Ziffer eins und 3 InvFG 1993 vergleiche dazu 10 Ob 69/11m ÖBA 2012 aus 1841,; 6 Ob 190/12b).

2.1.2 Gemäß § 26 Abs 2 InvFG 1993 muss der Prospekt alle Angaben enthalten, die im Zeitpunkt der Antragstellung für die Beurteilung der ausländischen Kapitalanlagefondsanteile von wesentlicher Bedeutung sind. Ein Prospekt, der nicht wenigstens die in Anlage A geforderten Angaben enthält, ist unvollständig, es sei denn, der Prospekt begründet schlüssig das Fehlen einzelner Angaben. In § 26 Abs 2 Z 1 bis 4 InvFG 1993 folgt eine Aufzählung jener Angaben, die der Prospekt jedenfalls („insbesondere“) zu enthalten hat. 2.1.2 Gemäß Paragraph 26, Absatz 2, InvFG 1993 muss der Prospekt alle Angaben enthalten, die im Zeitpunkt der Antragstellung für die Beurteilung der ausländischen Kapitalanlagefondsanteile von wesentlicher Bedeutung sind. Ein Prospekt, der nicht wenigstens die in Anlage A

geforderten Angaben enthält, ist unvollständig, es sei denn, der Prospekt begründet schlüssig das Fehlen einzelner Angaben. In Paragraph 26, Absatz 2, Ziffer eins bis 4 InvFG 1993 folgt eine Aufzählung jener Angaben, die der Prospekt jedenfalls („insbesondere“) zu enthalten hat.

2.1.3 § 26 Abs 2 letzter Satz InvFG 1993 verweist darauf, dass für die Erstellung, die Änderung, die Kontrolle und für die Verantwortung für den Inhalt des Prospekts sowohl für den Emittenten als auch für den Prospektkontrollor die Vorschriften des KMG sinngemäß anzuwenden sind. 2.1.3 Paragraph 26, Absatz 2, letzter Satz InvFG 1993 verweist darauf, dass für die Erstellung, die Änderung, die Kontrolle und für die Verantwortung für den Inhalt des Prospekts sowohl für den Emittenten als auch für den Prospektkontrollor die Vorschriften des KMG sinngemäß anzuwenden sind.

2.1.4 Die maßgebliche Haftungsbestimmung des § 11 Abs 1 Z 2 KMG normiert - auch in der anzuwendenden Fassung BGBl I 1994/210 - eine Haftung des Prospektkontrollors für unrichtige oder unvollständige Kontrollen bei eigenem groben Verschulden bzw grobem Verschulden seiner Leute oder sonstiger Personen, deren Tätigkeit zur Prospektkontrolle herangezogen wurde. 2.1.4 Die maßgebliche Haftungsbestimmung des Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer 2, KMG normiert - auch in der anzuwendenden Fassung BGBl I 1994/210 - eine Haftung des Prospektkontrollors für unrichtige oder unvollständige Kontrollen bei eigenem groben Verschulden bzw grobem Verschulden seiner Leute oder sonstiger Personen, deren Tätigkeit zur Prospektkontrolle herangezogen wurde.

2.1.5 Haftungsvoraussetzung ist gemäß § 11 Abs 1 KMG, dass dem Anleger, der im Vertrauen auf die Prospektangaben investiert hat, ein Schaden entstanden ist. Die Haftung besteht somit für alle Tatbestände des § 11 KMG nur bei einem Kausalzusammenhang zwischen der Mangelhaftigkeit des Prospekts und dem Erwerb der Beteiligung. Die unrichtigen, unvollständigen oder irreführenden Prospektangaben müssen Grundlage der Disposition des Anlegers gewesen sein (6 Ob 2100/96h SZ 70/179; RIS-Justiz RS0108626; Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht [2005] I § 11 Rz 24 mwN). Diesen Kausalzusammenhang hat nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen der Geschädigte zu beweisen (Welser, Prospektkontrolle und Prospekthaftung nach dem KMG, ecolex 1992, 301 [304 f]; 6 Ob 2100/96h; 10 Ob 69/11m). 2.1.5 Haftungsvoraussetzung ist gemäß Paragraph 11, Absatz eins, KMG, dass dem Anleger, der im Vertrauen auf die Prospektangaben investiert hat, ein Schaden entstanden ist. Die Haftung besteht somit für alle Tatbestände des Paragraph 11, KMG nur bei einem Kausalzusammenhang zwischen der Mangelhaftigkeit des Prospekts und dem Erwerb der Beteiligung. Die unrichtigen, unvollständigen oder irreführenden Prospektangaben müssen Grundlage der Disposition des Anlegers gewesen sein (6 Ob 2100/96h SZ 70/179; RIS-Justiz RS0108626; Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht [2005] römisch eins Paragraph 11, Rz 24 mwN). Diesen Kausalzusammenhang hat nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen der Geschädigte zu beweisen (Welser, Prospektkontrolle und Prospekthaftung nach dem KMG, ecolex 1992, 301 [304 f]; 6 Ob 2100/96h; 10 Ob 69/11m).

2.1.6 Zu ersetzen ist der Vertrauensschaden, wobei die Haftung gemäß § 11 Abs 6 KMG auf den bezahlten Erwerbspreis zuzüglich Zinsen und Spesen begrenzt ist, wenn das schädigende Verhalten nicht auf Vorsatz beruhte. 2.1.6 Zu ersetzen ist der Vertrauensschaden, wobei die Haftung gemäß Paragraph 11, Absatz 6, KMG auf den bezahlten Erwerbspreis zuzüglich Zinsen und Spesen begrenzt ist, wenn das schädigende Verhalten nicht auf Vorsatz beruhte.

2.2 Umfang und Inhalt der Prüfpflichten

2.2.1 Der Zweck des § 26 InvFG liegt darin, dem potentiellen Anleger durch das Vorsehen verpflichtender Prospektinhalte eine umfassende und objektive Grundlage für seine Erwerbsentscheidung zu bieten (Buchberger in Macher/Buchberger/Kalss/Oppitz, Investmentfondsgesetz [2008] § 26 Rz 1; 6 Ob 190/12b). 2.2.1 Der Zweck des Paragraph 26, InvFG liegt darin, dem potentiellen Anleger durch das Vorsehen verpflichtender Prospektinhalte eine umfassende und objektive Grundlage für seine Erwerbsentscheidung zu bieten (Buchberger in Macher/Buchberger/Kalss/Oppitz, Investmentfondsgesetz [2008] Paragraph 26, Rz 1; 6 Ob 190/12b).

2.2.2 An diesem Zweck orientiert sich auch der Inhalt und Umfang der in § 8 Abs 2 KMG geregelten Prüfpflicht des Prospektkontrollors. Nach § 8 Abs 2 KMG hat der Emittent dem Kontrollor sämtliche Unterlagen beizustellen, die eine zweifelsfreie Kontrolle der Richtigkeit und Vollständigkeit der Prospektangaben ermöglichen. Der Kontrollor hat aufgrund des letzten Berichts des Abschlussprüfers über den Emittenten gemäß § 273 HGB (nun: UGB), sofern eine gesetzliche Prüfungspflicht besteht, und aufgrund der vom Emittenten beizustellenden Unterlagen mit berufsmäßiger Sorgfalt zu kontrollieren, ob der Prospekt die geforderten Angaben enthält und ob er die rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse richtig wiedergibt. 2.2.2 An diesem Zweck orientiert sich auch der Inhalt und Umfang der

in Paragraph 8, Absatz 2, KMG geregelten Prüfpflicht des Prospektkontrollors. Nach Paragraph 8, Absatz 2, KMG hat der Emittent dem Kontrollor sämtliche Unterlagen beizustellen, die eine zweifelsfreie Kontrolle der Richtigkeit und Vollständigkeit der Prospektangaben ermöglichen. Der Kontrollor hat aufgrund des letzten Berichts des Abschlussprüfers über den Emittenten gemäß Paragraph 273, HGB (nun: UGB), sofern eine gesetzliche Prüfungspflicht besteht, und aufgrund der vom Emittenten beizustellenden Unterlagen mit berufsmäßiger Sorgfalt zu kontrollieren, ob der Prospekt die geforderten Angaben enthält und ob er die rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse richtig wiedergibt.

2.2.3 Dabei hat der Prospektkontrollor eine Überprüfung auf formale Vollständigkeit der Prospektangaben vorzunehmen und die vom Emittenten zur Verfügung gestellten Unterlagen einer stichprobenartigen Überprüfung zu unterziehen. Ergibt sich der Verdacht mangelnder Richtigkeit oder Vollständigkeit der Unterlagen oder Prospektangaben, so hat der Kontrollor zu seiner Klärung weitere Kontrolltätigkeiten vorzunehmen und erforderlichenfalls Berichtigungen und Ergänzungen im Prospekt zu veranlassen.

2.2.4 Der Prospektkontrollor haftet nicht für die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Prospekts selbst, sondern für erfolgte unrichtige oder unvollständige Kontrollen (Welser, Prospektkontrolle und Prospekthaftung nach dem KMG, ecolex 1992, 301 [305]; 10 Ob 69/11m; 6 Ob 190/12b).

Anknüpfungspunkt für die Haftung ist somit immer die unzureichende Prospektkontrolle Brawenz, Prospektpflicht und Prospekthaftung nach dem neuen Kapitalmarktgesetz Teil 2, ÖBA 1992, 421 [425]).

2.3 Gemessen an diesen Grundsätzen hat das Berufungsgericht zu Recht eine Haftung für mangelhafte Prospektkontrolle der Erstbeklagten verneint.

2.3.1 Vorauszuschicken ist, dass sich die behauptungs- und beweispflichtige Klägerin in erster Instanz auf einen Kausalzusammenhang zwischen behaupteten Prospektmängeln und Anlageentscheidung nur in Ansehung der „Ämterkumulierung“, der fehlenden Managervielfalt, der fehlenden Due Diligence und der fehlenden Kontrolle von BLMIS durch die Investmentberaterin berief.

Die Klägerin hat zwar in erster Instanz weitere Umstände (zB Interessenkonflikt Gebühren, mangelnde Lizenz Madoffs als Fondsmanager) genannt, die ihrer Auffassung nach in den Prospekt aufzunehmen gewesen wären. Sie hält dieses Vorbringen auch im Revisionsverfahren aufrecht und rügt in diesem Zusammenhang Feststellungsmängel des Ersturteils. Dabei lässt sie jedoch außer Acht, dass sie in erster Instanz nicht vorbrachte, dass sie bei Aufnahme der weiteren, von ihr geforderten Angaben im Prospekt von der Investition Abstand genommen hätte.

Ein Eingehen auf Vollständigkeit und Richtigkeit des Prospekts kommt daher nur im Umfang jener Prospektangaben in Betracht, deren Fehlen bzw deren Unrichtigkeit bzw Unvollständigkeit nach dem erstinstanzlichen Vorbringen kausal für die Anlageentscheidung der Klägerin waren.

2.3.2 Der Hauptvorwurf der Klägerin gegen die Erstbeklagte liegt darin, dass im Prospekt ausreichende Informationen dazu fehlten, dass die Depotbank das Fondsvermögen tatsächlich nicht verwahrt habe, sondern der Manager (BLMIS) über die Gelder im Weg eines „Managed Account“ selbst verfügt habe.

2.3.2.1 Die organisatorische Trennung zwischen Verwahrung und Verwaltung des Fondsvermögens dient der Sicherung der Anleger vor missbräuchlicher Verwendung des Fondsvermögens (Buchberger in Macher/Buchberger/ Kalss/Oppitz, InvFG § 25 Rz 13; 6 Ob 190/12b). 2.3.2.1 Die organisatorische Trennung zwischen Verwahrung und Verwaltung des Fondsvermögens dient der Sicherung der Anleger vor missbräuchlicher Verwendung des Fondsvermögens (Buchberger in Macher/Buchberger/, Kalss/Oppitz, InvFG Paragraph 25, Rz 13; 6 Ob 190/12b).

Es ist daher der Klägerin darin beizupflichten, dass die Tatsache, dass de facto der Manager als Subdepotverwahrer und nicht die Depotbank selbst die Gelder unmittelbar über ein „Managed Account“ verwahrte, eine wesentliche Risikoerhöhung für den potentiellen Anleger darstellt und es sich daher um einen Umstand handelt, über den der Prospektkontrollor iSd § 26 Abs 2 InvFG 1993 aufzuklären hatte. Es ist daher der Klägerin darin beizupflichten, dass die Tatsache, dass de facto der Manager als Subdepotverwahrer und nicht die Depotbank selbst die Gelder unmittelbar über ein „Managed Account“ verwahrte, eine wesentliche Risikoerhöhung für den potentiellen Anleger darstellt und es sich daher um einen Umstand handelt, über den der Prospektkontrollor iSd Paragraph 26, Absatz 2, InvFG 1993 aufzuklären hatte.

2.3.2.2 Zu dem Vorwurf der mangelnden Offenlegung der Trennung wurde bereits in der Entscheidung 5 Ob 233/11t,

die den auch hier maßgeblichen Emissionsprospekt betraf, ausgeführt, dass unter dem Titel „Risikofaktoren und besondere Überlegungen“ auf die Möglichkeit der Investition über ein „Managed Account“ und die dann im Verlustfall greifende Haftung der Aktionäre ausdrücklich hingewiesen wurde.

2.3.2.3 In der Entscheidung 6 Ob 190/12b, die die insoweit vergleichbaren Emissionsprospekte Stand September 2002, Dezember 2003 und April 2007 betraf, wurden die entsprechenden Hinweise auf den Umstand, dass BLMIS als Subverwahrer der Depotbank tätig war, ebenfalls als ausreichend beurteilt.

2.3.2.4 Dieser Auffassung schließt sich der Senat an:

a) Vorauszuschicken ist, dass der Prospekt bereits in seiner Einleitung, die zum Prospektinhalt gehört, darauf verweist, dass sich die Aktien für anspruchsvolle Investoren eignen, deren Investitionsprogramm sich nicht allein auf den Fonds beschränkt und die sich der mit einer solchen Veranlagung involvierten Risiken voll bewusst und diese zu tragen bereit sind. Der Prospekt richtet sich an Investoren, die bereit sind, zumindest 50.000 EUR in den Primeo Select Euro Fund, also einen ausländischen Kapitalanlagefonds, zu investieren. Dem Prospekt ist eindeutig zu entnehmen, dass die wesentlichen, beschränkt („Limited“) haftenden Akteure (Fonds, Investmentberaterin, Depotbank, Verwalter sowie Manager [und zugleich Subverwahrer der Depotbank und Subverwalter des Verwalters]) im Ausland ihren Sitz haben.

Das mehrfach wiederholte Vorbringen der Klägerin, sie (bzw ihr sie beratender Ehemann) habe die Konstruktion als Produkt der erstbeklagten österreichischen Bank verstanden, ist unter diesen Gesichtspunkten objektiv nicht durch den Prospekt hervorgerufen, der - ebenfalls in der Einleitung - auch darauf verweist, dass die Erstbeklagte keine Garantie hinsichtlich der Aktien übernimmt.

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass von einem Emissionsprospekt der vorliegenden Art nicht erwartet werden kann, dass jeder verwendete rechtliche oder wirtschaftliche Begriff detailliert erklärt werden müsste. Das würde nicht nur eine Überspannung der Anforderungen an den Prospektinhalt bedeuten, sondern letztlich gerade die von der Klägerin geforderte Transparenz beeinträchtigen, wäre doch Ergebnis der Erläuterung jedes Fachbegriffs, dass der Prospektumfang gewaltig anstiege.

Schließlich schadet die Verwendung von auch in österreichischen Fachkreisen gebräuchlichen englischen Ausdrücken (zB „Transaction Slips“) nicht (vgl G. Neumayer/S. Weiland, Das Sprachenrisiko im Vertrags- und Prozessrecht, Zak 2013/793, 427). Schließlich schadet die Verwendung von auch in österreichischen Fachkreisen gebräuchlichen englischen Ausdrücken (zB „Transaction Slips“) nicht vergleiche G. Neumayer/S. Weiland, Das Sprachenrisiko im Vertrags- und Prozessrecht, Zak 2013/793, 427).

Es wäre daher an der Klägerin gelegen, sich in Ansehung ihr nicht gebräuchlicher Rechts- oder Wirtschaftsbegriffe beraten zu lassen bzw bei der Investmentberaterin nachzufragen. Dass sie bzw ihr Ehemann das taten, behauptete die Klägerin gar nicht.

b) Inhaltlich ist zunächst die bereits in der Entscheidung 5 Ob 233/11t erwähnte Passage (ab S 5 des Prospekts) maßgeblich. Dort wurde unter dem Titel „Risikofaktoren und besondere Überlegungen“ unter dem Subtitel „Managed Account“ darauf hingewiesen, dass es dem Fonds erlaubt ist, bestimmte Gelder bei Investmentgesellschaften und Managern zu investieren, die ein Managed Account verwalten, wobei in solchen Fällen der Administrator und die Depotbank ausschließlich die Kontoauszüge des Managed Account sowie die Transactions Slips von jeder Wertpapiertransaktion erhalten und wobei jeglicher Verlust, der aus Investitionen in einem Managed Account entsteht, von den Aktionären getragen wird.

c) Ferner enthält der Prospekt auf S 3 unter dem Titel „Anlageziel - Select Fund und Select Euro Fund“ den Hinweis, dass diese Veranlagungen (gemeint: des Select Fund, in den auch die hier maßgebliche Anteilsklasse des Select Euro Fund investierte) zur Zeit von einem Manager in Form eines Managed Account getätigt werden.

d) Auf S 4 des Prospekts unter dem Titel „Anlagemethode - Select Fund und Select Euro Fund“ wird wörtlich ausgeführt: „Der Primeo Select Fund wurde seit seiner Gründung durch einen Manager in Form eines Direktkontos (Managed Account) geführt, wobei alle Gelder einer Anteilsklasse in einem Direktkonto geführt werden.“

e) Auch im Zusammenhang mit der Beschreibung der Aufgaben der Depotbank (S 15 des Prospekts) ist offengelegt, dass für den Fall, dass der Fonds Gelder bei Investmentgesellschaften oder Managern platziert, die ein Managed Account verwalten, die Gelder nicht auf eigenen Konten, lautend auf den Fonds, liegen. Ferner ist erneut klargestellt,

dass in solchen Fällen der Administrator und die Depotbank ausschließlich die Kontoauszüge des Managed Account sowie die Transaction Slips von jeder Wertpapiertransaktion erhalten und dass jeglicher Verlust, der aus Investitionen in einem Managed Account entsteht, von den Aktionären getragen wird.

2.3.2.5 Der Prospekt enthält somit nach dem maßgeblichen Gesamtbild (RIS-JustizRS0108624) ausreichend klare Hinweise auf den - zentral risikoerhöhenden - Umstand, dass der Manager (BLMIS) als Subdepotverwahrer bestellt wurde und über die „Managed Accounts“ unmittelbar verfügen kann, wobei die Depotbank in diesem Fall die ihr sonst zukommende und im Prospekt auf S 15 beschriebene Hauptaufgabe, die Gelder des Fonds bzw die mit diesen Geldern erworbenen Wertpapiere zu verwahren, nicht ausübt.

In Übereinstimmung mit den Entscheidungen 5 Ob 233/11m und 6 Ob 190/12b ist daher davon auszugehen, dass die Anleger durch den hier zu beurteilenden Emissionsprospekt über das Risiko der Verfügungsmöglichkeit des Managers über die Gelder bzw erworbenen Wertpapiere ausreichend aufgeklärt wurden.

2.3.3 Auf die Frage der gesetzlichen Zulässigkeit der Bestellung von BLMIS als Subdepotverwahrer der Depotbank, die die Revision mit dem Hinweis auf das ihrer Auffassung nach bereits zum Zeitpunkt der Prospekterstellung in § 25 Z 2 InvFG 1993 verankerte „Trennungsprinzip“ (Trennung zwischen Verwahrung und Verwaltung des Fondsvermögens) verneint, allerdings ohnedies nur unter Berufung darauf releviert, dass die Trennung im Prospekt deutlich zum Ausdruck kommen müsse, ist nicht einzugehen: Die Klägerin hat sich in erster Instanz nur auf eine Unvollständigkeit bzw Unrichtigkeit der Prospektangaben in Ansehung der (fehlenden) Trennung berufen, die aus den aufgezeigten Gründen aber nicht vorliegt. 2.3.3 Auf die Frage der gesetzlichen Zulässigkeit der Bestellung von BLMIS als Subdepotverwahrer der Depotbank, die die Revision mit dem Hinweis auf das ihrer Auffassung nach bereits zum Zeitpunkt der Prospekterstellung in Paragraph 25, Ziffer 2, InvFG 1993 verankerte „Trennungsprinzip“ (Trennung zwischen Verwahrung und Verwaltung des Fondsvermögens) verneint, allerdings ohnedies nur unter Berufung darauf releviert, dass die Trennung im Prospekt deutlich zum Ausdruck kommen müsse, ist nicht einzugehen: Die Klägerin hat sich in erster Instanz nur auf eine Unvollständigkeit bzw Unrichtigkeit der Prospektangaben in Ansehung der (fehlenden) Trennung berufen, die aus den aufgezeigten Gründen aber nicht vorliegt.

Die Frage der Geltung des Trennungsgrundsatzes wurde erstmals vom Berufungsgericht aufgeworfen.

Es muss daher nicht beantwortet werden, ob - bei Unterstellung der Geltung des Trennungsprinzips - die Erstbeklagte für die Erteilung des Prüfvermerks wegen eines gesetzwidrigen Prospektinhalts verantwortlich gemacht werden könnte oder ob sie nur für irreführende (bzw unvollständige) Prospektangaben haftet (so ausdrücklich 6 Ob 190/12b).

2.3.4 Schließlich versagt auch die Berufung auf die „vorsätzliche Anlegertäuschung“ der Erstbeklagten dadurch, dass sie nach Beanstandung der Prospektversion Blg ./HH durch die FMA den nun zu beurteilenden Prospekt zur Genehmigung vorlegte, ohne dass an der tatsächlichen Konstruktion (Betrugung von BLMIS als Subdepotverwahrer) etwas geändert wurde:

In der von der Klägerin selbst vorgelegten Prospektversion Blg ./HH, deren Wortlaut zwar vom Erstgericht nicht festgestellt wurde, der aber zwischen den Parteien nicht strittig ist, lautete die von der FMA beanstandete Passage unter dem Titel „Risikofaktoren und besondere Überlegungen“ wörtlich wie folgt:

Managed Account

Dem Fonds ist es erlaubt bestimmte Gelder bei Investmentgesellschaften & Managern zu investieren, die ein Managed Account verwalten. Ein Managed Account ist ein Gemeinschaftskonto im Namen der Investmentgesellschaft oder des Managers in dem die Einlagen aller Investoren, die bei dieser Investmentgesellschaft oder Manager Investitionen getätigt haben, gesammelt sind. Im Gegensatz zu einer Investition in einen Fonds erhält „der Fonds“ keine Aktien oder eine andere Form eines verbrieften Anspruchs. Er hat lediglich ein Anrecht auf einen pro rata Anteil des Kontoinhalts. Von der Depotbank dürfen im Namen des Fonds keine Investitionen gehalten werden und die Depotbank ist nicht mit dem Depotgeschäft der Vermögenswerte, die im Managed Account gehalten werden betraut. Jeglicher Verlust, der aus Investitionen in einem Managed Account entsteht wird von den Aktionären getragen.

Diese Passage wurde nach Beanstandung der FMA - ebenso wie eine vergleichbare Formulierung auf S 15 der Prospektversion Blg ./HH - in die nun auf S 5 des der Anlagegeentscheidung der Klägerin zugrundeliegenden Prospekts Blg ./A enthaltene Version mit folgendem Wortlaut geändert:

„Managed Account

Dem Fonds ist es erlaubt bestimmte Gelder bei Investmentgesellschaften & Managern zu investieren, die ein Managed Account verwalten. In solchen Fällen, erhalten der Administrator und die Depotbank ausschließlich die Kontoauszüge des Managed Account sowie die Transaction Slips von jeder Wertpapiertransaktion ...“

Die Beanstandung beruhte erkennbar darauf, dass die ursprünglich vorgesehene Formulierung so verstanden werden konnte, dass der Depotbank bei Verwahrung von Geldern im Rahmen eines Managed Account gar keine Aufgabe mehr zukäme, also der Manager die Depotbank gänzlich verdränge.

Dieser möglicherweise aus Blg ./HH zu gewinnende Eindruck entsprach nicht den Tatsachen: Aus den im Prospekt enthaltenen Angaben über die Depotbank, dem von der Erstbeklagten vorgelegten Depotbankvertrag (Verwahrungsvertrag Blg ./18), dessen Abschluss auch von der Klägerin nicht bestritten wurde (vgl Urkundenerklärung S 7 in ON 19) und dem Subdepotvertrag („Drittverwahrungsvertrag“ Blg ./25) zwischen der Depotbank und BLMIS ist vielmehr abzuleiten, dass BLMIS (nur) zum Subdepotverwahrer bestellt wurde, die Depotbank als solche aber sehr wohl eine Funktion hatte: Die Revisionswerberin ignoriert bei ihrem Täuschungsvorwurf nämlich die im Prospekt für den Fall des Managed Account vorgesehene - im Ergebnis und ex post betrachtet freilich erfolglos gebliebene - Kontrollmöglichkeit der Depotbank an Hand der vom Manager übermittelten Auszüge („Transaction Slips“) von jeder Wertpapiertransaktion. Dieser möglicherweise aus Blg ./HH zu gewinnende Eindruck entsprach nicht den Tatsachen: Aus den im Prospekt enthaltenen Angaben über die Depotbank, dem von der Erstbeklagten vorgelegten Depotbankvertrag (Verwahrungsvertrag Blg ./18), dessen Abschluss auch von der Klägerin nicht bestritten wurde (vergleiche Urkundenerklärung S 7 in ON 19) und dem Subdepotvertrag („Drittverwahrungsvertrag“ Blg ./25) zwischen der Depotbank und BLMIS ist vielmehr abzuleiten, dass BLMIS (nur) zum Subdepotverwahrer bestellt wurde, die Depotbank als solche aber sehr wohl eine Funktion hatte: Die Revisionswerberin ignoriert bei ihrem Täuschungsvorwurf nämlich die im Prospekt für den Fall des Managed Account vorgesehene - im Ergebnis und ex post betrachtet freilich erfolglos gebliebene - Kontrollmöglichkeit der Depotbank an Hand der vom Manager übermittelten Auszüge („Transaction Slips“) von jeder Wertpapiertransaktion.

Eine von der Erstbeklagten begangene vorsätzliche Anlegertäuschung ist daher durch die Neuformulierung nicht verwirklicht, sondern nur eine Darstellung der den tatsächlichen Verhältnissen entsprechenden Aufgabenverteilung zwischen Depotbank und Manager bei Betrauung des Managers als Subverwahrer.

2.3.5 Insbesondere durch die Hinweise auf S 3 und 4 des Prospekts, wonach der Fonds seit seiner Gründung durch einen Manager geführt wurde, ist entgegen der in der Revision vertretenen Auffassung auch das „Single Manager Risiko“ ausreichend offengelegt worden. Damit wurde nämlich eindeutig klargestellt, dass zum maßgeblichen Zeitpunkt der Prospekterstellung nur ein Manager betreffend den Primeo Select Fund - in den der Primeo Select Euro Fund investierte - beauftragt war. Die Beschreibung der Ist-Situation zum Zeitpunkt der Prospekterstellung ist damit erfolgt. Entgegen den Ausführungen in der Revision (S 14) ist aus der Verwendung des Imperfekts („... durch einen Manager geführt wurde“) und aus dem Folgetext nicht abzuleiten, zur Zeit würden mehrere Manager tätig sein, endet doch die auszulegende Passage im Präsens („... in einem Direktkonto geführt werden“). An anderer Stelle ist ausdrücklich angeführt, dass die Veranlagungen „zur Zeit von einem Manager in Form eines Managed Account getätigt werden“. Im Prospekt ist - unter dem Titel Risikofaktoren - auch dargelegt, wie der Begriff „Managed Account“ im Prospekt zu verstehen ist, nämlich als alleinige Verwaltungstätigkeit und Kontoführung des einzigen Managers (Subverwalter des Fondsverwalters und Subverwahrer der Depotbank). Ob der Begriff „Managed Account“ als solcher einen allgemein anerkannten Bedeutungsinhalt hat, ist unerheblich, weil sein Bedeutungsinhalt für den Prospekt ausreichend definiert ist. Dass in Zukunft - etwa dann, wenn der Investmentberaterin die Performance des eingesetzten Managers nicht positiv genug erschien - der einzige Manager ausgetauscht und durch einen oder mehrere weitere Manager ersetzt werden konnte, stellt keine irreführende Angabe im Prospekt dar, sondern den - richtigen - Hinweis auf die Möglichkeit eines solchen Austausches.

2.3.6 Zur Unvollständigkeit des Prospekts bezüglich der Angaben über eine angeblich nicht ausreichende Due Diligence (Unternehmensprüfung bezüglich Vermögens- und Ertragslage, Bonität ua) bzw fehlende laufende Kontrollen bei BLMIS traf das Erstgericht (nur) die Feststellung, dass die Erstbeklagte keine solche Prüfung vornahm.

Die Revisionswerberin erkennt in Wahrheit selbst, dass es geradezu selbstverständlich ist, dass die Erstbeklagte als Prospektkontrollorin, die weder unmittelbar an der Fondsgründung beteiligt war noch in einem Vertragsverhältnis zu BLMIS stand, bei dieser keine Due Diligence Prüfung vorgenommen hatte. Sie meint allerdings, aufgrund bestimmter,

der Investmentberaterin bekannter Risikoindizien („red flags“ - vgl dazu erstinstanzliches Vorbringen S 4 f) hätte eine besonders sorgfältige Due Diligence Prüfung erfolgen müssen. Die Revisionswerberin erkennt in Wahrheit selbst, dass es geradezu selbstverständlich ist, dass die Erstbeklagte als Prospektkontrollorin, die weder unmittelbar an der Fondsgründung beteiligt war noch in einem Vertragsverhältnis zu BLMIS stand, bei dieser keine Due Diligence Prüfung vorgenommen hatte. Sie meint allerdings, aufgrund bestimmter, der Investmentberaterin bekannter Risikoindizien („red flags“ - vergleiche dazu erstinstanzliches Vorbringen S 4 f) hätte eine besonders sorgfältige Due Diligence Prüfung erfolgen müssen.

Ein näheres Eingehen darauf erübrigt sich aber, weil die Klägerin in ihrer Revision gar nicht behauptet, dass der Erstbeklagte diese „red flags“ und der Umstand bekannt waren, dass - wie von der Klägerin behauptet, von der Erstbeklagten bestritten, vom Erstgericht jedoch nicht geprüft - die Investmentberaterin keine genaue Due Diligence bei BLMIS vornahm.

Der von der Klägerin erhobene Vorwurf des bloßen Vortäuschens einer Kontrolle des Fondsmanagers trifft nicht zu: Dass die Investmentberaterin die Performance, also die jeweilige Ertragsentwicklung, laufend kontrollieren und ihn bei nicht entsprechender Performance austauschen würde, geht aus dem Prospekt klar hervor. Das Erstgericht traf dazu die Feststellung, dass der Ehemann der Klägerin - der in ihrem Einvernehmen für sie die Veranlagungsentscheidung traf - im Prospekt positiv davon angesprochen wurde, dass die Investmentberaterin den (die) Manager auf seine Performance hin überwachen und kontrollieren werde. Daraus schloss der Ehemann der Klägerin, dass diese (Manager) ausgetauscht würden, sollte die Performance des Fonds nicht den Erwartungen entsprechen.

War aber gerade die Kontrolle des Managers im Hinblick auf die Performance des Fonds für den Ehemann der Klägerin ausschlaggebend, fehlt es hinsichtlich der von der Klägerin beanstandeten Unvollständigkeit der Prospektangaben über eine Unterlassung weiterer Kontrolltätigkeiten schon an dem erforderlichen Kausalzusammenhang.

Im Übrigen gab gerade die Performance infolge des von Madoff erfolgreich etablierten umfassenden Betrugssystems keinen Anlass zu Beanstandungen und war offenkundig für viele Anleger für die Investitionsentscheidung ausschlaggebend.

2.3.7 Nicht ersichtlich ist, welchen Einfluss das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KschG, das nach Auffassung der Klägerin für den Prospekt gelten soll und das verletzt worden sei, auf die Veranlagungsentscheidung gehabt haben soll. Das Revisionsvorbringen beschränkt sich - ohne konkrete Ausführungen - auf die Behauptung der Verletzung des Gebots der Klarheit und Verständlichkeit. Ob § 6 KschG deshalb anzuwenden wäre, weil im Zeichnungsvertrag auf den Inhalt des Emissionsprospekts Bezug genommen wurde und dieser deshalb als Vertragsformblatt zu qualifizieren wäre, könnte nur für das - hier nicht zu beurteilende - Vertragsverhältnis der Klägerin zur Fondsgesellschaft eine Rolle spielen. 2.3.7 Nicht ersichtlich ist, welchen Einfluss das Transparenzgebot des Paragraph 6, Absatz 3, KschG, das nach Auffassung der Klägerin für den Prospekt gelten soll und das verletzt worden sei, auf die Veranlagungsentscheidung gehabt haben soll. Das Revisionsvorbringen beschränkt sich - ohne konkrete Ausführungen - auf die Behauptung der Verletzung des Gebots der Klarheit und Verständlichkeit. Ob Paragraph 6, KschG deshalb anzuwenden wäre, weil im Zeichnungsvertrag auf den Inhalt des Emissionsprospekts Bezug genommen wurde und dieser deshalb als Vertragsformblatt zu qualifizieren wäre, könnte nur für das - hier nicht zu beurteilende - Vertragsverhältnis der Klägerin zur Fondsgesellschaft eine Rolle spielen.

2.3.8 Sowohl § 11 Abs 1 Z 3 KMG (Haftungsregelung für denjenigen, der die Vertragserklärung entgegen genommen hat), als auch § 11 Abs 2 KMG (Gleichstellung des für alle Verschuldensformen haftenden ausländischen Emittenten mit demjenigen, der das prospektpflichtige Anbot im Inland stellte - vgl dazu Welser, ecolex 1992, 305) sehen eine Haftung für unrichtige oder unvollständige Prospektangaben vor. 2.3.8 Sowohl Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer 3, KMG (Haftungsregelung für denjenigen, der die Vertragserklärung entgegen genommen hat), als auch Paragraph 11, Absatz 2, KMG (Gleichstellung des für alle Verschuldensformen haftenden ausländischen Emittenten mit demjenigen, der das prospektpflichtige Anbot im Inland stellte - vergleiche dazu Welser, ecolex 1992, 305) sehen eine Haftung für unrichtige oder unvollständige Prospektangaben vor.

Da die Prospektangaben aus den dargelegten Gründen aber weder unrichtig noch unvollständig waren, bedarf es keines Eingehens darauf, ob die Erstbeklagte nach diesen Tatbeständen in Anspruch genommen werden könnte.

Aus diesem Grund erübrigt sich auch eine Auseinandersetzung mit dem Präklusionseinwand der Erstbeklagten.

3. Culpa in contrahendo

3.1 Die Prospekthaftung selbst wird von den Materialien zu § 11 KMG (ErlRV 271 BlgNR 18. GP 23 f) als „Art der Haftung für culpa in contrahendo“ betrachtet. 3.1 Die Prospekthaftung selbst wird von den Materialien zu Paragraph 11, KMG (ErlRV 271 BlgNR 18. Gesetzgebungsperiode 23, f) als „Art der Haftung für culpa in contrahendo“ betrachtet.

Dem schließt sich die herrschende Lehre in Österreich an (Welser, *ecolex* 1992, 301; Wilhelm, Zur Prospekthaftung nach dem Kapitalmarktgesetz, *ecolex* 1992, 11; Koziol, Die Konkurrenz zwischen allgemeinem Zivilrecht, KMG und BörseG bei der Prospekthaftung, *ÖBA* 1992, 886; Brawenz, *ÖBA* 1992, 421 f; Zivny, Kapitalmarktgesetz [2007], § 11 Rz 4 ff). Dem schließt sich die herrschende Lehre in Österreich an (Welser, *ecolex* 1992, 301; Wilhelm, Zur Prospekthaftung nach dem Kapitalmarktgesetz, *ecolex* 1992, 11; Koziol, Die Konkurrenz zwischen allgemeinem Zivilrecht, KMG und BörseG bei der Prospekthaftung, *ÖBA* 1992, 886; Brawenz, *ÖBA* 1992, 421 f; Zivny, Kapitalmarktgesetz [2007], Paragraph 11, Rz 4 ff).

3.2 Umstritten ist allerdings, ob aus § 11 Abs 8 KMG, der ausspricht, dass Schadenersatzansprüche aus der Verletzung anderer gesetzlicher Vorschriften oder aus der Verletzung von Verträgen unberührt bleiben, abzuleiten ist, dass neben der Prospekthaftung der Prospektkontrollor auch aus culpa in contrahendo haftbar sein kann (bejahend Buchberger in Macher/Buchberger/Kalss/Oppitz, InvFG § 26 Rz 67; Zivny, KMG § 11 Rz 6; jüngst Artmann, Zur Haftung des Abschlussprüfers, insbesondere zur Verjährung, *GesRZ* 2013, 250 [252 mwN in FN 24]; Koziol, *ÖBA* 1992, 886; ihm folgend 10 Ob 69/11m; einschränkend 10 Ob 88/11f *GesRZ* 2013, 44 [Oppitz]; ausdrücklich offenlassend 4 Ob 174/11h). 3.2 Umstritten ist allerdings, ob aus Paragraph 11, Absatz 8, KMG, der ausspricht, dass Schadenersatzansprüche aus der Verletzung anderer gesetzlicher Vorschriften oder aus der Verletzung von Verträgen unberührt bleiben, abzuleiten ist, dass neben der Prospekthaftung der Prospektkontrollor auch aus culpa in contrahendo haftbar sein kann (bejahend Buchberger in Macher/Buchberger/Kalss/Oppitz, InvFG Paragraph 26, Rz 67; Zivny, KMG Paragraph 11, Rz 6; jüngst Artmann, Zur Haftung des Abschlussprüfers, insbesondere zur Verjährung, *GesRZ* 2013, 250 [252 mwN in FN 24]; Koziol, *ÖBA* 1992, 886; ihm folgend 10 Ob 69/11m; einschränkend 10 Ob 88/11f *GesRZ* 2013, 44 [Oppitz]; ausdrücklich offenlassend 4 Ob 174/11h).

3.3 Die gegenteilige Auffassung (Welser, *ecolex* 1992, 301 [309]; Wilhelm, Zur Prospekthaftung nach dem Kapitalmarktgesetz, *ecolex* 1992, 11 [12]; Iro/Riss, Die Haftung des Prospektkontrollors nach allgemeinen Grundsätzen, *RdW* 2012/478, 447; skeptisch gegenüber einer Einordnung der Prospekthaftung als Anwendungsfall der culpa in contrahendo auch Oppitz in EAnm zu *GesRZ* 2013, 44; zum Verhältnis Prospekthaftung zu culpa in contrahendo vgl auch Schopper/Walch, Unternehmensrechtliche Verjährungsregeln und ihr Verhältnis zum allgemeinen Zivilrecht, *ÖBA* 2013, 418 [425 f]) führt ins Treffen, dass § 11 KMG eine „allgemeine“ Haftung für culpa in contrahendo ausschliesse, weil ansonsten die diffizile und die auf dem Kapitalmarkt bestehenden Interessen besonders würdigende Regelung des § 11 KMG praktisch sinnlos wäre (vgl insbesondere Welser, *ecolex* 1992, 309). 3.3 Die gegenteilige Auffassung (Welser, *ecolex* 1992, 301 [309]; Wilhelm, Zur Prospekthaftung nach dem Kapitalmarktgesetz, *ecolex* 1992, 11 [12]; Iro/Riss, Die Haftung des Prospektkontrollors nach allgemeinen Grundsätzen, *RdW* 2012/478, 447; skeptisch gegenüber einer Einordnung der Prospekthaftung als Anwendungsfall der culpa in contrahendo auch Oppitz in EAnm zu *GesRZ* 2013, 44; zum Verhältnis Prospekthaftung zu culpa in contrahendo vergleiche auch Schopper/Walch, Unternehmensrechtliche Verjährungsregeln und ihr Verhältnis zum allgemeinen Zivilrecht, *ÖBA* 2013, 418 [425 f]) führt ins Treffen, dass Paragraph 11, KMG eine „allgemeine“ Haftung für culpa in contrahendo ausschliesse, weil ansonsten die diffizile und die auf dem Kapitalmarkt bestehenden Interessen besonders würdigende Regelung des Paragraph 11, KMG praktisch sinnlos wäre vergleiche insbesondere Welser, *ecolex* 1992, 309).

3.4 Einer Auseinandersetzung mit dieser Frage bedarf es jedoch nicht:

Grundlage für eine Haftung der Erstbeklagten für culpa in contrahendo wäre nämlich, dass durch die Verbreitung fehlerhafter Prospekte die dem Publikum gegenüber bestehenden Informationspflichten verletzt wurden (6 Ob 190/12b). Aus den dargelegten Gründen waren die Angaben im Prospekt weder unvollständig noch unrichtig. Informationspflichten wurden daher nicht verletzt.

4. Deliktische Haftung der Erstbeklagten

4.1 Während das Verhältnis der Prospekthaftung nach § 11 KMG zur allgemeinen Haftung für culpa in contrahendo in der Literatur umstritten ist, besteht Einigkeit darüber, dass aus dem hier sinngemäß anzuwendenden § 11 Abs 8 KMG abzuleiten ist, dass neben der Prospekthaftung eine rein deliktische Haftung des Prospektkontrollors geltend gemacht

werden kann (Welser, *ecolex* 1992, 301 [308]; Brawenz, *ÖBA* 1992, 433; Iro/Riss, *RdW* 2012/478, 452). 4.1 Während das Verhältnis der Propekthaftung nach Paragraph 11, KMG zur allgemeinen Haftung für culpa in contrahendo in der Literatur umstritten ist, besteht Einigkeit darüber, dass aus dem hier sinngemäß anzuwendenden Paragraph 11, Absatz 8, KMG abzuleiten ist, dass neben der Prospekthaftung eine rein deliktische Haftung des Prospektkontrollors geltend gemacht werden kann (Welser, *ecolex* 1992, 301 [308]; Brawenz, *ÖBA* 1992, 433; Iro/Riss, *RdW* 2012/478, 452).

4.2 Die Klägerin hat in erster Instanz das in der Revision aufrecht erhaltene Vorbringen erstattet, die Erstbeklagte hafte wegen vorsätzlicher Schädigung iSd § 1295 Abs 2 ABGB, weil die Gründung der Investmentberaterin auf den British Virgin Islands nur den Zweck gehabt habe, Klagen und exekutive Maßnahmen geschädigter Anleger zu verhindern. Die Erstbeklagte habe es ernsthaft für möglich gehalten und sich damit abgefunden, dass den Gläubigern ein Schaden durch die Konstruktion, insbesondere durch die Wahl des Gerichtsstands, entstehe. Das könne an der Gründung der Investmentberaterin, aber auch an der Wahl ihres Sitzes erkannt werden. 4.2 Die Klägerin hat in erster Instanz das in der Revision aufrecht erhaltene Vorbringen erstattet, die Erstbeklagte hafte wegen vorsätzlicher Schädigung iSd Paragraph 1295, Absatz 2, ABGB, weil die Gründung der Investmentberaterin auf den British Virgin Islands nur den Zweck gehabt habe, Klagen und exekutive Maßnahmen geschädigter Anleger zu verhindern. Die Erstbeklagte habe es ernsthaft für möglich gehalten und sich damit abgefunden, dass den Gläubigern ein Schaden durch die Konstruktion, insbesondere durch die Wahl des Gerichtsstands, entstehe. Das könne an der Gründung der Investmentberaterin, aber auch an der Wahl ihres Sitzes erkannt werden.

4.3 Dieses Vorbringen der Klägerin reicht allerdings schon dem Grunde nach nicht aus, einen auf § 1295 Abs 2 ABGB gestützten Anspruch zu begründen: Gemäß § 1295 Abs 2 ABGB ist derjenige, der in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise absichtlich Schaden zufügt, dafür verantwortlich, jedoch falls dies in Ausübung eines Rechts geschah, nur dann, wenn die Ausübung des Rechts offenbar den Zweck hatte, den anderen zu schädigen. 4.3 Dieses Vorbringen der Klägerin reicht allerdings schon dem Grunde nach nicht aus, einen auf Paragraph 1295, Absatz 2, ABGB gestützten Anspruch zu begründen: Gemäß Paragraph 1295, Absatz 2, ABGB ist derjenige, der in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise absichtlich Schaden zufügt, dafür verantwortlich, jedoch falls dies in Ausübung eines Rechts geschah, nur dann, wenn die Ausübung des Rechts offenbar den Zweck hatte, den anderen zu schädigen.

Schon unter Zugrundelegung der Richtigkeit des dazu allein erstatteten Tatsachenvorbringens der Klägerin - Gründung der mit der Klägerin im Konzernverbund stehenden Investmentberaterin mit Sitz auf den Cayman Islands - ist nicht erkennbar, dass das beanstandete Verhalten in Schädigungsabsicht (vgl. Reischauer in Rummel³ § 1295 ABGB Rz 63 mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung) erfolgte. Schon unter Zugrundelegung der Richtigkeit des dazu allein erstatteten Tatsachenvorbringens der Klägerin - Gründung der mit der Klägerin im Konzernverbund stehenden Investmentberaterin mit Sitz auf den Cayman Islands - ist nicht erkennbar, dass das beanstandete Verhalten in Schädigungsabsicht vergleiche Reischauer in Rummel³ Paragraph 1295, ABGB Rz 63 mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung) erfolgte.

4.4 Darüber hinaus verkennt die Klägerin hier ganz grundsätzlich, dass die Fondsgründung nicht durch die Erstbeklagte (bzw ihre Rechtsvorgängerin), sondern durch eine indirekt im Konzernverbund mit der Erstbeklagten stehende Gesellschaft erfolgte. Die gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen zwischen der Gründerin des Fonds, der Erstbeklagten und der Investmentberaterin rechtfertigen die Annahme der Klägerin, der Fonds sei zur Gänze ein organisatorisches Konglomerat der Erstbeklagten als Gründerin, die daher auch die „Gründerhaftung“ treffe, nicht.

Es war auch nicht die Erstbeklagte, sondern der Fonds, der den Investmentberatervertrag schloss.

Es ist zwar nicht zu bezweifeln, dass rechtlich zulässige Maßnahmen innerhalb eines Konzerns, nämlich einzelne Aufgabengebiete auf mehrere gesellschaftsrechtlich verbundene Gesellschaften aufzuteilen („Konglomerat“) und durch die Wahl des Sitzes oder des Gründungsortes (vgl. RIS-Justiz RS0112344) dieser Gesellschaften im Ergebnis eine Art „forum shopping“ zu betreiben und damit die Anwendung ausländischen materiellen Rechts zu erzwingen, Missbrauchsmöglichkeiten eröffnen. In der Ausnutzung gesellschaftsrechtlicher Möglichkeiten liegt aber noch kein Rechtsmissbrauch, beispielsweise (und selbstverständlich auch) nicht in der Gründung einer GmbH zur Vermeidung einer persönlichen Haftung des Einmanngesellschafters. Der Vorwurf einer Schädigungsabsicht müsste mit einem konkreten Sachverhalt nachgewiesen werden, wofür hier nur die Kenntnis der Erstbeklagten über das Pyramidenspiel des Managers oder sogar ihre vorsätzliche Beteiligung am Betrugsdelikt in Frage käme. Ein entsprechendes Sachvorbringen unterließ die Klägerin. Es ist zwar nicht zu bezweifeln, dass rechtlich zulässige Maßnahmen innerhalb

eines Konzerns, nämlich einzelne Aufgabengebiete auf mehrere gesellschaftsrechtlich verbundene Gesellschaften aufzuteilen („Konglomerat“) und durch die Wahl des Sitzes oder des Gründungsortes vergleiche RIS-Justiz RS0112344) dieser Gesellschaften im Ergebnis eine Art „forum shopping“ zu betreiben und damit die Anwendung ausländischen materiellen Rechts zu erzwingen, Missbrauchsmöglichkeiten eröffnen. In der Ausnutzung gesellschaftsrechtlicher Möglichkeiten liegt aber noch kein Rechtsmissbrauch, beispielsweise (und selbstverständlich auch) nicht in der Gründung einer GmbH zur Vermeidung einer persönlichen Haftung des Einmanngesellschafters. Der Vorwurf einer Schädigungsabsicht müsste mit einem konkreten Sachverhalt nachgewiesen werden, wofür hier nur die Kenntnis der Erstbeklagten über das Pyramidenspiel des Managers oder sogar ihre vorsätzliche Beteiligung am Betrugsdelikt in Frage käme. Ein entsprechendes Sachvorbringen unterließ die Klägerin.

4.5 Aus diesem Grund versagt auch eine Berufung der Klägerin auf eine „Durchgriffshaftung“ der Erstbeklagten für das behauptete Fehlverhalten der Investmentberaterin:

Auch diese Anspruchsgrundlage stützt die Klägerin erkennbar auf § 1295 Abs 2 ABGB, wobei das Vorbringen, die Gründung der Investmentberaterin mit Sitz auf den British Virgin Islands habe nur den Zweck der Gläubigerschädigung gehabt, eine Rechtsbehauptung darstellt, die durch kein konkretes Tatsachenvorbringen gestützt ist. Auch diese Anspruchsgrundlage stützt die Klägerin erkennbar auf Paragraph 1295, Absatz 2, ABGB, wobei das Vorbringen, die Gründung der Investmentberaterin mit Sitz auf den British Virgin Islands habe nur den Zweck der Gläubigerschädigung gehabt, eine Rechtsbehauptung darstellt, die durch kein konkretes Tatsachenvorbringen gestützt ist.

Der bloße Hinweis, die Erstbeklagte habe (indirekt) durch die von der Investmentberaterin bezogenen hohen Gebühren profitiert, lässt nicht erkennen, aus welchen konkreten Gründen (etwa wegen befürchteter Malversationen des Managers) die Erstbeklagte damit rechnete, dass potentielle Anleger in den Fonds einen Schaden erleiden würden, für den die Investmentberaterin wegen eines ebenfalls konkret von der Erstbeklagten erkannten Fehlverhaltens haften würde.

4.6 Da sich somit die in erster Instanz zur deliktischen Haftung der Erstbeklagten im Allgemeinen und zur „Durchgriffshaftung“ für ein Fehlverhalten der Investmentberaterin im Besonderen erstatteten Behauptungen im Wesentlichen in Rechtsbehauptungen erschöpfen, ist schon wegen des fehlenden Tatsachenvorbringens auf diese Anspruchsgrundlage nicht näher einzugehen.

Fehlt es aber schon an einem konkreten Sachvorbringen, erübrigt sich ein Eingehen darauf, ob die mit bloßer Rechtsbehauptung in Anspruch genommene Haftungsgrundlage der „Durchgriffshaftung“ (zum nur ausnahmsweise zu bejahenden Durchgriff im Recht der Kapitalgesellschaften und im Konzernverbund vgl 6 Ob 313/03b SZ 2004/63; Torggler, Zur Konzernhaftung nach österreichischem Recht, GesRZ 2013, 11) überhaupt nach österreichischem Recht zu beurteilen wäre. Fehlt es aber schon an einem konkreten Sachvorbringen, erübrigt sich ein Eingehen darauf, ob die mit bloßer Rechtsbehauptung in Anspruch genommene Haftungsgrundlage der „Durchgriffshaftung“ (zum nur ausnahmsweise zu bejahenden Durchgriff im Recht der Kapitalgesellschaften und im Konzernverbund vergleiche 6 Ob 313/03b SZ 2004/63; Torggler, Zur Konzernhaftung nach österreichischem Recht, GesRZ 2013, 11) überhaupt nach österreichischem Recht zu beurteilen wäre.

5. Zur behaupteten Nichtigkeit der Fondsgründung

Das Vorbringen der Klägerin, der Fonds sei, weil der tatsächliche Sitz seiner Hauptverwaltung in Österreich gelegen sei, nach §§ 10, 12 IPRG nichtig und genieße demnach in Österreich keine Rechtsfähigkeit, lässt nicht erkennen, welche Relevanz sich daraus für die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche ergeben soll: Das Vorbringen der Klägerin, der Fonds sei, weil der tatsächliche Sitz seiner Hauptverwaltung in Österreich gelegen sei, nach Paragraphen 10, 12, IPRG nichtig und genieße demnach in Österreich keine Rechtsfähigkeit, lässt nicht erkennen, welche Relevanz sich daraus für die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche ergeben soll:

Die in der Revision in diesem Zusammenhang thematisierte „Gründerhaftung“ der Erstbeklagten scheitert daran, dass die Erstbeklagte, wie bereits dargelegt, den Fonds nicht selbst gegründet hat. Wieso die Erstbeklagte schadenersatzrechtlich - und nur auf Schadenersatz gründet die Klägerin ihren Anspruch - dafür haften soll, dass der nicht von ihr gegründete Fonds nichtig ist, ist daher nicht nachvollziehbar. Die Revision enthält keine Ausführungen dazu, welches konkrete Verhalten der Erstbeklagten anlässlich der Fondsgründung einen der Klägerin entstandenen Schaden adäquat verursacht haben soll. Dass sich die Klägerin gegenüber der Erstbeklagten auch nicht im Weg der „Durchgriffshaftung“ auf ein allfälliges Fehlverhalten der Fondsgründerin berufen kann, wurde bereits ausgeführt.

Es bedarf daher weder einer Prüfung der Frage, ob - wie von der Klägerin behauptet - der tatsächliche Sitz der Hauptverwaltung des Fonds in Österreich lag noch der Frage, ob für den nach dem Recht der Cayman Islands gegründeten Fonds die Niederlassungsfreiheit kraft Assoziation der Überseeischen Länder und Hoheitsgebiete, also für die sogenannten assoziierten Überseegebiete (ÜLG), gilt.

6. Gewährleistung

Woraus die Klägerin, die in keinem Vertragsverhältnis zur Erstbeklagten steht, Gewährleistungsansprüche ableiten will, ist nicht ersichtlich und wird auch in der Revision nicht näher ausgeführt.

7. Beraterhaftung

Für die Bejahung einer Beraterhaftung der Erstbeklagten wäre Voraussetzung, dass die Erstbeklagte als Beraterin aufgetreten ist.

Die Klägerin erstattete dazu in erster Instanz (nur) das Sachvorbringen, sie sei in ihrer Filiale zu ihrer Investitionsentscheidung beraten worden. Das Erstgericht stellte jedoch fest, dass die Klägerin in der Filiale der Erstbeklagten nie über Primeo gesprochen hat. Sie erhielt lediglich ein Informationsblatt ausgehändigt. Das Aushändigen eines Informationsblattes - dessen Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit nicht feststeht - begründet keine Beraterhaftung der Erstbeklagten.

Das Anlageprodukt wurde dem Ehemann der Klägerin von einem Mitarbeiter der Investmentberaterin empfohlen. Abgesehen davon, dass nicht einmal in der Revision aufgezeigt wird, worin die konkrete Fehlberatung der Investmentberaterin gelegen sein soll, verweist die Klägerin auch in diesem Zusammenhang auf eine „Durchgriffshaftung“ der Erstbeklagten für das Fehlverhalten der Investmentberaterin, die aus den bereits dargelegten Gründen nicht besteht.

8. Zur Haftung des Zweit- bis Fünftbeklagten

8.1 Die Haftung der Fondsvorstände begründet die Klägerin mit auf im Prospekt abgegebenen „Haftungserklärungen“. Ferner sollen die Zweit- bis Fünftbeklagten für die Unrichtigkeit und Unvollständigkeit des Prospekts nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo haften.

8.2 Unabhängig davon, wie die in dem Prospekt enthaltene Erklärung der Vorstandsmitglieder des Fonds rechtlich aufzufassen ist, kommt eine Haftung der Genannten schon deshalb nicht in Betracht, weil aus den dargelegten Gründen die Angaben im Prospekt ausreichend vollständig und richtig waren.

Die Erklärung, die Zweit- bis Fünftbeklagten würden die Verantwortung für die im Prospekt enthaltenen Informationen übernehmen, die Informationen entsprächen nach bestem Gewissen und Glauben der Vorstandsmitglieder den Tatsachen, es sei nichts ausgelassen worden, dass eine Auswirkung auf die Bedeutung dieser Informationen haben könnte, kann somit eine Haftung der Vorstandsmitglieder schon deshalb nicht begründen, weil die im Prospekt enthaltenen Informationen den Tatsachen entsprachen.

8.3 Soweit sich die Klägerin in diesem Zusammenhang auf die - vom Zweit- bis Fünftbeklagten in der Berufung bekämpfte - „Feststellung“ des Erstgerichts bezieht, wonach die Zweit- bis Fünftbeklagten als Vorstände des Fonds an der Prospekterstellung beteiligt waren und sie die Erklärung im Prospekt trotz voller Kenntnis der tatsächlichen Funktionsaufteilung rund um den Fonds „gegen besseres Wissen“ abgegeben haben, handelt es sich in Wahrheit um die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts, das aus den von ihm sonst getroffenen Tatsachenfeststellungen den Schluss zog, dass der Prospekt die notwendigen Informationen nicht vollständig und richtig wiedergebe.

Diese rechtliche Schlussfolgerung des Erstgerichts ist falsch: Auch wenn man unterstellt, dass die Zweit- bis Fünftbeklagten voll über die Vorgänge um den Fonds und die Funktionsaufteilung informiert waren, so liegt im Zusammenhalt damit, dass der Prospekt diese wesentlichen Informationen ohnedies richtig wiedergibt, das in der Revision behauptete „vorsätzlich täuschende“ Verhalten der Zweit- bis Fünftbeklagten nicht vor.

9. Zusammengefasst folgt daraus, dass das Klagebegehren weder gegenüber der Erstbeklagten noch gegenüber den Zweit- bis Fünftbeklagten zu Recht besteht.

Der unberechtigten Revision ist daher ein Erfolg zu versagen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf §§ 41, 50 ZPODie Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf Paragraphen 41, 50, ZPO.

Textnummer

E106310

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2014:0030OB00108.13Y.0122.000

Im RIS seit

28.01.2014

Zuletzt aktualisiert am

08.06.2015

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at