

TE OGH 2013/8/28 6Ob190/12b

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 28.08.2013

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Pimmer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schramm und Dr. Gitschthaler, die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Grohmann sowie den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Nowotny als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei E***** A*****, vertreten durch B & S Böhmendorfer Schender Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei U***** AG, *****, vertreten durch DLA Piper Weiss-Tessbach Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen 5.260.209,24 EUR sA (Revisionsinteresse 2.710.659,88 EUR sA), über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 31. Mai 2012, GZ 2 R 98/12i-24, mit dem das Teil- und Zwischenurteil des Handelsgerichts Wien vom 14. März 2012, GZ 54 Cg 19/11i-20, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass die Entscheidung als

Teilurteil

nunmehr zu lauten hat:

„1. Das Klagebegehren, die Beklagte sei schuldig, der Klägerin binnen 14 Tagen Zug um Zug gegen Rückgabe

a) von 54.097,91 Stück Aktien des Primeo Select Euro Fund (ISIN: KYG7243U1085) 2.000.400,03 EUR samt Zinsen und

b) von 39.872,40 Stück Aktien des Primeo Select Fund-B-USD (ISIN: KYG7242V1077) 999.999,79 USD samt Zinsen,

ba) in eventu von 39.872,40 Stück Aktien des Primeo Select Fund-B-USD (ISIN: KYG7242V1077) den Gegenwert von 999.999,79 USD in der Währung Euro zum Valutastichtag 22. 1. 2004, sohin 797.067 EUR, samt Zinsen,

bb) in eventu von 39.872,40 Stück Aktien des Primeo Select Fund-B-USD (ISIN: KYG7242V1077) den Gegenwert von 999.999,79 USD in der Währung Euro zum Wechselkurs des Tages der Urteilsverkündung samt Zinsen,

bc) in eventu von 39.872,40 Stück Aktien des Primeo Select Fund-B-USD (ISIN: KYG7242V1077) den Gegenwert von 999.999,79 USD in der Währung Euro zum Wechselkurs des Tages der Klagseinbringung am 14. 10. 2010, sohin 710.229,85 EUR, samt Zinsen

binnen 14 Tagen zu bezahlen, wird abgewiesen.

2. Die Entscheidung über die weiteren Klagebegehren betreffend die Ankäufe von 64.516,13 Stück Primeo Select Fund-B-USD um einen Betrag von 1.500.000,02 USD, von 1.080,434 Stück Herald USA Segregated Portfolio One USD um einen Betrag von 1.300.194,48 USD und von 471,126 Anteilen Herald USA Segregated Portfolio One Euro um einen Betrag von 559.999,21 EUR bleibt der Endentscheidung vorbehalten.

3. Die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens erster Instanz bleibt der Endentscheidung vorbehalten.“

Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens wird der Endentscheidung vorbehalten.

Text

Entscheidungsgründe:

Die Beklagte ist Repräsentantin und Zahlstelle iSd § 25 Z 1 und 3 InvFG 1993 des Primeo FundDie Beklagte ist Repräsentantin und Zahlstelle iSd Paragraph 25, Ziffer eins und 3 InvFG 1993 des Primeo Fund.

Beim Primeo Fund handelt es sich um einen ausländischen Kapitalanlagefonds mit verschiedenen Serien beziehungsweise Subfonds, darunter auch den Primeo Select Fund, der in eine Euro- und eine USD-Anteilsklasse aufgeteilt ist. Die Anteilsscheine wurden in Form von Aktien ausgegeben. Emittentin war die nach dem Recht der Cayman Islands gegründete und dort situierte Fondsgesellschaft Primeo Funds Limited, die sich derzeit in Liquidation befindet. Im Jahr 2008 stellte sich heraus, dass unter anderem der Primeo Select Fund lediglich dazu gedient hatte, ein von Bernard L. Madoff aufgebautes betrügerisches „Schneeballsystem“ am Leben zu erhalten, indem neue Gelder für Renditezahlungen an frühere Anleger und zur persönlichen Bereicherung Bernard L. Madoffs und seines Netzwerks verwendet wurden. Bernard L. Madoff wurde zwischenzeitig in den Vereinigten Staaten von Amerika zu einer Haftstrafe in der Dauer von 150 Jahren verurteilt.

Die Klägerin bedient sich seit dem Jahr 2001 zur Verwaltung ihres Vermögens der F***** GbR mit Sitz in M*****. Diese ist eine von T***** H***** gegründete und geleitete Plattform, in der vier professionelle Vermögensverwalter mit unterschiedlichen Aufgabengebieten und zumindest drei weitere Angestellte mitarbeiten. Das Vermögen der Klägerin ist in diversen Asset-Klassen veranlagt, die von Immobilien über Unternehmensbeteiligungen bis hin zu Wertpapieren reichen. T***** H***** ist für den Bereich der liquiden Vermögen, worunter primär Wertpapiere zu verstehen sind, verantwortlich.

Die F***** trifft Investitionsentscheidungen grundsätzlich erst nach Durchführung eines langen Prüfungsprozesses, der mit der Durchsicht und Prüfung der über ein bestimmtes Produkt vorhandenen Dokumente, wie etwa Emissionsprospekte, Jahresberichte und Peer Group Vergleiche, beginnt. Nach diesem Prüfungsprozess fällt die F***** beziehungsweise deren Leiter T***** H***** die Entscheidung, ob eine Investition durchgeführt wird oder nicht.

Bereits Ende der 1990iger Jahre erhielt T***** H***** von Bankmanagern den Hinweis, er solle den Primeo Fund im Auge behalten. Deshalb behielten Mitarbeiter der F***** seit damals Primeo mit dem Hintergedanken, in dieses Produkt später einmal vielleicht investieren zu wollen, im Blickfeld.

Mit Schreiben vom 5. 12. 2000 teilte die Beklagte der Klägerin zu Handen ihres Vermögensverwalters mit, dass die Klägerin als professionelle Marktteilnehmerin behandelt werde und die Beklagte daher Abstand von Befragung und Beratung im Sinne des Wertpapieraufsichtsgesetzes nehme, jedoch zur Beratung bereit sei, wenn die Klägerin ungeachtet dessen im Einzelfall eine solche wünsche.

Im Sommer 2002 überlegte T***** H***** aufgrund des zu diesem Zeitpunkt schwierigen Börsenklimas eine Zeichnung des Produkts Primeo. Er wandte sich in diesem Zusammenhang an den für das Vermögen der Klägerin bei der Beklagten zuständigen Kundenbetreuer und ersuchte um Übermittlung von Unterlagen. Daraufhin übermittelten Mitarbeiter der Beklagten beziehungsweise der B***** AG, einer Tochtergesellschaft der Beklagten, im Juli 2002 Fact Sheets für den Primeo Select sowie einen Peer Group Vergleich.

Da die Mitarbeiter der Beklagten T***** H***** gegenüber aus seiner Sicht kein ausreichendes Entgegenkommen im Bereich der anfallenden Gebühren signalisierten, machte sich T***** H***** allerdings auf die Suche nach einer alternativen Möglichkeit, um Anteile am Primeo zeichnen zu können, und stieß so auf die V***** AG mit Sitz in ***** W***** (nunmehr: P***** AG Österreich). Deren Mitarbeiter übermittelten ihm auf sein Ersuchen Emissionsprospekte betreffend Primeo, darunter jedenfalls den Emissionsprospekt mit Stand September 2002. Dieser Prospekt lautete auszugsweise wie folgt:

„EINLEITUNG [...]

Abgesehen von jenen Personen, die in diesem Prospekt genannt werden, wurde niemand ermächtigt, andere Informationen oder Zusagen über den Fonds auszusprechen. Falls solche Informationen oder Zusagen ausgesprochen werden, darf man sich auf diese nicht verlassen [...]

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 Wissen 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 [...]

ZUSAMMENFASSUNG

Die nachstehende Zusammenfassung bezieht sich vollständig auf die genaueren Informationen, die an anderen Stellen des Emissionsprospekts aufscheinen.

Der Fonds Der Primeo Fund ist ein offener Investmentfonds für nicht-US Investoren, die einen Teil ihrer Vermögenswerte in einen Fonds investieren möchten, dessen Schwerpunkt auf der Erhaltung von Kapital durch Streuung der Investitionen liegt. Siehe 'Der Fonds'.

Anlageziel und Vorgangsweise Der Primeo Fund besteht aus zwei unterschiedlichen Serien: Primeo Global Fund und Primeo Select Fund. Weiters gibt es eine Anteilsklasse zum Primeo Select Fund: Primeo Select Euro Fund.

Anlageziel der Fonds (laut nachstehender Definition) ist ein langfristiger Kapitalzuwachs durch Streuung von Investitionen [...]

Das Anlageziel von Primeo Select Fund ist die Investition in liquide US Aktien und Indexoptionen mit dem Ziel eines langfristigen Kapitalzuwachses. Das Anlageziel des Primeo Select Euro Fund ist die Investition in Euro, die in US Dollar umgetauscht, abgesichert und in Primeo Select Fund Aktien investiert werden [...]

Investmentberater B***** Ltd (nachstehend „Berater“ genannt), ein Unternehmen nach British Virgin Islands Recht, fungiert als Investmentberater des Fonds. Der Berater ist für die Beratung bezüglich der Auswahl und Überprüfung der Manager und Investmentgesellschaften und der Unternehmen zuständig, denen die Vermögenswerte zugeteilt werden, sowie für jene sonstigen Verwaltungsaufgaben, die gemeinsam mit dem Fonds vereinbart werden. Der Berater fungiert als Berater für die Primeo Global Fund, Primeo Select Fund und Primeo Select Euro Fund Aktien und hat das Recht, einen oder mehrere Manager zu bestellen, die ihn bei der Beratung im Zusammenhang mit Veranlagungen, die in den Fondskategorien getätigt werden, unterstützen.

Die Wahl der Manager hängt von mehreren Kriterien ab, u.a. von deren Erfahrung und bisheriger Performance. Eine solche Auswahl von Managern hat das Ziel, das Risiko zu streuen und die entsprechende Volatilität zu verringern, wodurch das gefördert werden soll, was der Berater als potentiellen langfristigen Ertrag bezeichnet. [...]

Verwalter und Depotbank Verwaltungs- und Eintragungsdienste erbringen die Bank of Bermuda (Cayman) Limited als Verwalter, und die Bank of Bermuda (Luxembourg) S.A. als Depotbank [...]

DER FONDS

[...]

ANLAGEZIEL UND VORGANGSWEISEN

[...]

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. [...]

Für die 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 BA Worldwide Fund Management 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 Direktfonds (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.

Bei der Anteilsklasse des Select Fund, bei dem in Euro und nicht in US Dollar investiert wird, Primeo Select Euro Fund, tätigt jeder Anleger eine Investition in Euro, die umgehend in Dollar umgetauscht und in Aktien des Primeo Select Fund investiert werden. Weiters werden diese Veranlagungen in Euro vom Fonds abgesichert, um das Fremdwährungsrisiko so gering wie möglich zu halten (auch wenn nicht beabsichtigt ist, durch das Hedging das Fremdwährungsrisiko vollständig auszuschließen). Die Sicherungsgeschäfte werden periodisch zwischen dem Fonds und der Bank of Bermuda (Luxembourg) S.A. oder eines anderen, vom Fonds beauftragten Dienstleisters eingegangen. Die Kosten der Kurssicherungsverträge werden am Beginn den Aktionären der Anteilsklasse verrechnet, die in Euro investiert.

Beschränkungen der Veranlagungen

Der Berater kontrolliert das Grundportefeuille von Investmentgesellschaften und Managern, um sicherzustellen, daß keine Gruppe von Investmentgesellschaften oder Managern mehr als 20% der Gelder des Fonds bei einem einzelnen Emittenten investiert. Falls der Berater davon Kenntnis erlangt, daß mehr als 20 % der Gelder des Fonds in Aktien eines einzigen Emittenten investiert werden, inkl. einer Investmentgesellschaft, wird der Berater alle Anstrengungen unternehmen, um diese Veranlagung unter 20 % zu bringen, wobei - falls nötig - die in die Investmentgesellschaft investierte Summe bzw. jener Betrag, der einem oder mehreren Managern zur Veranlagung übergeben wurde, verringert wird; mit Ausnahme von jenen Fällen, in denen der Vorstand aufgrund einer guten Performance von Investmentgesellschaft oder Manager einen höheren Prozentsatz übergibt. Weiters überwacht der Berater das Grundportefeuille von Investmentgesellschaften und Managern, um sicherzustellen, daß der Fonds nicht mehr 20 % seiner Bruttovermögenswerte der Zahlungsfähigkeit eines einzigen Kontrahenten überläßt. Falls dieser Grenzwert überschritten wird, nimmt der Berater sofort entsprechende Korrekturen vor. Darüber hinaus übt der Fonds keine rechtliche oder managementmäßige Kontrolle über die einzelnen Veranlagungen aus. Der Verkauf einer Investition in Höhe von 50 % oder mehr des Portefeuille des Fonds bedingt die vorherige Zustimmung der Aktionäre. Der Fonds befolgt bei seiner Verwendung von nachgeordneten Papieren das allgemeine Prinzip der Diversifizierung.

Es kann allerdings keine Zusicherung gemacht werden, daß die Anlageziele des Fonds erreicht werden können, und die Ergebnisse können im Laufe der Zeit starken Schwankungen unterworfen sein.

Der Fonds unternimmt keine Veranlagungen, die den direkten Verkauf von Wertpapieren eines Emittenten involvieren, die nicht Wertpapiere des Fonds sind.

RISIKOFAKTOREN UND BESONDERE ÜBERLEGUNGEN

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 Interessenskonflikte

Die Mehrzahl der Vorstandsmitglieder ist derzeit bei der B***** AG beschäftigt, die größter Einzelaktionär des Beraters ist [...]

VERWALTUNG DES FONDS

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 Berater ist dafür zuständig, dem Vorstand eine generelle Strategie bezüglich Auswahl und Kontrolle der Manager und Investmentgesellschaft beziehungsweise Aufteilung der Gelder unter diesen Managern und Investmentgesellschaften zu empfehlen. Weiters entfallen auf ihn jene Verwaltungsangelegenheiten, die mit dem Fonds vereinbart werden [...]

Investmentberatervertrag

Gemäß Beratervertrag erbringt der Berater Investmentberatungsleistungen, trifft Verwaltungsentscheidungen 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 [...]

FONDSVERWALTER UND DEPOTBANK

Fondsverwalter und Depotbank

Der Fonds hat die Bank of Bermuda (Cayman) Limited, P.O. Box 513 G.T., 3rd Fl., British American Tower, Dr. Roy's Drive, George Town, Grand Cayman Islands, B.W.I. als Verwalter für den Fonds verpflichtet (nachstehend Fondsverwalter genannt); sowie die Bank of Bermuda (Luxembourg) S.A. 13, rue Goethe, P.O. Box 413 L-2014 Luxembourg, als Depotbank (nachstehend Depotbank) [...]

Gemäß Depotbankvertrag vom 19. Dezember 1996, stimmt die Depotbank zu, in Übereinstimmung mit der Satzung und den Bedingungen des genannten Vertrages 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 [...]

BERICHTE

[...]

Ein Jahresbericht und geprüfte Bilanzen des Fonds werden den Anlegern und der irischen Börse innerhalb eines Zeitraums von 120 Tagen oder so bald wie möglich nach dem Ende jedes Steuerjahres zugesandt, auf jeden Fall allerdings innerhalb von sechs Monaten ab Ende des Steuerjahrs. Auf vierteljährlicher Basis ergeht ein Bericht an die Aktionäre, in dem Auskunft über die Entwicklung des Portefeuilles während des vorangegangenen Quartals gegeben wird. Ein ungeprüfter halbjährlicher Interimsbericht wird den Aktionären innerhalb von 60 Tagen ab dem Zeitraum, auf den er sich bezieht, vorgelegt.“

Zusätzlich zum Emissionsprospekt Stand September 2002 hatte T***** H***** vor dem ersten Ankauf des Primeo mit Auftrag vom 17. 10. 2002 jedenfalls auch noch einen von V***** im Juli 2002 übermittelten ungeprüften Halbjahresbericht des Primeo für den Zeitraum bis 30. 6. 2001 zur Verfügung.

T***** H***** las die ihm zur Verfügung gestellten Unterlagen vor der ersten Ankaufsentscheidung genau durch. Insbesondere der von der Beklagten als Prospektkontrollorin geprüfte Emissionsprospekt Stand September 2002 bildete eine wesentliche Grundlage für die später getätigten Investitionen der Klägerin in Primeo.

Mit Schreiben vom 5. 9. 2002 teilte die Klägerin der Beklagten mit, sie habe die V***** ermächtigt, für ein näher genanntes Wertpapierdepot Geschäfte und Transaktionen zu beauftragen. Am 17. 10. 2002 zeichnete die Klägerin, vertreten durch die V*****, Anteile am Primeo Select (US-Dollar) im Wert von 1,5 Millionen US-D. Mit Kassadatum 4. 11. 2002 erhielt die Klägerin 64.516,13 Stück Primeo Select Fund-B-USD gegen Zahlung von 1.500.000,02 US-D auf ihr Wertpapierdepot bei der Beklagten eingeliefert.

Beim Studium des Emissionsprospekts kam T***** H***** zum Schluss, dass es sich bei Primeo um ein Produkt aus der „Wertpapierküche“ der Beklagten handelte und die gemäß Prospekt für die Managerauswahl und das Controlling der Manager verantwortliche B***** Ltd (kurz: B*****) eine Tochter der Beklagten war. T***** H***** fiel bei Durchlesen des Emissionsprospekts weiters auf, dass als Depotbank die Bank of Bermuda (Luxembourg) genannt war, was er aufgrund deren Sitzes in Luxemburg positiv wertete. Er entnahm dem Prospekt auch, dass ein Managed Account eröffnet werden kann. Dies sah T***** H***** nicht als problematisch an. Er wusste vor der ersten Ankaufsentscheidung nicht, dass Bernard L. Madoff beziehungsweise dessen Firma Bernard L. Madoff Investment Securities Ing. (kurz: BLMIS) als Manager des Primeo agierte. Es steht nicht fest, zu welchem Zeitpunkt T***** H***** davon erfuhr, dass Bernard L. Madoff beziehungsweise BLMIS als Manager für Primeo handelten. T***** H***** fragte bei der Beklagten zu keinem Zeitpunkt nach, wer tatsächlich als Manager bei Primeo agierte. Hätte er gewusst, dass Bernard L. Madoff beziehungsweise BLMIS als Manager für Primeo agierten, so hätte er Primeo dennoch gekauft. Nach seiner Erfahrung war es nämlich so, dass bei einem Fonds im Regelfall nur ein Manager tätig ist, damit sich die Manager untereinander nicht in die Quere kommen. Hätte T***** H***** also gewusst, dass es bei Primeo nur einen Manager gab, so hätte er das Produkt dennoch gekauft. T***** H***** war allerdings bei keinem der insgesamt drei Käufe von Primeo bekannt, dass der Manager von Primeo zugleich als dessen Sub-Depotbank tätig war. Hätte T***** H***** von dieser Doppelrolle Kenntnis gehabt, so hätte er das Produkt Primeo nicht erworben.

Nach dem ersten Ankauf im Oktober 2002 verfolgte T***** H***** die Entwicklung des Primeo genau. Er erhielt ab Oktober 2002 laufend Halbjahresberichte und Jahresberichte betreffend Primeo zugeschickt, die er auch regelmäßig las. Von V***** erhielt er ab Oktober 2002 regelmäßig aktuelle Emissionsprospekte betreffend Primeo, die er auch durchlas. Er prüfte bei diesen aktualisierten Emissionsprospekten allerdings in erster Linie, ob ihm wichtige Veränderungen zu den davor liegenden Emissionsprospekten auffielen, und achtete nicht so sehr auf Details. Zwischen dem Emissionsprospekt Stand September 2002 und jenem Stand Dezember 2003 konnte T***** H***** keine wesentlichen Unterschiede feststellen. Der Emissionsprospekt Stand Dezember 2003 war Grundlage für den zweiten Ankauf von Primeo durch die Klägerin im Dezember 2003.

Mit E-Mail vom 19. 5. 2003 teilte Dr. U***** R*****, die als „Präsident“ von Primeo fungierte und der eine Anfrage des T***** H***** an die Beklagte von einem Mitarbeiter der Beklagten weitergeleitet worden war, T***** H***** auszugsweise Folgendes mit:

„Primeo Select Fund verfolgt zwar eine markt-neutrale Strategie, doch 'markt-neutral' bedeutet, dass die Quellen der Erträge nicht nur in den positiven Bewegungen des Marktes liegen (wie bei traditionellen Investments) - völlige Unabhängigkeit vom Markt kann hingegen niemand erreichen [...]. Das Portfolio des Fonds besteht üblicherweise aus ca 50 Aktien (blue chips aus S&P 500 - ausschließlich LONG!) und Indexoptionen (long put und short covered call - alle auf S&P 100, alle leicht aus dem Geld). Die Erträge werden hauptsächlich mit den long Positionen in Aktien erreicht, die Optionen dienen nur der Absicherung [...]

Wir erhalten genaue Informationen (transaction tickets) für sämtliche Bewegungen im Portfolio des Fonds - alle Kurse werden sowohl von der Depotbank als auch von und in B***** genau geprüft, und es gab noch nie Abweichungen oder nicht autorisierte Trades [...]

Mit Zeichnungsvertrag vom 17. 12. 2003 zeichnete die Klägerin, neuerlich vertreten durch V*****, weitere Anteile am Primeo Select Fund-B-USD im Wert von 1 Mio USD. Mit Kassadatum 2. 1. 2004 (Auftrag vom 22. 1. 2004) wurden auf dem Wertpapierkonto der Klägerin 39.872,40 Stück Primeo Select Fund-B-USD zum Kurswert von 999.999,79 USD eingeliefert.

Im Jänner 2004 wandte sich T***** H***** neuerlich an seinen Kundenbetreuer bei der Beklagten, E***** S*****, und teilte diesem mit, dass die „Transparenz des Anlagevehikels“ aus seiner Sicht unbefriedigend sei. Weiters lautete die Anfrage auszugsweise wie folgt:

„Verfügt zumindest das B***** der B***** Group über ein zeitnahes 'Primeo Fund Monitoring- und Controlling', um u.a. Risikokennziffern berechnen sowie auch Value at Risk Aussagen treffen und schließlich Transaktionen hinterfragen zu können?

In welchem Umfang erfolgen regelmäßige Bestandsüberprüfungen und in welcher Hinsicht können die zweifelhaften Praktiken ausgeschlossen werden, die in letzter Zeit bei zum Teil sehr renommierten Fonds- und Investment-Gesellschaften an der Wall Street aufgedeckt und zu Recht verurteilt beziehungsweise diskutiert worden sind?“

Die von E***** S***** um eine Beantwortung dieser Anfrage ersuchte Dr. U***** R***** teilte in Beantwortung dieser Anfrage mit, dass Primeo Select auf einem Managed Account basiere und somit volle Transparenz habe. Weiters lautete ihre Antwort auszugsweise wie folgt:

„Das heißt, dass wir jede Bewegung auf diesem Konto, jeden Kauf und Verkauf, jeden Preis und jede Position kennen [...] Ansonsten müssen (und auch können) sich die Investoren darauf verlassen, dass wir das Controlling durchführen. B***** verfügt über sämtliche Daten, obwohl nicht zeitgleich [...]

Unser Manager (Brokerfirma) ist in keine zweifelhaften Praktiken verwickelt, wird regelmäßig von Wirtschaftsprüfern kontrolliert und hat einen ausgezeichneten Ruf in der Branche. Er unterliegt auch der vollen Kontrolle von den zuständigen US-Behörden (SEC etc.)“

T***** H***** antwortete darauf, dass er „definitiv kein Misstrauen“ hege und auch keine gleichtägige Kenntnis der Fondspositionen haben wolle, es aber hilfreich wäre, wenn auf dem Fact Sheet mehr Kennzahlen und andere Angaben beziehungsweise Hinweise zum value at risk stünden.

Der geprüfte Jahresbericht zum Primeo Fund „für die Jahre bis 31. Dezember 2005 und 2004“ vom Mai 2006 lautete auszugsweise wie folgt:

„14 Getrennt geführtes Konto

Der Investment-Adviser investiert bestimmte Vermögenswerte des Select via eines getrennt geführten Kontos. Dieses getrennt geführte Konto wird durch eine Brokergesellschaft geführt. Die Depotbank hat diese Depotgesellschaft als Sub-Custodian ausgewählt um das signifikante Vermögen des Select beizubehalten.“

Mit Valutadatum 22. 2. 2008 kaufte die Klägerin über die D***** AG (Zweigniederlassung Österreich) 54.097,91 Stück Primeo Select EUR Fund um einen Gesamtbetrag (einschließlich Spesen) von 2.000.400,03 EUR. Vor dieser Ankaufsentscheidung erhielt T***** H***** wiederum aktualisierte Versionen der Emissionsprospekte sowie

Halbjahres- und Jahresberichte zugemittelt.

Die Klägerin hält die von ihr gekauften Anteile am Primeo nach wie vor.

Der Emissionsprospekt Stand April 2007 lag der Ankaufsentscheidung im Februar 2008 zugrunde. Als wesentlicher Unterschied zu den vorangegangenen Emissionsprospekten fiel T***** H***** bei Durchlesen dieses Emissionsprospekts auf, dass ein Wechsel in der Person des Anlageberaters stattgefunden hatte. Der Wechsel von B***** auf P***** war für T***** H***** positiv, weil er aufgrund der von ihm eingeholten Erkundigungen über P***** zum Schluss gelangt war, dass P***** über große Erfahrungen im Bereich Hedge Fonds verfügte. Der Emissionsprospekt Stand April 2007 lautete auszugsweise wie folgt:

„Die Depotbank kann Sub-Depotbanken, Agents oder Bevollmächtigte („Korrespondenten“) für die Hinterlegung des Fondsvermögens ernennen. Die Depotbank bleibt für die Handlungen und Unterlassungen der Mehrheit ihrer Korrespondenten verantwortlich, haftet jedoch nicht für Verluste, die sich direkt oder indirekt aus den Handlungen oder Unterlassungen ihrer Korrespondenten auf bestimmten Emerging Markets ergeben, sofern die Depotbank mit angemessenem Können, mit Umsicht und Sorgfalt in der Auswahl eines geeigneten Korrespondenten vorgeht. Außerdem haftet die Depotbank nicht für Verluste durch Auflösung, Konkurs oder Insolvenz ihrer Korrespondenten in einzelnen Märkten. Die Depotbank haftet gegenüber dem Fonds während der Dauer möglicher Sub-Depotbankverträge, und sie muss sich von der fortwährenden Eignung des Korrespondenten überzeugen, dem Fonds Depotbankdienste zu erbringen. Die Depotbank sorgt außerdem für ein adäquates Maß an Überwachung der Korrespondenten und wird in regelmäßigen Abständen entsprechende Anfragen an sie richten, um sich bestätigen zu lassen, dass die Pflichten der Korrespondenten weiterhin umfassend erfüllt werden.“

Der frühestens im September 2007 erschienene und T***** H***** auch zugegangene ungeprüfte Halbjahresbericht für den Zeitraum bis 30. 6. 2007 betreffend Primeo Fund lautete auszugsweise wie folgt:

„15 Getrennt geführtes Konto

Der Investment-Advisor investiert bestimmte Vermögenswerte des Select via eines getrennt geführten Kontos. Dieses getrennt geführte Konto wird durch eine Brokergesellschaft geführt. Die Depotbank hat diese Depotgesellschaft als Sub-Custodian ausgewählt um das signifikante Vermögen des Select beizubehalten.“

Die Beklagte war im gesamten hier relevanten Zeitraum als Prospektkontrollorin für Primeo tätig. Die Prüfvermerke gemäß § 26 InvFG unterfertigten betreffend die Prospekte mit Stand September 2002, Dezember 2003, Februar 2004, November 2005 und Juli 2006 jeweils Mag. A***** S*****, der Leiter der Wertpapierabteilung bei der Beklagten, und seine engste Mitarbeiterin im Bereich der Prospektprüfung U***** S*****. Die Prospekte Stand Dezember 2004, Februar 2005 und Juni 2005 tragen von Dr. W***** K***** und N. H***** unterfertigte Prüfvermerke. Die Beklagte war im gesamten hier relevanten Zeitraum als Prospektkontrollorin für Primeo tätig. Die Prüfvermerke gemäß Paragraph 26, InvFG unterfertigten betreffend die Prospekte mit Stand September 2002, Dezember 2003, Februar 2004, November 2005 und Juli 2006 jeweils Mag. A***** S*****, der Leiter der Wertpapierabteilung bei der Beklagten, und seine engste Mitarbeiterin im Bereich der Prospektprüfung U***** S*****. Die Prospekte Stand Dezember 2004, Februar 2005 und Juni 2005 tragen von Dr. W***** K***** und N. H***** unterfertigte Prüfvermerke.

Die Klägerin ist österreichische Staatsangehörige mit Lebensmittelpunkt in Österreich.

Zum Zeitpunkt der Prüfung der Emissionsprospekte Stand Dezember 2003 und April 2007, die dem zweiten beziehungsweise dritten Ankauf von Primeo durch die Klägerin zu Grunde lagen, war der Beklagten bekannt, dass Bernard L. Madoff beziehungsweise die BLMIS sowohl als Manager des Primeo als auch als Sub-Custodian des Primeo fungierten. Zum Zeitpunkt der Prüfung des Prospekts Stand September 2002, das dem ersten Investment der Klägerin in Primeo zu Grunde lag, war der Beklagten jedenfalls bekannt, dass Bernard L. Madoff beziehungsweise die BLMIS als Manager des Primeo fungierten und als solcher ein Managed Account führten.

Im die B***** betreffenden Konzernrevisionsbericht der Beklagten vom 29. 8. 2001 wird die Rolle von Bernard L. Madoff beziehungsweise BLMIS als Sub-Depotbank nicht angesprochen. Der Revisionsbericht lautete im Übrigen auszugsweise wie folgt:

„Da die B***** als Investmentberater für die Auswahl der Veranlagungen beziehungsweise der Manager verantwortlich ist, stellt die fehlende schriftliche Vereinbarung mit dem Manager Madoff Securities International ein

Risiko dar. Sollte es aufgrund der Marktstellung des Partners weiterhin nicht möglich sein, eine schriftliche Verpflichtungserklärung zu erhalten, so ist eine zeitnähere Prüfung der Einzeltransaktionen erforderlich [...]

Als Depotbank wurde die Bank of Bermuda (Luxembourg) S.A. ernannt. [...] Die tatsächliche Veranlagung erfolgt ausschließlich in amerikanische Wertpapiere auf Managed Accounts bei der Madoff Investments Securities Ltd. (New York) [...]

Über die Beauftragung des tatsächlich operativ agierenden Managers gibt es keinen schriftlichen Vertrag mit der B*****. Zwischen der Depotbank Bank of Bermuda und dem Manager existiert lediglich ein Antrag auf Eröffnung eines Managed Accounts.

Aus Haftungsgründen sollte nochmals versucht werden, vom Manager des Managed Accounts eine schriftliche Unterlage zu erhalten, wonach sich dieser verpflichtet, die Fondsbestimmungen einzuhalten.“

Der am 19. 12. 1996 zwischen Primeo Fund Ltd und der Bank of Bermuda (Luxembourg) S.A. abgeschlossene Verwahrungsvertrag enthält eine Vereinbarung über die Ernennung der Bank of Bermuda (Luxembourg) S.A. zur Depotbank und lautete im Übrigen auszugsweise wie folgt:

„6. ERHALT VON WERTPAPIEREN [...]

(B) Bei Erhalt von ordnungsgemäß erteilten Anweisungen hat die Depotbank bei Brokern oder anderen Intermediären auf eigenen Namen für die Gesellschaft oder auf den Namen der Gesellschaft Depots zu eröffnen und darf diejenigen Vorkehrungen in Hinblick auf Dispositionsbefugnisse und andere Berechtigungen in Bezug auf diese(s) Depot(s) treffen, die ihr ratsam erscheinen. Die Depotbank ist nicht verantwortlich für die sichere Verwahrung von Wertpapieren oder Barmitteln, die in (einem) solchen Depot(s) hinterlegt oder verwahrt werden und haftet nicht für Verluste aus der Liquidation, dem Konkurs oder der Insolvenz dieser Broker oder anderer Intermediäre [...]

16. DIE DEPOTBANK BETREFFEND [...]

(B) Zur Ausübung ihrer sich aus diesem Vertrag ergebenden Pflichten ist es der Depotbank gestattet, in dem Ausmaß bevollmächtigte Vertreter, Drittverwahrer und Repräsentanten zu ernennen, in dem ihr dies angemessen erscheint, um ihre Pflichten und Dispositionsbefugnisse teilweise oder zur Gänze zu erfüllen und wahrzunehmen [...] Die Depotbank hat bei der Ernennung von geeigneten Drittverwahrern mit angemessener Sorgfalt vorzugehen und hat für die Dauer der Drittverwahrungsverträge von der anhaltenden Eignung der Drittverwahrer zur Erbringung von Verwahrungsdienstleistungen für die Gesellschaft überzeugt zu sein. Die Depotbank wird vom jeweiligen Drittverwahrer fordern, die wirksamsten, im Rahmen der für den Drittverwahrer geltenden Gesetze und Geschäftspraktiken verfügbaren Sicherheitsvorkehrungen zu implementieren, um den bestmöglichen Schutz des Vermögens der Gesellschaft zu gewährleisten [...]

(E) Sofern kein Fall von Fahrlässigkeit oder vorsätzlicher Pflichtverletzung durch die Depotbank oder einen [...] Drittverwahrer vorliegt, haftet die Depotbank der Gesellschaft oder jeglichen Anteilsinhabern der Gesellschaft gegenüber nicht für allfällige Handlungen oder Unterlassungen im Zuge oder in Verbindung mit den von ihr vertragsgemäß erbrachten Dienstleistungen oder für allfälligen Verlust oder Schaden, der der Gesellschaft infolge oder im Laufe der Durchführung ihrer vertragsgemäßen oder sich aus diesem Vertrag ergebenden Verpflichtungen entsteht.“

Hätte die Klägerin nicht in Primeo investiert, so hätte sie in andere marktneutrale Fonds, die eine absolute return Strategie verfolgen, investiert. T***** H***** legte Wert auf Fonds, die Marktvolatilitäten ausgleichen und Schwankungen eingrenzen konnten.

Die Klägerin begehrt (mittels Haupt- und insgesamt drei Eventualbegehren) unter anderem (soweit dies für das Revisionsverfahren maßgeblich ist) die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung von 2.000.400,03 EUR und von 999.999,79 USD gegen Rückgabe von 54.097,91 Stück Aktien des Primeo Select Euro Fund und von 39.872,40 Stück Aktien des Primeo Select Fund-B-USD. Dabei handelt es sich um die zweite und die dritte Veranlagung. In den Emissionsprospekten sei nicht offen gelegt worden, dass sämtliche Anlegergelder in die alleinige Verfügungsmacht der BLMIS flossen, die keiner effektiven Kontrolle durch die Depotbank unterlegen sei. Die Beklagte sei in Kenntnis der wahren Sachlage gewesen und habe ihre Pflichten als Prospektkontrollor grob schuldhaft verletzt. Die Klägerin hätte in Kenntnis der wahren Fondsstruktur die nunmehr wertlosen Wertpapiere nicht erworben.

Die Beklagte wendete dem gegenüber ein, die Emissionsprospekte hätten den gesetzlichen Anforderungen entsprochen. Die Depotbank habe BLMIS als Sub-Custodian eingesetzt und hafte deshalb für die Veruntreuungen. Die Beklagte habe hingegen ihre Verpflichtungen als Prospektkontrollor jedenfalls ordnungsgemäß erfüllt.

Die Vorinstanzen erklärten mit Teil- und Zwischenurteil das Begehren auf Zahlung von 2.000.400,03 EUR und des Gegenwerts von 999.999,79 USD in der Währung Euro zum Wechselkurs des Tages der Klagseinbringung, also von 710.229,85 EUR, als dem Grunde nach zu Recht bestehend. Das Berufungsgericht sprach weiters aus, dass die ordentliche Revision zulässig ist; es fehle Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage, ob die Beklagte ihre in § 26 Abs 2 InvFG 1993 verankerten Pflichten als Prospektkontrollor in Bezug auf den Primeo Select Fund erfüllt hat. Die Vorinstanzen erklärten mit Teil- und Zwischenurteil das Begehren auf Zahlung von 2.000.400,03 EUR und des Gegenwerts von 999.999,79 USD in der Währung Euro zum Wechselkurs des Tages der Klagseinbringung, also von 710.229,85 EUR, als dem Grunde nach zu Recht bestehend. Das Berufungsgericht sprach weiters aus, dass die ordentliche Revision zulässig ist; es fehle Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage, ob die Beklagte ihre in Paragraph 26, Absatz 2, InvFG 1993 verankerten Pflichten als Prospektkontrollor in Bezug auf den Primeo Select Fund erfüllt hat.

In der Sache selbst vertrat das Berufungsgericht die Auffassung, durch §§ 23, 25 InvFG 1993 sei das im österreichischen und auch im Gemeinschaftsrecht vorgesehene Trennungsprinzip, also die Trennung von Verwaltung und Verwahrung, auch für ausländische Kapitalanlagefonds verankert. Allerdings seien die das Vermögen des Primeo Select Fund bildenden Anlegergelder auf einen Managed Account geflossen, der in der alleinigen Verfügungsgewalt der BLMIS von Bernard L. Madoff stand, sodass der Fonds tatsächlich über keine dem § 25 InvFG 1993 entsprechende Depotbank verfügt habe; dies sei der Beklagten auch bekannt gewesen. Die Beklagte habe als Prospektkontrollor den Prüfvermerk gesetzt, obwohl die Emissionsprospekte die rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse nicht richtig wiedergaben. Letzteres sei ganz offenkundig gewesen, weshalb die Beklagte grob fahrlässig gehandelt habe. Die Verletzung des Trennungsgrundsatzes sei zwar auch aus dem Prospekt erkennbar gewesen; dies könne aber lediglich ein - tatsächlich nicht eingewendetes - Mitverschulden der Klägerin bedeuten. In der Sache selbst vertrat das Berufungsgericht die Auffassung, durch Paragraphen 23, 25, InvFG 1993 sei das im österreichischen und auch im Gemeinschaftsrecht vorgesehene Trennungsprinzip, also die Trennung von Verwaltung und Verwahrung, auch für ausländische Kapitalanlagefonds verankert. Allerdings seien die das Vermögen des Primeo Select Fund bildenden Anlegergelder auf einen Managed Account geflossen, der in der alleinigen Verfügungsgewalt der BLMIS von Bernard L. Madoff stand, sodass der Fonds tatsächlich über keine dem Paragraph 25, InvFG 1993 entsprechende Depotbank verfügt habe; dies sei der Beklagten auch bekannt gewesen. Die Beklagte habe als Prospektkontrollor den Prüfvermerk gesetzt, obwohl die Emissionsprospekte die rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse nicht richtig wiedergaben. Letzteres sei ganz offenkundig gewesen, weshalb die Beklagte grob fahrlässig gehandelt habe. Die Verletzung des Trennungsgrundsatzes sei zwar auch aus dem Prospekt erkennbar gewesen; dies könne aber lediglich ein - tatsächlich nicht eingewendetes - Mitverschulden der Klägerin bedeuten.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist zulässig; sie ist auch berechtigt.

1. Die Klägerin stützt ihre Ansprüche auf eine grob schuldhaft Verletzung der der Beklagten obliegenden Prospektkontrollpflichten, die diese als Repräsentantin gemäß § 25 Z 1 und 3 InvFG 1993 des Investmentfonds Primeo Fund beziehungsweise dessen Subfonds Primeo Select Fund trafen. 1. Die Klägerin stützt ihre Ansprüche auf eine grob schuldhaft Verletzung der der Beklagten obliegenden Prospektkontrollpflichten, die diese als Repräsentantin gemäß Paragraph 25, Ziffer eins und 3 InvFG 1993 des Investmentfonds Primeo Fund beziehungsweise dessen Subfonds Primeo Select Fund trafen.

1.1. Der Oberste Gerichtshof hat dazu bereits grundsätzlich festgehalten (10 Ob 69/11m ÖBA 2012/1841), dass das Investmentfondsgesetz 1993 für ausländische Kapitalanlagefonds eine eigenständige Prospektspflicht und Prospektkontrolle kennt. Eine der wichtigsten Pflichten des Repräsentanten liegt dabei in der Kontrolle des Emissionsprospekts. § 26 Abs 2 InvFG 1993 normiert, dass (im Gegensatz zu inländischen Kapitalanlagefonds) der Prospekt des ausländischen Kapitalanlagefonds der Kontrolle durch einen unabhängigen Prospektkontrollor unterliegt. Der Prospekt ist vom Repräsentanten als Prospektkontrollor auf seine Richtigkeit und Vollständigkeit zu kontrollieren, wobei hinsichtlich der Erstellung, Änderung, Kontrolle und Verantwortung für den Inhalt des Prospekts

auch für den Prospektkontrollor die Vorschriften des Kapitalmarktgesetzes sinngemäß gelten (vgl §§ 6, 8 und insbesondere § 11 KMG). Der Prospektkontrollor hat gemäß § 8 KMG demnach die Richtigkeit und Vollständigkeit des Prospekts mit Angabe von Ort und Tag unter Beifügung „als Prospektkontrollor“ zu unterfertigen (Prüfvermerk). Die Unterfertigung begründet die unwiderlegbare Vermutung, der Unterfertigende habe den Prospekt kontrolliert. Seine Haftung ist allerdings auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt.^{1.1.} Der Oberste Gerichtshof hat dazu bereits grundsätzlich festgehalten (10 Ob 69/11m ÖBA 2012 aus 1841.), dass das Investmentfondsgesetz 1993 für ausländische Kapitalanlagefonds eine eigenständige Prospektpflicht und Prospektkontrolle kennt. Eine der wichtigsten Pflichten des Repräsentanten liegt dabei in der Kontrolle des Emissionsprospekts. Paragraph 26, Absatz 2, InvFG 1993 normiert, dass (im Gegensatz zu inländischen Kapitalanlagefonds) der Prospekt des ausländischen Kapitalanlagefonds der Kontrolle durch einen unabhängigen Prospektkontrollor unterliegt. Der Prospekt ist vom Repräsentanten als Prospektkontrollor auf seine Richtigkeit und Vollständigkeit zu kontrollieren, wobei hinsichtlich der Erstellung, Änderung, Kontrolle und Verantwortung für den Inhalt des Prospekts auch für den Prospektkontrollor die Vorschriften des Kapitalmarktgesetzes sinngemäß gelten (vergleiche Paragraphen 6, 8 und insbesondere Paragraph 11, KMG). Der Prospektkontrollor hat gemäß Paragraph 8, KMG demnach die Richtigkeit und Vollständigkeit des Prospekts mit Angabe von Ort und Tag unter Beifügung „als Prospektkontrollor“ zu unterfertigen (Prüfvermerk). Die Unterfertigung begründet die unwiderlegbare Vermutung, der Unterfertigende habe den Prospekt kontrolliert. Seine Haftung ist allerdings auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt.

1.2. Weiters hat der Oberste Gerichtshof klargestellt, dass der Prospektkontrollor grundsätzlich nicht für die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Prospekts haftet, sondern lediglich für erfolgte unrichtige oder unvollständige Kontrollen, sofern sie auf eigenem groben Verschulden beziehungsweise grobem Verschulden seiner Leute oder sonstiger Personen beruhen, die zur Prospektkontrolle herangezogen wurden (10 Ob 69/11m; 5 Ob 233/11t ÖBA 2012/1842).^{1.2.} Weiters hat der Oberste Gerichtshof klargestellt, dass der Prospektkontrollor grundsätzlich nicht für die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Prospekts haftet, sondern lediglich für erfolgte unrichtige oder unvollständige Kontrollen, sofern sie auf eigenem groben Verschulden beziehungsweise grobem Verschulden seiner Leute oder sonstiger Personen beruhen, die zur Prospektkontrolle herangezogen wurden (10 Ob 69/11m; 5 Ob 233/11t ÖBA 2012 aus 1842.).

2.1. In der Entscheidung 5 Ob 233/11m wurde zu den auch hier maßgeblichen Emissionsprospekten (konkret: Stand Mai 2001; vgl OLG Wien 4 R 18/11p) ausgeführt, die Behauptung der „Unrichtigkeit des Prospekts mit der Begründung, es hätten dort Informationen dahin gefehlt, dass es infolge des Bestehens eines managed account an einer (ausreichenden) Trennung zwischen Depotbank und Fondsmanagement gefehlt habe, [setze] sich - unzulässig - über die insoweit einschlägigen und wesentlichen Passagen des Prospekts hinweg, in welchem gerade 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 wird“.^{2.1.} In der Entscheidung 5 Ob 233/11m wurde zu den auch hier maßgeblichen Emissionsprospekten (konkret: Stand Mai 2001; vergleiche OLG Wien 4 R 18/11p) ausgeführt, die Behauptung der „Unrichtigkeit des Prospekts mit der Begründung, es hätten dort Informationen dahin gefehlt, dass es infolge des Bestehens eines managed account an einer (ausreichenden) Trennung zwischen Depotbank und Fondsmanagement gefehlt habe, [setze] sich - unzulässig - über die insoweit einschlägigen und wesentlichen Passagen des Prospekts hinweg, in welchem gerade 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 wird“.

Diesen Umstand hat im Übrigen auch das Berufungsgericht erkannt, wenn es meinte, „die Prospektbestimmungen [zeigten] unmissverständlich, dass diese Institution [die Depotbank] die in § 25 Z 2 InvFG 1993 zwingend vorgeschriebene Verwahrungsfunktion („Depotfunktion“) für den Primeo Select Fund nicht ausübt“. Diesen Umstand hat im Übrigen auch das Berufungsgericht erkannt, wenn es meinte, „die Prospektbestimmungen [zeigten] unmissverständlich, dass diese Institution [die Depotbank] die in Paragraph 25, Ziffer 2, InvFG 1993 zwingend vorgeschriebene Verwahrungsfunktion („Depotfunktion“) für den Primeo Select Fund nicht ausübt“.

2.2. Der erkennende Senat sieht keine Veranlassung, im vorliegenden Fall von der vom 5. Senat vertretenen Auffassung abzugehen:

Die Klägerin weist (in ihrer Revisionsbeantwortung) in diesem Zusammenhang auf das (angebliche) Fehlen einer effektiven Kontrolle hin. „Anstelle des suggerierten Bildes von einem Fonds, bei dem die Veranlagung unter der

Verantwortung oder zumindest effektiven Kontrolle durch die Beklagte erfolgt, [seien] die Mittel unter Ausschaltung jeglicher effektiven Kontrolle an einen dritten Verwalter [Bernard L. Madoff beziehungsweise BLMIS] weitergeleitet und damit ein eklatantes Risiko der Veruntreuung durch diesen Verwalter sowie ein veritables Klumpenrisiko verwirklicht [worden], das sich dann auch mit dem Zusammenbruch des Systems Madoff realisiert“ habe. Tatsächlich war - nach den Feststellungen der Vorinstanzen - der Beklagten (jedenfalls) beim Erwerb jener Anteile am Primeo Select Fund durch die Klägerin, die den Gegenstand des Revisionsverfahrens bilden, auch bekannt, dass Bernard L. Madoff beziehungsweise die BLMIS sowohl als Manager des Fonds als auch als Sub-Custodian (Sub-Depotbank) tätig waren, wobei T***** H***** in Kenntnis dieser Doppelrolle vom Erwerb der Anteile Abstand genommen hätte.

Allerdings enthalten die hier maßgeblichen Emissionsprospekte (Stand Dezember 2003 und April 2007) im Kapitel „Risikofaktoren und besondere Überlegungen“ folgende Ausführungen: „Managed Account - Dem Fonds ist es erlaubt, bestimmte Gelder bei Investmentgesellschaften und 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.“ Bereits diese Prospektaussage widerspricht den Ausführungen der Klägerin vom „Bild von einem Fonds, bei dem die Veranlagung unter der Verantwortung [...] durch die Beklagte erfolgt“.

Weiters stellen die Emissionsprospekte im Kapitel „Fondsverwalter und Depotbank“ klar, dass sowohl Fondsverwalter als auch Depotbank Tochtergesellschaften der Bank of Bermuda (Luxembourg) sind; gerade die Involvierung dieser Bank wertete T***** H***** aber ausdrücklich als positiv. Die erhebliche Nähe von Verwaltung und Verwahrung bereits bei dieser Konstellation (Schwestergesellschaften) hatten für T***** H***** somit - jedenfalls bei seinen Anlageentscheidungen - keine maßgebliche Bedeutung.

Im selben Kapitel der Prospekte wird zwar zunächst ausgeführt, dass „die Gelder des Fonds von der Depotbank auf eigene Konten, lautend auf den Fond, gelegt [werden] und dritten Gläubigern der Depotbank im Falle der Insolvenz nicht zugänglich“ sind. In unmittelbarem Zusammenhang wird dann jedoch (jedenfalls im Prospekt Stand Dezember 2003) unmissverständlich offen gelegt, dass davon eine „Ausnahme [für den Fall bestehe], dass der Fonds Gelder bei Investmentgesellschaften oder Managern platziert, die ein Managed Account verwalten“. Gerade die Möglichkeit von Managed Accounts sah T***** H***** jedoch nicht als problematisch an.

Und schließlich weist der Prospekt Stand Dezember 2003 auf Seite 4 ausdrücklich darauf hin, dass „der Primeo Select Fund seit seiner Gründung durch einen Manager in Form eines Direktkontos (Managed Account) geführt [wurde], wobei alle Gelder einer Anteilsklasse in einem Direktkonto geführt werden“. Im Prospekt Stand April 2007 wiederum wird auf Seite 5 ausgeführt, dass „im Wesentlichen sämtliche Vermögenswerte des Fonds von einem einzigen Manager gemanagt werden, [der] laufend einen oder mehrere Sub-Manager ernennt, welche gemeinsame Anlageorganismen und/oder Vermögensverwaltungskonten [...] verwalten“.

Daraus folgt aber insgesamt zum einen, dass die Depotbank berechtigt war, die Gelder weiter zu geben, und zum anderen, dass dies bei Managed Accounts auch an jenen Manager erfolgen konnte, der den konkreten Account verwaltete. Wobei T***** H***** - nach eigenem Bekunden - mit der Person des Bernard L. Madoff damals keine Probleme hatte und sogar davon ausging, dass es nur einen Verwalter gab, „damit sich die Manager untereinander nicht in die Quere kommen“.

2.3. Anders als in dem der Entscheidung 4 Ob 174/11h zugrunde liegenden Fall (angeblich keine Diversifizierung bei der Anlage trotz entsprechender Angaben im Emissionsprospekt) waren somit die in den Emissionsprospekten getätigten Angaben betreffend Depotbank und Verwaltung beziehungsweise deren (fehlende) Trennung nicht unrichtig und auch nicht irreführend. Auch wenn die organisatorische Trennung zwischen Verwahrung und Verwaltung des Fondsvermögens der Sicherung der Anleger vor missbräuchlicher Verwendung des Fondsvermögens dient (vgl. Buchberger in Macher/Buchberger/Kalss/Oppitz, InvFG [2008] § 25 Rz 13), wurde T***** H***** als professioneller Anleger im hier zu beurteilenden Fall auf die Möglichkeit der Durchbrechung dieses Prinzips in den Emissionsprospekten ausreichend erkennbar hingewiesen (so ganz allgemein 5 Ob 233/11t). 2.3. Anders als in dem der Entscheidung 4 Ob 174/11h zugrunde liegenden Fall (angeblich keine Diversifizierung bei der Anlage trotz entsprechender Angaben im Emissionsprospekt) waren somit die in den Emissionsprospekten getätigten Angaben betreffend Depotbank und Verwaltung beziehungsweise deren (fehlende) Trennung nicht unrichtig und auch nicht

irreführend. Auch wenn die organisatorische Trennung zwischen Verwahrung und Verwaltung des Fondsvermögens der Sicherung der Anleger vor missbräuchlicher Verwendung des Fondsvermögens dient (vergleiche Buchberger in Macher/Buchberger/Kalss/Oppitz, InvFG [2008] Paragraph 25, Rz 13), wurde T***** H***** als professioneller Anleger im hier zu beurteilenden Fall auf die Möglichkeit der Durchbrechung dieses Prinzips in den Emissionsprospekten ausreichend erkennbar hingewiesen (so ganz allgemein 5 Ob 233/11t).

Dass - wie die Klägerin nunmehr in ihrer Revisionsbeantwortung meint - die Wahrung des Trennungsgrundsatzes für T***** H***** „Grundlage der Veranlagungsentscheidung“ gewesen wäre sei, lässt sich den Feststellungen der Vorinstanzen im Übrigen so nicht entnehmen.

3.1. Die Klägerin meint in ihrer Revisionsbeantwortung in diesem Zusammenhang weiters, § 26 InvFG 1993 und § 11 KMG erfassten auch einen Prospektkontrollor, „der einen gänzlich gesetzwidrigen Prospekt - für ein per se unzulässiges Produkt - nicht beanstandet“; dies ergebe ein „Größenschluss“, schützten die genannten Bestimmungen doch das „Vertrauen auf die Prospektangaben“. Gerade dies hat aber der Oberste Gerichtshof bereits in der Entscheidung 10 Ob 69/11m verneint: In § 26 Abs 2 InvFG 1993 wird unter dem Titel „Publizitätsbestimmungen“ unter anderem festgelegt, wie Prospekte ausländischer Kapitalanlagefonds gestaltet sein müssen. Der Zweck des § 26 InvFG 1993 liegt darin, dem potentiellen Anleger durch das Vorsehen verpflichtender Prospektinhalte eine umfassende und objektive Grundlage für seine Erwerbsentscheidung zu bieten. Der nach dieser Bestimmung sinngemäß anzuwendende § 11 KMG enthält eine besondere Prospekthaftungsregelung, die eine gesetzgeberische besondere Ausprägung der allgemeinen Grundsätze über die schadenersatzrechtliche Haftung für Vertrauensschäden wegen vorvertraglicher Pflichtverletzung darstellt. Es geht um die Sanktionierung irreführender Anlegerinformationen. Irreführende Anlegerinformationen enthielten die Emissionsprospekte nach der Entscheidung 5 Ob 233/11m, deren Auffassung der erkennende Senat teilt, insoweit jedoch nicht.

3.1. Die Klägerin meint in ihrer Revisionsbeantwortung in diesem Zusammenhang weiters, Paragraph 26, InvFG 1993 und Paragraph 11, KMG erfassten auch einen Prospektkontrollor, „der einen gänzlich gesetzwidrigen Prospekt - für ein per se unzulässiges Produkt - nicht beanstandet“; dies ergebe ein „Größenschluss“, schützten die genannten Bestimmungen doch das „Vertrauen auf die Prospektangaben“. Gerade dies hat aber der Oberste Gerichtshof bereits in der Entscheidung 10 Ob 69/11m verneint: In Paragraph 26, Absatz 2, InvFG 1993 wird unter dem Titel „Publizitätsbestimmungen“ unter anderem festgelegt, wie Prospekte ausländischer Kapitalanlagefonds gestaltet sein müssen. Der Zweck des Paragraph 26, InvFG 1993 liegt darin, dem potentiellen Anleger durch das Vorsehen verpflichtender Prospektinhalte eine umfassende und objektive Grundlage für seine Erwerbsentscheidung zu bieten. Der nach dieser Bestimmung sinngemäß anzuwendende Paragraph 11, KMG enthält eine besondere Prospekthaftungsregelung, die eine gesetzgeberische besondere Ausprägung der allgemeinen Grundsätze über die schadenersatzrechtliche Haftung für Vertrauensschäden wegen vorvertraglicher Pflichtverletzung darstellt. Es geht um die Sanktionierung irreführender Anlegerinformationen. Irreführende Anlegerinformationen enthielten die Emissionsprospekte nach der Entscheidung 5 Ob 233/11m, deren Auffassung der erkennende Senat teilt, insoweit jedoch nicht.

3.2. Die von den Vorinstanzen angenommene Haftungsgrundlage der Beklagten nach § 26 Abs 2 InvFG 1993 in Verbindung mit § 11 Abs 1 Z 2 KMG besteht somit nicht. Dahingestellt bleiben können dann aber - im Revisionsverfahren relevierte - Überlegungen zur Frage, inwieweit die Finanzmarktaufsicht, auf deren Rechtsansicht sich die Beklagte verlassen und deren Vorgaben sie umgesetzt haben will, nach § 31 InvFG 1993 eine Vertriebsuntersagung hätte anordnen müssen.

3.2. Die von den Vorinstanzen angenommene Haftungsgrundlage der Beklagten nach Paragraph 26, Absatz 2, InvFG 1993 in Verbindung mit Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer 2, KMG besteht somit nicht. Dahingestellt bleiben können dann aber - im Revisionsverfahren relevierte - Überlegungen zur Frage, inwieweit die Finanzmarktaufsicht, auf deren Rechtsansicht sich die Beklagte verlassen und deren Vorgaben sie umgesetzt haben will, nach Paragraph 31, InvFG 1993 eine Vertriebsuntersagung hätte anordnen müssen.

Dieses Ergebnis weicht auch nicht von den bisherigen Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs ab, die zur Repräsentantenhaftung der Beklagten im Zusammenhang mit letztlich von Bernard L. Madoff veruntreuten Anlegergeldern ergangen sind: Nach den Entscheidungen 10 Ob 69/11m und 4 Ob 174/11h zugrundeliegenden Sachverhalten hatten die Kläger beziehungsweise ihre Berater den Emissionsprospekt nicht erhalten. Mit der Entscheidung 5 Ob 233/11t wies der Oberste Gerichtshof eine gegen die abweisliche Berufungsentscheidung gerichtete außerordentliche Revision zurück; der diesem Verfahren zugrunde liegende Sachverhalt entspricht im Wesentlichen dem vorliegenden.

4. Die Klägerin leitet in ihrer Revisionsbeantwortung eine Haftung der Beklagten auch „aus der allgemeinen Prospekthaftung aus culpa in contrahendo sowie wegen Schutzgesetzverletzung“ ab. Die Beklagte hält eine derartige Haftung bereits deshalb für unmöglich, weil die Parteien „in keinem Vertragsverhältnis“ gestanden seien.

Tatsächlich hat der Oberste Gerichtshof bereits ausgesprochen (10 Ob 69/11m; einschränkend jedoch 10 Ob 88/11f RWZ 2012/84 [Wenger] = GesRZ 2013, 44 [Oppitz]), dass neben der Haftung nach § 11 KMG bei Emissionsprospekten ausländischer Fonds kumulativ die allgemein anerkannte zivilrechtliche Haftung aus culpa in contrahendo aufrecht bleibt. In 4 Ob 174/11h wurde festgehalten, dass bei der Prospekthaftung zwischen der Haftung nach § 11 KMG für Emissionsprospekte einerseits und jener nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen für Werbeprospekte, Fact Sheets, die nicht Teil des Emissionsprospekts sind, udgl zu unterscheiden ist. Darauf braucht hier jedoch nicht näher eingegangen zu werden: Tatsächlich hat der Oberste Gerichtshof bereits ausgesprochen (10 Ob 69/11m; einschränkend jedoch 10 Ob 88/11f RWZ 2012/84 [Wenger] = GesRZ 2013, 44 [Oppitz]), dass neben der Haftung nach Paragraph 11, KMG bei Emissionsprospekten ausländischer Fonds kumulativ die allgemein anerkannte zivilrechtliche Haftung aus culpa in contrahendo aufrecht bleibt. In 4 Ob 174/11h wurde festgehalten, dass bei der Prospekthaftung zwischen der Haftung nach Paragraph 11, KMG für Emissionsprospekte einerseits und jener nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen für Werbeprospekte, Fact Sheets, die nicht Teil des Emissionsprospekts sind, udgl zu unterscheiden ist. Darauf braucht hier jedoch nicht näher eingegangen zu werden:

Grundlage für eine derartige Haftung wäre nämlich, dass durch die Verbreitung fehlerhafter Prospekte die dem Publikum gegenüber bestehenden Informationspflichten, die den vorvertraglichen Aufklärungspflichten entsprechen und auf denselben Grundwertungen beruhen, verletzt wurden; dann könnte der geschädigte Anleger etwa auch den Prospektkontrollor unabhängig von einem unmittelbaren geschäftlichen Kontakt belangen. Hat der Prospekt unrichtige beziehungsweise unvollständige Angaben zur Anlagestrategie enthalten, wurden diese vom Prospektkontrollor schuldhaft nicht beanstandet und hat der Anleger im Vertrauen auf diese Angaben die Wertpapiere gekauft, wären Prospekthaftungsansprüche zu bejahen; war der Schaden hingegen nicht auf das Vertrauen auf die Angaben im Prospekt zurückzuführen, könnte der Anleger aus dessen (angeblicher) Unrichtigkeit beziehungsweise Unvollständigkeit keine Prospekthaftungsansprüche nach § 26 InvFG (§ 11 KMG) ableiten (10 Ob 69/11m). Dass die Emissionsprospekte, denen die Beklagte die Prüfvermerke erteilte, weder unrichtig noch unvollständig waren, was die Frage des Trennungsgrundsatzes betrifft, wurde bereits dargelegt. Grundlage für eine derartige Haftung wäre nämlich, dass durch die Verbreitung fehlerhafter Prospekte die dem Publikum gegenüber bestehenden Informationspflichten, die den vorvertraglichen Aufklärungspflichten entsprechen und auf denselben Grundwertungen beruhen, verletzt wurden; dann könnte der geschädigte Anleger etwa auch den Prospektkontrollor unabhängig von einem unmittelbaren geschäftlichen Kontakt belangen. Hat der Prospekt unrichtige beziehungsweise unvollständige Angaben zur Anlagestrategie enthalten, wurden diese vom Prospektkontrollor schuldhaft nicht beanstandet und hat der Anleger im Vertrauen auf diese Angaben die Wertpapiere gekauft, wären Prospekthaftungsansprüche zu bejahen; war der Schaden hingegen nicht auf das Vertrauen auf die Angaben im Prospekt zurückzuführen, könnte der Anleger aus dessen (angeblicher) Unrichtigkeit beziehungsweise Unvollständigkeit keine Prospekthaftungsansprüche nach Paragraph 26, InvFG (Paragraph 11, KMG) ableiten (10 Ob 69/11m). Dass die Emissionsprospekte, denen die Beklagte die Prüfvermerke erteilte, weder unrichtig noch unvollständig waren, was die Frage des Trennungsgrundsatzes betrifft, wurde bereits dargelegt.

5. Der Oberste Gerichtshof hat in der Entscheidung 4 Ob 174/11h auf den Umstand hingewiesen, dass die Beklagte nicht nur inländische Repräsentantin des Fonds, sondern bis 2007 zu 95 % an jener Gesellschaft beteiligt war, die ihn als Investment Advisor verwaltete und den dritten Manager bestellte (B*****); ab 2007 stand der neue Investment Advisor (P*****) mit der Beklagten zumindest im Konzernverbund. Habe die Beklagte unter diesen Umständen einem Kunden (auch) im eigenen wirtschaftlichen Interesse den Erwerb von Anteilen an diesem Fonds empfohlen, dürfe der Kunde damit rechnen, dass sie die dabei erteilten Informationen - die ausschließlich zu ihrer Sphäre gehören - eingehend überprüft hatte; habe sie nicht über objektive Daten oder entsprechende Informationen, sondern nur über unzureichende Kenntnisse verfügt, hätte sie das offenlegen müssen. Konkret warf der Kläger in dem der Entscheidung 4 Ob 174/11h zugrunde liegenden Fall der Beklagten Irreführung über die diversifizierte Anlage des Fonds aufgrund ihm übergebener Fact Sheets vor. Auf den Umstand mangelnder Anlagediversifizierung beruft sich die Klägerin im Revisionsverfahren allerdings nicht mehr; vielmehr war dieser Umstand nach den Feststellungen der Vorinstanzen offensichtlich kein Problem für T***** H*****.

6. In Abänderung der Entscheidungen der Vorinstanzen waren somit - neben jenen Ansprüchen, die das Erstgericht bereits rechtskräftig abgewiesen hat (Punkte 2. bis 4.) - auch jene Ansprüche (Haupt- und Eventualbegehren) abzuweisen, hinsichtlich welcher mit Zwischenurteil ein Zurechtbestehen des Klagebegehrens festgestellt worden war (Punkte 1. und 5.).

Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens gründet sich auf § 52 ZPO. Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens gründet sich auf Paragraph 52, ZPO.

Textnummer

E105619

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2013:0060OB00190.12B.0828.000

Im RIS seit

06.11.2013

Zuletzt aktualisiert am

14.11.2014

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