

TE OGH 2011/9/29 1Ob85/11y

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.09.2011

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Sailer als Vorsitzenden sowie die Hofräte Univ.-Prof. Dr. Bydlinski, Dr. Grohmann, Mag. Wurzer und Mag. Dr. Wurdinger als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Johann H*****, vertreten durch Dr. Erwin Markl, Rechtsanwalt in Innsbruck, gegen die beklagte Partei B***** AG, *****, vertreten durch Dr. Stefan Geiler, Mag. Priska Seeber und MMag. Dr. Stefan Dorner, Rechtsanwälte in Innsbruck, wegen 260.370,72 EUR sA, über die außerordentliche Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht vom 10. März 2011, GZ 2 R 11/11a-42, mit dem das Urteil des Landesgerichts Innsbruck vom 11. November 2010, GZ 5 Cg 45/09k-36, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Der außerordentlichen Revision wird Folge gegeben.

Das Urteil des Berufungsgerichts wird im Umfang der Entscheidung über das zweite Eventualbegehren aufgehoben.

Die Rechtssache wird insofern zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Der Kläger ist Steuerberater und Wirtschaftstreuhänder und zu 50 % Gesellschafter und Prokurist der P***** GmbH. Diese ist Komplementär, der Kläger Kommanditist der P***** GmbH „*****“ & Co KEG. Weiters ist er an verschiedenen in- und ausländischen Firmen beteiligt und verfügt über namhaftes Vermögen. Im Rahmen seines Berufs hat er im Wesentlichen in steuerlicher Hinsicht mit Vermögensveranlagungen zu tun.

Am 18. 2. 1998 nahmen die P***** GmbH, die P***** GmbH „*****“ & Co KEG, der Kläger und KR Anton P***** bei der Beklagten einen Fremdwährungskredit in Höhe von 135 Mio S zum Kauf einer Betriebsliegenschaft zwecks „Weiterverleasung“ an die P***** GmbH „*****“ & Co KEG auf. Für die Besicherung dieses Kredits verpfändete der Kläger am 29. 12. 1998 ein privates Sparbuch über 5 Mio S (363.364,17 EUR) an die Beklagte.

Der Kläger rief Anfang 1999 deren damaligen Regionalleiter Robert P***** an und teilte ihm mit, dass er mit den Zinsen aus dem verpfändeten Sparbuch nicht zufrieden sei und höhere Zinsen haben wolle. Sie vereinbarten einen Besprechungstermin in der Kanzlei des Klägers. P***** hatte bei diesem Gespräch in der Kanzlei des Klägers

verschiedene Angebote mit, unter anderem verschiedene Anleihen der Beklagten und argentinische Anleihen. Beim Gespräch teilte der Kläger Robert P***** mit, dass er nur sichere Anlagen haben und kein Kapitalrisiko eingehen wolle. Hinsichtlich der Neuveranlagung des Sparbuchs gab es jedenfalls noch einen weiteren Termin in den Bankräumlichkeiten, bei dem der Regionalleiter der Beklagten, Anton P***** und der Kläger anwesend waren.

Der Kläger zeigte Interesse an einer Veranlagung in argentinischen Anleihen. Ihm war damals bereits bekannt, dass die Anleihen mit Steuervorteilen verbunden waren. Robert P***** teilte dem Kläger mit, dass mit einem Ausfall der argentinischen Anleihen normalerweise nicht zu rechnen sei, nach dem damaligen Wissensstand noch nie irgendwelche Staatsanleihen nicht zurückbezahlt worden seien und auch Argentinien bis zu diesem Zeitpunkt noch nie eine Schuld ausfallen habe lassen. Weiters teilte er dem Kläger mit, dass während der Laufzeit Kursschwankungen möglich seien, Argentinien als Musterschüler in Südamerika gelte und Zahlungsunfähigkeit praktisch nicht vorstellbar sei. Robert P***** selbst schätzte das Ausfallsrisiko von Argentinien-Anleihen damals aufgrund der Erfahrung, dass vergleichbare Staatsanleihen noch nie zu einem Kapitalausfall geführt hatten, sondern schlimmstenfalls eine Verlängerung der Laufzeit eingetreten war, als sehr gering ein.

Dem Regionalleiter der Beklagten war damals das Rating der Argentinien-Anleihen bekannt. Nicht festgestellt werden kann, ob beim Beratungsgespräch über das Rating der Argentinien-Anleihen gesprochen wurde, ob Robert P***** dem Kläger versicherte, die argentinischen Anleihen seien einem Sparbuch gleichwertig, und ob dem Kläger ausdrücklich zugesichert wurde, dass bei Laufzeitende der Argentinien-Anleihen der Kapitalbetrag jedenfalls zur Gänze ausbezahlt werde.

Bei der Beratung des Klägers lag Robert P***** der Offering Circular der 9 % Republic of Argentina Pan Euro Bonds 99-06 nicht vor. Dieser hält fest: „Die Anleihe ist daher nur für spekulativ eingestellte Anleger geeignet, die bereit und in der Lage sind, besondere Risiken abzuschätzen und zu tragen.“ Robert P***** wies den Kläger nicht darauf hin, dass es sich bei den Argentinien-Anleihen um eine spekulative Anlageform handelt.

In weiterer Folge unterzeichnete der Kläger einen Antrag auf Eröffnung eines Wertpapierdepots.

Am 4. 3. 1999 unterzeichnete er zum Konto des Wertpapierdepots ein Wertpapier-Anlageprofil, in dem er angab, bereits Erfahrungen mit Anleihen und Aktien zu haben. Bei den verfolgten Anlagezielen kreuzte er an: „Ertragserwartung über Kapitalmarkt-Zinsniveau; gesteigerte Risikobereitschaft für Gesamtd Depot“, weil ihm Robert P***** mitteilte, dass beim Erwerb einer Anleihe diese Zeile angekreuzt werden müsse. Das vom Kläger unterzeichnete Wertpapieranlageprofil enthält unter „Sonstige Angaben“ in Fettdruck folgende Klausel: „Ich kann jederzeit die Beratung der B***** AG in Anspruch nehmen. Die B***** AG haftet nur bei grobem Verschulden ihrer Mitarbeiter für Schäden, die dem Kunden im Zusammenhang mit der Beratung zu Wertpapier- und sonstigen Veranlagungsgeschäften, der Entgegennahme seiner Aufträge oder auf Grund der fehlerhaften Durchführung dieser Aufträge entstanden sind.“ Nicht festgestellt werden kann, in welchem Räumlichkeiten dieses Anlegerprofil unterzeichnet wurde.

Am selben Tag erteilte der Kläger an die Beklagte den Auftrag, ein Nominale von 760.000 DM der 7 % DM Republik Argentinien Anleihe 97-04 zu kaufen. Dieser Kauf wurde noch am selben Tag „durchgeführt und am 5. 3. 1999 dem Konto des Klägers am Wertpapierdepot gutgeschrieben“. Der Ankauf wurde durch das ursprünglich verpfändete Sparbuch in Höhe von 5 Mio S finanziert. Mit Zustimmung der Beklagten wurde das Sparbuch des Klägers durch das Wertpapierdepot mit der 7 % DM Republik Argentinien Anleihe 97-04 als Sicherheit ersetzt.

Robert P***** teilte dem Kläger bei einem Beratungsgespräch auch mit, dass durch ein sogenanntes „Leverage-Geschäft“ die Rendite verbessert werden könne, indem ein Darlehen in Schweizer Franken aufgenommen werde, mit dem eine argentinische Anleihe angekauft und die Zinsdifferenz als Gewinn lukriert werde (Zinsdifferenzgeschäft). Nicht festgestellt werden kann, ob dieses Beratungsgespräch in den Räumlichkeiten der Bank oder in den Räumlichkeiten des Klägers stattfand.

Aufgrund dieses Vorschlags gab der Kläger am 4. 6. 1999 an die Beklagte telefonisch den Auftrag, ein Nominale von 500.000 EUR der 9 % Republik Argentinien Anleihe 99-06 anzukaufen. Der Ankaufrispreis betrug 510.307,38 EUR. Dieser Wertpapierkauf wurde auf dem Konto des Wertpapierdepots des Klägers gutgeschrieben. Am 16. 9. 1999 erfolgte

wiederum telefonisch der Auftrag, für einen Gegenwert von 1.270.947,55 S (92.393,35 EUR) die 9 % Republik Argentinien Anleihe 99-06 anzukaufen. Der Nominalwert von 90.000 EUR wurde dem Kläger auf dem Konto seines Wertpapierdepots gutgeschrieben.

Für den Ankauf dieser Wertpapiere nahm der Kläger bei der Beklagten am 17. 6. 1999 einen Fremdwährungskredit über 10 Mio S auf. Die Aufnahme dieses Kredits und den Ankauf der 9 % Republik Argentinien Anleihe 99-06 tätigte der Kläger als Privatperson. Der Fremdwährungskredit vom 17. 6. 1999 wurde in den Räumlichkeiten des Klägers unterzeichnet. Nicht festgestellt werden kann, über wessen Betreiben die Unterzeichnung nicht in den Bankräumlichkeiten, sondern in den Räumlichkeiten des Klägers stattfand.

Im Jahr 2000 ließ der Kläger über eigene Initiative und ohne Beratung durch die Beklagte das Zinsdifferenzgeschäft (Ankauf Argentinien-Anleihen und Aufnahme des Fremdwährungskredits über 10 Mio S) „glattstellen“. Zu diesem Zweck wurde die gesamte Position der 7 % DM Republik Argentinien Anleihe 97-04 und ein Nominale von 226.000 EUR der 9 % Republik Argentinien Anleihe 99-06 verkauft. Mit dem Verkaufserlös wurde der Schweizer-Franken-Kredit abgedeckt. Der Kläger lukrierte nach Abzug der Kapitalertragssteuer Zinsen von 39.690 EUR. Auf dem Wertpapierdepot des Klägers verblieb ein Nominale von 364.000 EUR der 9 % Republik Argentinien Anleihe 99-06.

Am 4. 1. 2000 nahmen die P***** GmbH, die P***** GmbH „*****“ & Co KEG, der Kläger und KR Anton P***** einen Fremdwährungskredit bei der Beklagten in Höhe von 65 Mio S auf, mit dem zum Teil der Fremdwährungskredit von 135 Mio S vom 28. 12. 1998 abgedeckt wurde.

Mit Wertpapier-Verpfändungsvertrag vom 4. 1. 2000 verpfändete der Kläger die auf seinem Wertpapierdepot erliegenden Wertpapiere, somit auch die Anteile an der 9 % Republik Argentinien Anleihe 99-06, zu Gunsten der Fremdwährungskredite vom 28. 12. 1998 und vom 4. 1. 2000.

Ab 2001 geriet die Republik Argentinien mit ihrem „Schuldendienst“ in Verzug und machte ab 2003 Umschuldungsangebote, wonach die Argentinien-Anleihe relativ schnell mit einem Kapitalabschlag oder verbunden mit einer längeren Laufzeit mit einer vollen Kapitaltilgung und niedrigerem Zinssatz zurückbezahlt werde. Die Umschuldungsangebote wurden von der Beklagten an den Kläger weitergeleitet. Über ein Nominale von 70.000 EUR nahm der Kläger ein derartiges Umschuldungsangebot an, wodurch die Wertpapierposition der 9 % Republik Argentinien Anleihe 99-06 auf Nominale 294.000 EUR reduziert wurde.

Nicht festgestellt werden kann, ob dem Kläger von einem Wiener Mitarbeiter der Beklagten geraten wurde, die Umtauschangebote nicht anzunehmen. Weiters kann nicht festgestellt werden, ob ein Wiener Mitarbeiter der Beklagten dem Kläger zusagte, dass am Ende der Laufzeit (26. 4. 2006) das volle Kapital zur Auszahlung gelangen werde. Von der Beklagten wurde dem Kläger im Jahr 2005 mitgeteilt, dass es nach wie vor Verhandlungen gebe, damit Argentinien in die Lage versetzt werde, die Altschulden abzudecken.

Am Ende der Laufzeit (26. 4. 2006) wurde die 9 % Republik Argentinien Anleihe 99-06 durch Argentinien nicht getilgt. Am 30. 10. 2008 lag der Kurswert der 294.000 EUR Nominale der 9 % Republik Argentinien Anleihe 99-06 bei 37.620 EUR.

Ende 2006/Anfang 2007 überlegte der Kläger erstmals, ob die Beklagte für die Verluste geradestehen müsse. Aufgrund seiner Geschäftsbeziehung zur Beklagten hatte er jedoch Hemmungen, sie zu klagen. Im Jahr 2008 kontaktierte der Kläger den Klagevertreter, der ihm mitteilte, dass es schon 1999 Börsenprospekte gegeben habe, die die Argentinien-Anleihen als sehr hohes Risiko bezeichnet hätten.

Mit Schriftsatz vom 10. 9. 2009 erklärte der Kläger gemäß § 5 KMG den Rücktritt von den mit der Beklagten über die verfahrensgegenständliche Argentinien-Anleihe abgeschlossenen Kommissionsgeschäften. Mit Schreiben vom 27. 9. 2010 erklärte er gegenüber der Beklagten gemäß § 3 KSchG und § 5 KMG den Rücktritt im Umfang des Erwerbs von Wertpapieren im Teilnominale von 364.000 EUR. Mit Schriftsatz vom 10. 9. 2009 erklärte der Kläger gemäß Paragraph 5, KMG den Rücktritt von den mit der Beklagten über die verfahrensgegenständliche Argentinien-Anleihe abgeschlossenen Kommissions-, geschäften. Mit Schreiben vom 27. 9. 2010 erklärte er gegenüber der Beklagten gemäß Paragraph 3, KSchG und Paragraph 5, KMG den Rücktritt im Umfang des Erwerbs von Wertpapieren im Teilnominale von 364.000 EUR.

In der ersten Hälfte des Jahres 1999 waren die Argentinien-Anleihen bei den führenden Rating-Agenturen wie folgt eingestuft:

Standard & Poor's

BB

Moody's

Ba3

Fitch

BB

Mit dieser Einstufung lagen die Argentinienemissionen in der Gruppe „Non Investment Grade - Speculative“. Diese Einstufung bedeutet nicht, dass der Ausfall des „Schuldendienstes“ des Emittenten unmittelbar erwartet werde. Bei einem spekulativen Investment kann ein Totalverlust aber auch nicht als unwahrscheinlich ausgeschlossen werden. Dementsprechend musste die Republik Argentinien bei Emissionen einen Risikoaufschlag bezahlen, wodurch sich die Rendite für die Käufer derartiger Emissionen erhöhte. „Die 9 % Republik Argentinien Anleihe 99-06 war nicht prospektpflichtig nach dem Kapitalmarktgesetz.“ Demgemäß wurde kein Prospekt verfasst, sondern ein sogenanntes Offering Circular. Es gibt keine Anhaltspunkte, dass die 9 % Republik Argentinien Anleihe 99-06 durch eine Werbekampagne beworben wurde.

Bei jeder Anleihe ist es möglich, dass sie möglicherweise nicht zurückbezahlt wird. Bei „Non-Investment-Grade-Anleihen“ geht man nicht davon aus, dass das Kapital nicht zurückgezahlt werden kann, aber das Risiko ist etwas höher.

Ein Upgrading der Argentinien-Anleihen stand in der ersten Hälfte 1999 nicht bevor. Das Ausfallsrisiko der Argentinien-Anleihen war in der ersten Hälfte 1999 „minimalst“, es war aber doch gegeben. Gegenüber Anleihen mit einem Ausfallsrisiko von praktisch Null gibt es Anleihen wie die von Argentinien mit einem etwas höheren Ausfallsrisiko.

Nachdem sich die Zahlungsschwierigkeiten von Argentinien herausstellten, gab es zahlreiche Verhandlungen, die zu einer Umschuldung der Argentinien-Anleihen führen sollten. Nicht festgestellt werden kann, wann diese Verhandlungen abgebrochen wurden und zu welchem Zeitpunkt die Hoffnung, dass die 9 % Republik Argentinien Anleihe 99-06 zurückgezahlt werde, auf Null sank. Dass die 9 % Republik Argentinien Anleihe 99-06 im Kapitalbetrag nicht zurückbezahlt wird, war erst am 26. 4. 2006 definitiv.

Wäre dem Kläger das im Verfahren vorgelegte Offering Circular bekannt gewesen, hätte er sich damals in den Kauf der Argentinien-Anleihen nicht eingelassen. Dies deshalb, weil er durch den Kauf der Immobilie in K***** sehr hohe Verbindlichkeiten hatte, sodass er keine finanziellen Risiken eingehen wollte. Wenn er die Argentinien-Anleihen nicht gekauft hätte, hätte er in Erwägung gezogen, sein Geld einfach auf dem Spargbuch liegen zu lassen. Die Verzinsung von Spareinlagen betrug im Zeitraum 1999 bis 2009 im Durchschnitt 2,27 % pa nach KESt.

Der Kläger begehrte Zahlung von 260.370,72 EUR sA Zug um Zug gegen Übertragung der Argentinien Anleihe 99-06 im Nominale von 294.000 EUR und - mit dem im Revisionsverfahren allein strittigen zweiten Eventualbegehren - zusätzlich die Verpfändung des Zahlungsbetrags auf einem zu eröffnenden Spargbuch zur Besicherung des Fremdwährungskredits. Er brachte im Wesentlichen vor, der Leiter der Geschäftsstelle der Beklagten, Robert P*****, habe ihm die Veranlagung von 5 Mio S in die Argentinien-Anleihe empfohlen. Dieser habe ihn mit der Erklärung bestärkt, dass die vollständige Rückzahlung des gesamten Anleihekapitals zum Ende der Laufzeit durch die Republik Argentinien garantiert sei und ebenso wie ein Anspruch eines österreichischen Kreditinstituts höchste Sicherheit garantiere. Ein erhöhtes Risiko bestehe nur für vorübergehende Kursschwankungen während der Laufzeit, ein Ausfallsrisiko sei ausgeschlossen. Da die Beklagte die Argentinien-Anleihe auch als Sicherheit für den ausstehenden Fremdwährungskredit akzeptiert habe, habe er auf diese Auskunft vertraut und zweimal Argentinien-Anleihen gekauft. Eine Haftungseinschränkung auf grobes Verschulden wäre nur dann rechtswirksam gewesen, wenn sie gegenüber dem übrigen Vertragstext deutlich hervorgehoben gewesen wäre, was nicht der Fall gewesen sei. Ihm sei durch die Fehlberatung der Beklagten ein Schaden in Höhe des Klagsbetrags entstanden, er habe Anspruch auf Naturalrestitution. Da bereits im Börsenzulassungsprospekt festgehalten sei, dass die Argentinien-Anleihe nur für spekulative Anleger in Frage käme, und die Anleihe Ratings auf BB, B oder schlechter gehabt habe, habe die Beklagte ihre Warnpflicht vor dieser Veranlagung schuldhaft verletzt. Er habe erst 2008 durch ein Gespräch mit dem Klagevertreter Kenntnis von Schaden, Schädiger und Schadensursache erlangt. Seine Forderung sei daher nicht verjährt. Überdies habe die Beklagte die Zahlung am Ende der Laufzeit zugesagt, sodass sie sich nicht auf eine schon früher eingetretene Verjährung berufen könne. Die Argentinien-Anleihen seien gemäß dem KMG prospektpflichtig. Jeder beliebige Kunde habe diese Anleihen erwerben können, sie seien öffentlich angeboten worden. Da kein entsprechender veröffentlichter Prospekt vorliege und er Verbraucher sei, erkläre er den Rücktritt vom Vertrag. Überdies sei er gemäß § 3 KSchG zum Rücktritt berechtigt, weil in den Geschäftsräumlichkeiten der Beklagten keine

Vertragserklärungen abgegeben und die Kommissionsgeschäfte telefonisch abgeschlossen worden seien. Die Beklagte habe ihn durch verharmlosende Angaben arglistig in Irrtum geführt. Der Kläger begehrte Zahlung von 260.370,72 EUR sA Zug um Zug gegen Übertragung der Argentinien Anleihe 99-06 im Nominale von 294.000 EUR und - mit dem im Revisionsverfahren allein strittigen zweiten Eventualbegehren - zusätzlich die Verpfändung des Zahlungsbetrags auf einem zu eröffnenden Sparbuch zur Besicherung des Fremdwährungskredits. Er brachte im Wesentlichen vor, der Leiter der Geschäftsstelle der Beklagten, Robert P*****, habe ihm die Veranlagung von 5 Mio S in die Argentinien-Anleihe empfohlen. Dieser habe ihn mit der Erklärung bestärkt, dass die vollständige Rückzahlung des gesamten Anleihekaptals zum Ende der Laufzeit durch die Republik Argentinien garantiert sei und ebenso wie ein Anspruch eines österreichischen Kreditinstituts höchste Sicherheit garantiere. Ein erhöhtes Risiko bestehe nur für vorübergehende Kursschwankungen während der Laufzeit, ein Ausfallrisiko sei ausgeschlossen. Da die Beklagte die Argentinien-Anleihe auch als Sicherheit für den ausstehenden Fremdwährungskredit akzeptiert habe, habe er auf diese Auskunft vertraut und zweimal Argentinien-Anleihen gekauft. Eine Haftungseinschränkung auf grobes Verschulden wäre nur dann rechtswirksam gewesen, wenn sie gegenüber dem übrigen Vertragstext deutlich hervorgehoben gewesen wäre, was nicht der Fall gewesen sei. Ihm sei durch die Fehlberatung der Beklagten ein Schaden in Höhe des Klagsbetrags entstanden, er habe Anspruch auf Naturalrestitution. Da bereits im Börsenzulassungsspekt festgehalten sei, dass die Argentinien-Anleihe nur für spekulative Anleger in Frage käme, und die Anleihe Ratings auf BB, B oder schlechter gehabt habe, habe die Beklagte ihre Warnpflicht vor dieser Veranlagung schuldhaft verletzt. Er habe erst 2008 durch ein Gespräch mit dem Klagevertreter Kenntnis von Schaden, Schädiger und Schadensursache erlangt. Seine Forderung sei daher nicht verjährt. Überdies habe die Beklagte die Zahlung am Ende der Laufzeit zugesagt, sodass sie sich nicht auf eine schon früher eingetretene Verjährung berufen könne. Die Argentinien-Anleihen seien gemäß dem KMG prospektpflichtig. Jeder beliebige Kunde habe diese Anleihen erwerben können, sie seien öffentlich angeboten worden. Da kein entsprechender veröffentlichter Prospekt vorliege und er Verbraucher sei, erkläre er den Rücktritt vom Vertrag. Überdies sei er gemäß Paragraph 3, KSchG zum Rücktritt berechtigt, weil in den Geschäftsräumlichkeiten der Beklagten keine Vertragserklärungen abgegeben und die Kommissionsgeschäfte telefonisch abgeschlossen worden seien. Die Beklagte habe ihn durch verharmlosende Angaben arglistig in Irrtum geführt.

Die Beklagte wendete im Wesentlichen ein, der Kläger habe die Argentinien-Anleihen als Unternehmer gekauft, eine gesteigerte Risikobereitschaft angegeben und eine Einschränkung ihrer Haftung auf grobes Verschulden akzeptiert. Die Beratung durch sie zum Ankauf der Argentinien-Anleihen sei ordnungsgemäß erfolgt, weil zum Zeitpunkt der Wertpapierkäufe durch den Kläger dem gesamten Kapitalmarkt nicht erkennbar gewesen sei, dass Argentinien-Anleihen notleidend werden könnten und ein souveräner Staat seine Zahlungen einstellen würde. Das Rating der Argentinien-Anleihen habe seit 1993 BBB betragen und sei mit dem Kläger diskutiert worden. Der Anspruch des Klägers sei verjährt, weil er bereits 2001 den vermeintlichen Beratungsfehler erkennen hätte können. Ihre Haftung beschränke sich auf grobe Fahrlässigkeit. Da es vor Argentinien keinen ähnlichen Zahlungsausfall von Staaten gegeben habe, könne in der Beratung durch sie keine grobe Fahrlässigkeit erblickt werden. Die Rücktrittsrechte nach dem KSchG seien verjährt. Für die Argentinien-Anleihe bestehe die Ausnahme von der Prospektspflicht gemäß § 3 Abs 1 Z 13 KMG. Die Beklagte wendete im Wesentlichen ein, der Kläger habe die Argentinien-Anleihen als Unternehmer gekauft, eine gesteigerte Risikobereitschaft angegeben und eine Einschränkung ihrer Haftung auf grobes Verschulden akzeptiert. Die Beratung durch sie zum Ankauf der Argentinien-Anleihen sei ordnungsgemäß erfolgt, weil zum Zeitpunkt der Wertpapierkäufe durch den Kläger dem gesamten Kapitalmarkt nicht erkennbar gewesen sei, dass Argentinien-Anleihen notleidend werden könnten und ein souveräner Staat seine Zahlungen einstellen würde. Das Rating der Argentinien-Anleihen habe seit 1993 BBB betragen und sei mit dem Kläger diskutiert worden. Der Anspruch des Klägers sei verjährt, weil er bereits 2001 den vermeintlichen Beratungsfehler erkennen hätte können. Ihre Haftung beschränke sich auf grobe Fahrlässigkeit. Da es vor Argentinien keinen ähnlichen Zahlungsausfall von Staaten gegeben habe, könne in der Beratung durch sie keine grobe Fahrlässigkeit erblickt werden. Die Rücktrittsrechte nach dem KSchG seien verjährt. Für die Argentinien-Anleihe bestehe die Ausnahme von der Prospektspflicht gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 13, KMG.

Das Erstgericht wies unbekämpft das Haupt- und das erste Eventualbegehren ab und gab dem zweiten Eventualbegehren - mit Ausnahme eines geringfügigen Zinsenbegehrens - statt. Die Beklagte sei schuldig, dem Kläger den Betrag von 260.370,72 EUR samt 2,27 % Zinsen pa aus 260.370,72 EUR seit 9. 6. 1999 Zug um Zug gegen Übertragung der auf einem bestimmten Depot eingebuchten Argentinien-Anleihe 1999 (06) im Nominale von

294.000 EUR und Veranlagung des gesamten Zahlungsbetrags als für die Dauer von zumindest drei Jahren gebundene Spareinlage auf einem von der Beklagten für den Kläger zu eröffnenden Sparbuch, wobei dem Kläger für diese Spareinlage Zinsen in jener Höhe gebührten, welche von der Beklagten nach deren Aushang gemäß § 35 Abs 1 BWG für mindestens dreijährig gebundene Spareinlagen gewährt werden, und Verpfändung dieser Spareinlage in Höhe des jeweiligen Guthabens zuzüglich Zinsen zur Besicherung des vom Kläger gemeinsam mit anderen Kreditnehmern bei der Beklagten in Anspruch genommenen (Fremdwährungs-)Kredits zu bezahlen. Rechtlich verneinte das Erstgericht die Verjährung der Ansprüche des Klägers, weil definitiv erst am Ende der Laufzeit (26. 4. 2006) festgestanden sei, dass das Kapital nicht getilgt werde. Damit sei dem Kläger vor diesem Zeitpunkt Schaden und Schädiger nicht bekannt gewesen und die Klage am (richtig:) 11. 3. 2009 innerhalb der Verjährungsfrist eingebracht worden. Das Erstgericht wies unbekämpft das Haupt- und das erste Eventualbegehren ab und gab dem zweiten Eventualbegehren - mit Ausnahme eines geringfügigen Zinsenbegehrens - statt. Die Beklagte sei schuldig, dem Kläger den Betrag von 260.370,72 EUR samt 2,27 % Zinsen pa aus 260.370,72 EUR seit 9. 6. 1999 Zug um Zug gegen Übertragung der auf einem bestimmten Depot eingebuchten Argentinien-Anleihe 1999 (06) im Nominale von 294.000 EUR und Veranlagung des gesamten Zahlungsbetrags als für die Dauer von zumindest drei Jahren gebundene Spareinlage auf einem von der Beklagten für den Kläger zu eröffnenden Sparbuch, wobei dem Kläger für diese Spareinlage Zinsen in jener Höhe gebührten, welche von der Beklagten nach deren Aushang gemäß Paragraph 35, Absatz eins, BWG für mindestens dreijährig gebundene Spareinlagen gewährt werden, und Verpfändung dieser Spareinlage in Höhe des jeweiligen Guthabens zuzüglich Zinsen zur Besicherung des vom Kläger gemeinsam mit anderen Kreditnehmern bei der Beklagten in Anspruch genommenen (Fremdwährungs-)Kredits zu bezahlen. Rechtlich verneinte das Erstgericht die Verjährung der Ansprüche des Klägers, weil definitiv erst am Ende der Laufzeit (26. 4. 2006) festgestanden sei, dass das Kapital nicht getilgt werde. Damit sei dem Kläger vor diesem Zeitpunkt Schaden und Schädiger nicht bekannt gewesen und die Klage am (richtig:) 11. 3. 2009 innerhalb der Verjährungsfrist eingebracht worden.

Die 9 % Republik Argentinien Anleihe 99-06 sei nicht prospektpflichtig gewesen, weil „die Ausnahmebestimmung“ des § 3 Abs 1 Z 13 KMG „idF BGBl I Nr 60/1998“ vorgelegen sei. Gemäß § 3 Abs 5 KMG aF bestehe die Prospektpflicht jedoch dann, wenn derartige Wertpapiere nach einer Werbekampagne oder in der Form, die nach § 3 KSchG zum Rücktritt berechtige, zum Erwerb angeboten werden. Eine Werbekampagne sei nicht durchgeführt worden. Dem Kläger seien die Anleihen auch nicht in der Form, die nach § 3 KSchG zum Rücktritt berechtige, zum Erwerb angeboten worden. Zum einen sei die Initiative von ihm selbst ausgegangen, das Sparguthaben höher zu verzinsen, sodass er das Geschäft mit der Beklagten angebahnt habe, zum anderen habe es auch Beratungsgespräche in den Räumlichkeiten der Bank selbst gegeben. Hinsichtlich der 9 % Republik Argentinien Anleihe 99-06 bzw des Zinsdifferenzgeschäfts lasse sich nicht mehr rekonstruieren, wo das Beratungsgespräch stattgefunden habe. Der Kläger sei dafür beweispflichtig, dass es sich um ein „Haustürgeschäft“ gehandelt habe. Aufgrund der Negativfeststellung sei zu seinem Nachteil davon auszugehen, dass die Beratungen in den Räumlichkeiten der Bank erfolgt seien. Ein „Haustürgeschäft“ im Sinn des KSchG, bei dem der Kläger übervorteilt werden hätte können, sei nicht vorgelegen, sodass auch die Anwendung des § 3 Abs 5 KMG aF ausscheide. Der Kläger habe bei beiden Ankäufen der Argentinien-Anleihen als Privatperson gehandelt, daher sei er hinsichtlich beider Rechtsgeschäfte als Verbraucher zu qualifizieren. Die 9 % Republik Argentinien Anleihe 99-06 sei nicht prospektpflichtig gewesen, weil „die Ausnahmebestimmung“ des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 13, KMG „idF BGBl I Nr 60/1998“ vorgelegen sei. Gemäß Paragraph 3, Absatz 5, KMG aF bestehe die Prospektpflicht jedoch dann, wenn derartige Wertpapiere nach einer Werbekampagne oder in der Form, die nach Paragraph 3, KSchG zum Rücktritt berechtige, zum Erwerb angeboten werden. Eine Werbekampagne sei nicht durchgeführt worden. Dem Kläger seien die Anleihen auch nicht in der Form, die nach Paragraph 3, KSchG zum Rücktritt berechtige, zum Erwerb angeboten worden. Zum einen sei die Initiative von ihm selbst ausgegangen, das Sparguthaben höher zu verzinsen, sodass er das Geschäft mit der Beklagten angebahnt habe, zum anderen habe es auch Beratungsgespräche in den Räumlichkeiten der Bank selbst gegeben. Hinsichtlich der 9 % Republik Argentinien Anleihe 99-06 bzw des Zinsdifferenzgeschäfts lasse sich nicht mehr rekonstruieren, wo das Beratungsgespräch stattgefunden habe. Der Kläger sei dafür beweispflichtig, dass es sich um ein „Haustürgeschäft“ gehandelt habe. Aufgrund der Negativfeststellung sei zu seinem Nachteil davon auszugehen, dass die Beratungen in den Räumlichkeiten der Bank erfolgt seien. Ein „Haustürgeschäft“ im Sinn des KSchG, bei dem der Kläger übervorteilt werden hätte können, sei nicht vorgelegen, sodass auch die Anwendung des Paragraph 3, Absatz 5, KMG aF ausscheide. Der Kläger habe bei beiden Ankäufen der Argentinien-Anleihen als Privatperson gehandelt, daher sei er hinsichtlich beider Rechtsgeschäfte als Verbraucher zu qualifizieren.

Allerdings habe die Beklagte die Einschränkung auf grobe Fahrlässigkeit im Wertpapieranlageprofil gegenüber dem

übrigen Vertragstext durch Fettdruck und damit deutlich hervorgehoben, sodass im Sinn des § 15 Abs 2 WAG 1996 ihre Haftung auf grobes Verschulden eingeschränkt sei. Im Hinblick auf die Negativfeststellung zur Frage, ob über das Rating der Anleihen mit „BB“ gesprochen worden sei, und die Tatsache, dass der spekulative Charakter der Argentinien-Anleihen gegenüber dem Kläger nicht thematisiert worden sei, habe die Beklagte den ihr gemäß § 1298 ABGB obliegenden Beweis, dass kein grobes Verschulden vorliege, nicht erbringen können. Robert P***** hätte dem Kläger die Bedeutung des Ratings gemäß § 13 Z 4 WAG 1996 mitteilen müssen. Daran ändere nichts, dass das Ausfallsrisiko der Anlage in der ersten Hälfte 1999 „minimalst“ und die Beratung durch Robert P***** in diesem Punkt durchaus zutreffend gewesen sei. Dem Kläger stünden jene Zinsen zu, die er am Kapitalmarkt bei alternativer Veranlagung tatsächlich erhalten hätte können. Die durchschnittliche Verzinsung bei Sparbuchzinsen sei bei 2,27 % nach KEST gelegen. Allerdings habe die Beklagte die Einschränkung auf grobe Fahrlässigkeit im Wertpapieranlageprofil gegenüber dem übrigen Vertragstext durch Fettdruck und damit deutlich hervorgehoben, sodass im Sinn des Paragraph 15, Absatz 2, WAG 1996 ihre Haftung auf grobes Verschulden eingeschränkt sei. Im Hinblick auf die Negativfeststellung zur Frage, ob über das Rating der Anleihen mit „BB“ gesprochen worden sei, und die Tatsache, dass der spekulative Charakter der Argentinien-Anleihen gegenüber dem Kläger nicht thematisiert worden sei, habe die Beklagte den ihr gemäß Paragraph 1298, ABGB obliegenden Beweis, dass kein grobes Verschulden vorliege, nicht erbringen können. Robert P***** hätte dem Kläger die Bedeutung des Ratings gemäß Paragraph 13, Ziffer 4, WAG 1996 mitteilen müssen. Daran ändere nichts, dass das Ausfallsrisiko der Anlage in der ersten Hälfte 1999 „minimalst“ und die Beratung durch Robert P***** in diesem Punkt durchaus zutreffend gewesen sei. Dem Kläger stünden jene Zinsen zu, die er am Kapitalmarkt bei alternativer Veranlagung tatsächlich erhalten hätte können. Die durchschnittliche Verzinsung bei Sparbuchzinsen sei bei 2,27 % nach KEST gelegen.

Über Berufung der Beklagten änderte das Berufungsgericht das erstinstanzliche Urteil dahin ab, dass es auch das zweite Eventualbegehren im Umfang der erstgerichtlichen Stattgebung abwies. Über das dritte Eventualbegehren entschied es nicht. Rechtlich führte es aus, dass die in Fettdruck gehaltene Einschränkung der Haftung der Beklagten für grobe Fahrlässigkeit im Anlegerprofil eine ausreichende Hervorhebung im Sinn des § 15 Abs 2 WAG 1996 sei. Diese Haftungseinschränkung im zu unterfertigenden Text sei klar und deutlich. Durch den Fettdruck sei sie in ausreichendem Ausmaß hervorgehoben. Die Beklagte hafte damit nur für grobe Fahrlässigkeit. Dem Kläger sei der Beweis nicht gelungen, dass Robert P***** ihm das Rating verschwiegen habe und dies kausal für den Eintritt des Schadens gewesen sei. Die getroffene Negativfeststellung gehe zu seinen Lasten. Ohne Verschweigen des Ratings sei die Beratung von Robert P***** , wonach mit einem Ausfall der Argentinien-Anleihen normalerweise nicht zu rechnen sei, Argentinien noch nie eine Schuld ausfallen habe lassen und Zahlungsunfähigkeit praktisch nicht vorstellbar sei, an der 1999 tatsächlich vorliegenden Situation zu messen, wonach die Einstufung BB („Non Investment Grade - Speculative“) nicht bedeute, dass der Ausfall des „Schuldendienstes“ des Emittenten unmittelbar erwartet werde, ein Totalausfall aber auch nicht als unwahrscheinlich ausgeschlossen werde, das Ausfallsrisiko der Argentinien-Anleihe in der ersten Hälfte 1999 „minimalst“, aber doch gegeben gewesen sei. Gemessen an diesem Ausfallsrisiko sei eine Beratung durch Robert P***** , wonach Zahlungsunfähigkeit von Argentinien praktisch nicht vorstellbar sei und damit normalerweise nicht zu rechnen sei, nicht als grob fahrlässig zu werten. Der Anspruch sei nicht verjährt. Der Schaden sei erst mit Ende der Laufzeit eingetreten, weil erst zu diesem Zeitpunkt festgestanden sei, dass der Kapitalbetrag der Argentinien Anleihe 99-06 nicht zurückbezahlt werde. Auch stehe nicht fest, zu welchem Zeitpunkt die Hoffnung, dass die Anleihe zurückgezahlt werde, auf Null gesunken sei. Daher sei der Schaden erst mit dem Ende der Laufzeit eingetreten. Die Klagsforderung sei aber bereits dem Grunde nach nicht berechtigt. Auf die Argumente des Klägers in der Berufsungsbeantwortung zum Rücktrittsrecht gemäß § 3 KSchG und § 5 KMG ging das Berufungsgericht nicht ein. Über Berufung der Beklagten änderte das Berufungsgericht das erstinstanzliche Urteil dahin ab, dass es auch das zweite Eventualbegehren im Umfang der erstgerichtlichen Stattgebung abwies. Über das dritte Eventualbegehren entschied es nicht. Rechtlich führte es aus, dass die in Fettdruck gehaltene Einschränkung der Haftung der Beklagten für grobe Fahrlässigkeit im Anlegerprofil eine ausreichende Hervorhebung im Sinn des Paragraph 15, Absatz 2, WAG 1996 sei. Diese Haftungseinschränkung im zu unterfertigenden Text sei klar und deutlich. Durch den Fettdruck sei sie in ausreichendem Ausmaß hervorgehoben. Die Beklagte hafte damit nur für grobe Fahrlässigkeit. Dem Kläger sei der Beweis nicht gelungen, dass Robert P***** ihm das Rating verschwiegen habe und dies kausal für den Eintritt des Schadens gewesen sei. Die getroffene Negativfeststellung gehe zu seinen Lasten. Ohne Verschweigen des Ratings sei die Beratung von Robert P***** , wonach mit einem Ausfall der Argentinien-Anleihen normalerweise nicht zu rechnen sei, Argentinien noch nie eine Schuld ausfallen habe lassen und Zahlungsunfähigkeit praktisch nicht

vorstellbar sei, an der 1999 tatsächlich vorliegenden Situation zu messen, wonach die Einstufung BB („Non Investment Grade - Speculative“) nicht bedeute, dass der Ausfall des „Schuldendienstes“ des Emittenten unmittelbar erwartet werde, ein Totalausfall aber auch nicht als unwahrscheinlich ausgeschlossen werde, das Ausfallsrisiko der Argentinien-Anleihe in der ersten Hälfte 1999 „minimalst“, aber doch gegeben gewesen sei. Gemessen an diesem Ausfallsrisiko sei eine Beratung durch Robert P*****, wonach Zahlungsunfähigkeit von Argentinien praktisch nicht vorstellbar sei und damit normalerweise nicht zu rechnen sei, nicht als grob fahrlässig zu werten. Der Anspruch sei nicht verjährt. Der Schaden sei erst mit Ende der Laufzeit eingetreten, weil erst zu diesem Zeitpunkt festgestanden sei, dass der Kapitalbetrag der Argentinien Anleihe 99-06 nicht zurückbezahlt werde. Auch stehe nicht fest, zu welchem Zeitpunkt die Hoffnung, dass die Anleihe zurückgezahlt werde, auf Null gesunken sei. Daher sei der Schaden erst mit dem Ende der Laufzeit eingetreten. Die Klagsforderung sei aber bereits dem Grunde nach nicht berechtigt. Auf die Argumente des Klägers in der Berufungsbeantwortung zum Rücktrittsrecht gemäß Paragraph 3, KSchG und Paragraph 5, KMG ging das Berufungsgericht nicht ein.

Die ordentliche Revision ließ es nicht zu, weil die Beurteilung, ob ein konkretes Verhalten den Grad der groben Fahrlässigkeit erreiche und die Beurteilung einer schriftlich vereinbarten Haftungsbeschränkung im Sinn des § 15 Abs 2 WAG 1996 einzelfallbezogen sei. Die ordentliche Revision ließ es nicht zu, weil die Beurteilung, ob ein konkretes Verhalten den Grad der groben Fahrlässigkeit erreiche und die Beurteilung einer schriftlich vereinbarten Haftungsbeschränkung im Sinn des Paragraph 15, Absatz 2, WAG 1996 einzelfallbezogen sei.

Gegen das Urteil des Berufungsgerichts richtet sich die außerordentliche Revision des Klägers mit dem Abänderungsantrag, das Ersturteil wiederherzustellen, hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagte beantragt in der freigestellten Revisionsbeantwortung, der Revision nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist entgegen dem den Obersten Gerichtshof nicht bindenden (§ 508a Abs 1 ZPO) Ausspruch des Berufungsgerichts zulässig. Sie ist im Sinn des hilfsweise gestellten Aufhebungsantrags auch berechtigt, weil das Berufungsgericht die Berechtigung des Rücktritts des Klägers gemäß § 5 KMG nicht behandelte und diese Anspruchsgrundlage anhand der vom Erstgericht getroffenen Sachverhaltsfeststellungen noch nicht abschließend beurteilt werden kann. Die Revision ist entgegen dem den Obersten Gerichtshof nicht bindenden (Paragraph 508 a, Absatz eins, ZPO) Ausspruch des Berufungsgerichts zulässig. Sie ist im Sinn des hilfsweise gestellten Aufhebungsantrags auch berechtigt, weil das Berufungsgericht die Berechtigung des Rücktritts des Klägers gemäß Paragraph 5, KMG nicht behandelte und diese Anspruchsgrundlage anhand der vom Erstgericht getroffenen Sachverhaltsfeststellungen noch nicht abschließend beurteilt werden kann.

1. Voranzustellen ist, dass sich das zweite Eventualbegehren, über welches die Vorinstanzen entschieden, nicht wörtlich mit dem vom Kläger gestellten Klagebegehren deckt. Ein Verstoß gegen § 405 ZPO, der vom Kläger auch nicht gerügt wird, läge aber nicht vor, weil das tatsächlich gestellte zweite Eventualbegehren inhaltlich mit dem Abgesprochenen übereinstimmt. 1. Voranzustellen ist, dass sich das zweite Eventualbegehren, über welches die Vorinstanzen entschieden, nicht wörtlich mit dem vom Kläger gestellten Klagebegehren deckt. Ein Verstoß gegen Paragraph 405, ZPO, der vom Kläger auch nicht gerügt wird, läge aber nicht vor, weil das tatsächlich gestellte zweite Eventualbegehren inhaltlich mit dem Abgesprochenen übereinstimmt.

Das Berufungsgericht hat ausgehend von seiner Rechtsansicht das dritte Eventualbegehren des Klägers nicht behandelt. Die nicht gänzliche Erledigung des Klagebegehrens wird vom Kläger in der Revision nicht als Verfahrensmangel gerügt, sodass das dritte Eventualbegehren aus dem Verfahren ausgeschieden ist (RIS-Justiz RS0039606, RS0041503 [T2], vgl auch RS0041490 [T2], RS0042365 [T1, T2]). Das Berufungsgericht hat ausgehend von seiner Rechtsansicht das dritte Eventualbegehren des Klägers nicht behandelt. Die nicht gänzliche Erledigung des Klagebegehrens wird vom Kläger in der Revision nicht als Verfahrensmangel gerügt, sodass das dritte Eventualbegehren aus dem Verfahren ausgeschieden ist (RIS-Justiz RS0039606, RS0041503 [T2], vergleiche auch RS0041490 [T2], RS0042365 [T1, T2]).

2. Verjährung des Schadenersatzbegehrens:

2.1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs liegt der Schaden bei fehlerhafter Anlageberatung bereits im Erwerb nicht gewünschter Vermögenswerte, die der Kunde bei richtiger Beratung nicht gekauft hätte

(7 Ob 253/97z = ÖBA 1999/787, 388 [Klete?ka]; zuletzt 8 Ob 132/10k; 4 Ob 200/10f). Auf die spätere Kursentwicklung des Finanzprodukts und die dafür maßgebenden Gründe kommt es in diesem Zusammenhang nicht an (5 Ob 246/10b). Dies entspricht dem weiten Schadensbegriff des ABGB, wonach jeder rechtliche Nachteil einen Schaden darstellt, somit jeder Zustand, an dem ein geringeres rechtliches Interesse als am bisherigen besteht (6 Ob 103/08b = ÖBA 2009/1528, 144 [insoweit zust P. Bydlinski] uva; RIS-Justiz RS0022537). Für das Vorliegen eines „realen“ Schadens ist eine in Geld messbare Vermögenseinbuße nicht unbedingt erforderlich. Es reicht aus, dass die Zusammensetzung des Vermögens des Geschädigten nach dem schadensbegründenden Ereignis nicht seinem Willen entspricht (6 Ob 145/08d; 7 Ob 77/10i mwN; RIS-Justiz RS0022537 [T12]).

Die dreijährige Verjährungsfrist des § 1489 erster Satz ABGB beginnt mit dem Zeitpunkt zu laufen, in welchem dem Geschädigten sowohl der Schaden und die Person des Schädigers als auch die Schadensursache bekannt geworden ist (RIS-Justiz RS0034951; RS0034374 [T4]). Für den Beginn der Verjährungsfrist kommt es entscheidend darauf an, wann der Geschädigte die für eine erfolgsversprechende Anspruchsverfolgung notwendigen Voraussetzungen ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung bringen kann (RIS-Justiz RS0034327). Wenn der Geschädigte die für die erfolgsversprechende Anspruchsverfolgung notwendigen Voraussetzungen ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung bringen kann, gilt die Kenntnisnahme schon als in dem Zeitpunkt erlangt, in welchem sie ihm bei angemessener Erkundigung zuteil geworden wäre. Es darf jedoch die Erkundigungspflicht des Geschädigten nicht überspannt werden (RIS-Justiz RS0034327). Die Kenntnis des Geschädigten hat den gesamten anspruchsbegründenden Sachverhalt zu umfassen, wozu im Fall einer Verschuldenshaftung auch die Klarheit über das Verschulden des Schädigers zählt (RIS-Justiz RS0034374 [T1]; zuletzt 9 Ob 17/07a; s P. Bydlinski, Beginn und Lauf der Verjährung nach fehlerhafter Anlageberatung, FS Reischauer [2010], 77 [84 f]). Die dreijährige Verjährungsfrist des Paragraph 1489, erster Satz ABGB beginnt mit dem Zeitpunkt zu laufen, in welchem dem Geschädigten sowohl der Schaden und die Person des Schädigers als auch die Schadensursache bekannt geworden ist (RIS-Justiz RS0034951; RS0034374 [T4]). Für den Beginn der Verjährungsfrist kommt es entscheidend darauf an, wann der Geschädigte die für eine erfolgsversprechende Anspruchsverfolgung notwendigen Voraussetzungen ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung bringen kann (RIS-Justiz RS0034327). Wenn der Geschädigte die für die erfolgsversprechende Anspruchsverfolgung notwendigen Voraussetzungen ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung bringen kann, gilt die Kenntnisnahme schon als in dem Zeitpunkt erlangt, in welchem sie ihm bei angemessener Erkundigung zuteil geworden wäre. Es darf jedoch die Erkundigungspflicht des Geschädigten nicht überspannt werden (RIS-Justiz RS0034327). Die Kenntnis des Geschädigten hat den gesamten anspruchsbegründenden Sachverhalt zu umfassen, wozu im Fall einer Verschuldenshaftung auch die Klarheit über das Verschulden des Schädigers zählt (RIS-Justiz RS0034374 [T1]; zuletzt 9 Ob 17/07a; s P. Bydlinski, Beginn und Lauf der Verjährung nach fehlerhafter Anlageberatung, FS Reischauer [2010], 77 [84 f]).

2.2. Nach den Feststellungen wollte der Kläger eine sichere Anlageform und kein Kapitalrisiko eingehen. Er kaufte nach der Beratung durch den Regionalleiter der Beklagten, wonach mit einem Ausfall der argentinischen Anleihe normalerweise nicht zu rechnen und Zahlungsunfähigkeit praktisch nicht vorstellbar sei, die 9 % Republik Argentinien Anleihe 99-06. Ab 2001 geriet die Republik Argentinien mit ihrem „Schuldendienst“ (gemeint: ihren Zinszahlungen) in Verzug und tilgte am Ende der Laufzeit diese Anleihe nicht. Wenn der Anleger eine risikolose Anlage („kein Kapitalrisiko“) zu erwerben wünscht, ihm jedoch der Berater eine riskante Anleihe empfiehlt, ist der Schaden in Form einer nicht gewollten Vermögensumschichtung bereits mit dem Erwerb der riskanten Anleihe eingetreten, deren Sicherheit der Rückzahlung in Höhe des Nominalwerts nicht bestand (vgl Graf, Schadenersatz wegen fehlender Anlageberatung: Zum Beginn der subjektiven Verjährungsfrist, ZFR 2010/32, 57 [58]; Klete?ka/Holzinger, Die Verjährung von Schadenersatzansprüchen aus fehlerhafter Anlageberatung, ÖJZ 2009/69, 629 [630]; P. Bydlinski aaO FS Reischauer 85 f). Diesen Schaden begehrt der Kläger in der Form seines Schadenersatzbegehrens durch Naturalrestitution, bei dem er die Rückzahlung des Kaufpreises der Argentinien-Anleihe samt Verzinsung für eine alternative Anlage (Sparbuch) ab dem Zeitpunkt des Erwerbs verlangt. 2.2. Nach den Feststellungen wollte der Kläger eine sichere Anlageform und kein Kapitalrisiko eingehen. Er kaufte nach der Beratung durch den Regionalleiter der Beklagten, wonach mit einem Ausfall der argentinischen Anleihe normalerweise nicht zu rechnen und Zahlungsunfähigkeit praktisch nicht vorstellbar sei, die 9 % Republik Argentinien Anleihe 99-06. Ab 2001 geriet die Republik Argentinien mit ihrem „Schuldendienst“ (gemeint: ihren Zinszahlungen) in Verzug und tilgte am Ende der Laufzeit diese Anleihe nicht. Wenn der Anleger eine risikolose Anlage („kein Kapitalrisiko“) zu erwerben wünscht, ihm jedoch der Berater eine riskante Anleihe empfiehlt, ist der Schaden in Form einer nicht gewollten Vermögensumschichtung bereits mit dem Erwerb der riskanten Anleihe eingetreten, deren Sicherheit der Rückzahlung

in Höhe des Nominalwerts nicht bestand vergleiche Graf, Schadenersatz wegen fehlender Anlageberatung: Zum Beginn der subjektiven Verjährungsfrist, ZFR 2010/32, 57 [58]; Kleteřka/Holzinger, Die Verjährung von Schadenersatzansprüchen aus fehlerhafter Anlageberatung, ÖJZ 2009/69, 629 [630]; P. Bydlinski aaO FS Reischauer 85 f). Diesen Schaden begehrt der Kläger in der Form seines Schadenersatzbegehrens durch Naturalrestitution, bei dem er die Rückzahlung des Kaufpreises der Argentinien-Anleihe samt Verzinsung für eine alternative Anlage (Sparbuch) ab dem Zeitpunkt des Erwerbs verlangt.

Vom Eintritt des (realen) Schadens ist die subjektive Kenntnis des Geschädigten von diesem Schaden zu unterscheiden. Kenntnis von seinem (realen) Schaden im Sinn des § 1489 ABGB - der getätigte Kauf der Argentinien Anleihe 99-06 entspricht wegen des vorhandenen Kapitalverlustrisikos nicht seinem Wunsch nach einer sicheren Anlage, den er dem Berater der Beklagten gegenüber artikuliert hatte - erlangte der Kläger spätestens im Jahr 2003 (in diesem Sinn P. Bydlinski, ÖBA 2009, 146 [Anmerkung zu 6 Ob 103/08b]; Madl, ÖBA 2008, 200 [unklar aber 201] [Anmerkung zu 3 Ob 40/07i]; aA wohl Mader, JBl 2008, 51 [Anmerkung zu 3 Ob 40/07i]). Nach den Feststellungen geriet die Republik Argentinien ab 2001 mit ihrem „Schuldendienst“ in Verzug (sie bezahlte keine Zinsen mehr) und machte ab 2003 Umschuldungsangebote, die dem Kläger von der Beklagten weitergeleitet wurden. Die Umschuldungsangebote waren dergestalt, dass die Argentinien-Anleihe relativ schnell mit einem Kapitalabschlag zurückgezahlt wird oder verbunden mit einer längeren Laufzeit bei voller Kapitaltilgung, womit auch ein niedriger Zinssatz verbunden war. Durch diese alternativen Umschuldungsangebote wurde der Kläger vom realen Schaden in Kenntnis gesetzt, entspricht doch weder ein Abschlag vom Nominalkapital noch eine Kapitaltilgung nach dem 26. 4. 2006 (samt niedrigeren Zinsen) seinem Interesse an der vollständigen Kapitaltilgung am Ende der Laufzeit der gezeichneten Anleihe. Dass der Kläger aufgrund der Umschuldungsangebote, die nach seinem Vorbringen in den Jahren 2003 bis 2005 gemacht wurden, in Kenntnis des eingetretenen realen Schadens war, ergibt sich unmittelbar daraus, dass er im Nominale von 70.000 EUR ein derartiges Umschuldungsangebot annahm, wodurch sich seine Wertpapierposition der 9 % Republik Argentinien Anleihe 99-06 reduzierte. Die Kenntnis vom Eintritt eines Teilschadens reicht für den Beginn der dreijährigen Verjährungsfrist aus (8 Ob 96/07m mwN). Zwar war erst am 26. 4. 2006 „definitiv“, dass der Kapitalbetrag der 9 % Republik Argentinien Anleihe 99-06 nicht zurückgezahlt wird, jedoch betrifft dieser Umstand lediglich die konkrete Bezifferung des Schadens, dessen endgültige vermögensmäßige Entwicklung zunächst noch nicht abgeschlossen ist (P. Bydlinski aaO FS Reischauer 82). Infolge der unterbliebenen Zinszahlungen und der Umschuldungsangebote ab 2003, von denen der Kläger eines annahm und damit seinen Schaden teilweise realisierte, musste ihm im Jahr 2003 bewusst sein, dass die erhaltene Beratung unrichtig war und ihm gerade kein kapitalsicheres Produkt empfohlen wurde. Zu diesem Zeitpunkt war auch ein subjektives Fehlverhalten des Regionalleiters der Beklagten für den Kläger erkennbar. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass ihn eine Erkundigungsobliegenheit traf. Wenn er zunächst aufgrund der Geschäftsbeziehung zur Beklagten Hemmungen hatte, diese zu klagen, und erst im Jahr 2008 Kontakt mit dem Klagevertreter aufnahm, der ihm mitteilte, dass es schon 1999 Börsenprospekte gegeben habe, die die Argentinien-Anleihen als sehr hohes Risiko bezeichnet hätten, ist nicht recht verständlich, warum er diesen sachkundigen Rat - abgesehen von der damals noch aufrechten Geschäftsbeziehung zur Beklagten - nicht bereits 2003 in Anspruch nahm. Dass ein gewisses Risiko dieser Anleihe bereits im Beratungszeitpunkt in Fachkreisen bekannt war, hätte er offenkundig (etwa durch Anfrage bei einer Bank) angesichts der Feststellungen zum Inhalt des Offering Circulars und zu den Ratings ohne nennenswerte Mühe auch schon im Jahr 2003 in Erfahrung bringen können. Vom Eintritt des (realen) Schadens ist die subjektive Kenntnis des Geschädigten von diesem Schaden zu unterscheiden. Kenntnis von seinem (realen) Schaden im Sinn des Paragraph 1489, ABGB - der getätigte Kauf der Argentinien Anleihe 99-06 entspricht wegen des vorhandenen Kapitalverlustrisikos nicht seinem Wunsch nach einer sicheren Anlage, den er dem Berater der Beklagten gegenüber artikuliert hatte - erlangte der Kläger spätestens im Jahr 2003 (in diesem Sinn P. Bydlinski, ÖBA 2009, 146 [Anmerkung zu 6 Ob 103/08b]; Madl, ÖBA 2008, 200 [unklar aber 201] [Anmerkung zu 3 Ob 40/07i]; aA wohl Mader, JBl 2008, 51 [Anmerkung zu 3 Ob 40/07i]). Nach den Feststellungen geriet die Republik Argentinien ab 2001 mit ihrem „Schuldendienst“ in Verzug (sie bezahlte keine Zinsen mehr) und machte ab 2003 Umschuldungsangebote, die dem Kläger von der Beklagten weitergeleitet wurden. Die Umschuldungsangebote waren dergestalt, dass die Argentinien-Anleihe relativ schnell mit einem Kapitalabschlag zurückgezahlt wird oder verbunden mit einer längeren Laufzeit bei voller Kapitaltilgung, womit auch ein niedriger Zinssatz verbunden war. Durch diese alternativen Umschuldungsangebote wurde der Kläger vom realen Schaden in Kenntnis gesetzt, entspricht doch weder ein Abschlag vom Nominalkapital noch eine Kapitaltilgung nach dem 26. 4. 2006 (samt niedrigeren Zinsen) seinem Interesse an der vollständigen Kapitaltilgung am Ende der Laufzeit der gezeichneten Anleihe. Dass der Kläger aufgrund

der Umschuldungsangebote, die nach seinem Vorbringen in den Jahren 2003 bis 2005 gemacht wurden, in Kenntnis des eingetretenen realen Schadens war, ergibt sich unmittelbar daraus, dass er im Nominale von 70.000 EUR ein derartiges Umschuldungsangebot annahm, wodurch sich seine Wertpapierposition der 9 % Republik Argentinien Anleihe 99-06 reduzierte. Die Kenntnis vom Eintritt eines Teilschadens reicht für den Beginn der dreijährigen Verjährungsfrist aus (8 Ob 96/07m mwN). Zwar war erst am 26. 4. 2006 „definitiv“, dass der Kapitalbetrag der 9 % Republik Argentinien Anleihe 99-06 nicht zurückgezahlt wird, jedoch betrifft dieser Umstand lediglich die konkrete Bezifferung des Schadens, dessen endgültige vermögensmäßige Entwicklung zunächst noch nicht abgeschlossen ist (P. Bydlinski aaO FS Reischauer 82). Infolge der unterbliebenen Zinszahlungen und der Umschuldungsangebote ab 2003, von denen der Kläger eines annahm und damit seinen Schaden teilweise realisierte, musste ihm im Jahr 2003 bewusst sein, dass die erhaltene Beratung unrichtig war und ihm gerade kein kapitalsicheres Produkt empfohlen wurde. Zu diesem Zeitpunkt war auch ein subjektives Fehlverhalten des Regionalleiters der Beklagten für den Kläger erkennbar. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass ihn eine Erkundigungsobliegenheit traf. Wenn er zunächst aufgrund der Geschäftsbeziehung zur Beklagten Hemmungen hatte, diese zu klagen, und erst im Jahr 2008 Kontakt mit dem Klagevertreter aufnahm, der ihm mitteilte, dass es schon 1999 Börsenprospekte gegeben habe, die die Argentinien-Anleihen als sehr hohes Risiko bezeichnet hätten, ist nicht recht verständlich, warum er diesen sachkundigen Rat - abgesehen von der damals noch aufrechten Geschäftsbeziehung zur Beklagten - nicht bereits 2003 in Anspruch nahm. Dass ein gewisses Risiko dieser Anleihe bereits im Beratungszeitpunkt in Fachkreisen bekannt war, hätte er offenkundig (etwa durch Anfrage bei einer Bank) angesichts der Feststellungen zum Inhalt des Offering Circulars und zu den Ratings ohne nennenswerte Mühe auch schon im Jahr 2003 in Erfahrung bringen können.

2.3. Beschwichtigungen der Beklagten, wie sie den Entscheidungen 3 Ob 40/07i und 9 Ob 17/07a (betreffen ebenfalls Argentinien-Anleihen) zu Grunde lagen, wurden hier nicht festgestellt. So war nicht feststellbar, ob dem Kläger ein Mitarbeiter der Beklagten geraten hatte, die Umtauschangebote nicht anzunehmen, und auch nicht, ob ihm ein Mitarbeiter zusagte, dass am Ende der Laufzeit das volle Kapital zur Auszahlung gelangen werde. Die Mitteilung im Jahr 2005, nachdem der Kläger bereits ein Umschuldungsangebot angenommen hatte, dass es nach wie vor Verhandlungen gebe, damit die Republik Argentinien in die Lage versetzt werde, die Altschulden abzudecken, ist im konkreten Fall nicht als Beschwichtigungsversuch zu werten.

2.4. Ausgehend von der Kenntnis des Klägers von (realem) Schaden und Schädiger gemäß § 1489 erster Satz ABGB im Jahr 2003 ist der erst am 11. 3. 2009 eingeklagte Anspruch auf Schadenersatz durch Naturalrestitution verjährt. Auf die Frage eines nach § 15 Abs 2 WAG 1996 wirksam vereinbarten Haftungsausschlusses für leichtes Verschulden und den Verschuldensgrad der Beklagten (grobe/leichte Fahrlässigkeit) kommt es damit nicht an. 2.4. Ausgehend von der Kenntnis des Klägers von (realem) Schaden und Schädiger gemäß Paragraph 1489, erster Satz ABGB im Jahr 2003 ist der erst am 11. 3. 2009 eingeklagte Anspruch auf Schadenersatz durch Naturalrestitution verjährt. Auf die Frage eines nach Paragraph 15, Absatz 2, WAG 1996 wirksam vereinbarten Haftungsausschlusses für leichtes Verschulden und den Verschuldensgrad der Beklagten (grobe/leichte Fahrlässigkeit) kommt es damit nicht an.

3. Arglist:

Der Kläger stützte sein Klagebegehren auch auf arglistige Irreführung durch die Beklagte, welche ihn zur Anfechtung des über die empfohlenen Argentinien-Anleihen abgeschlossenen Kommissionsgeschäfts berechtige. List im Sinn des § 870 ABGB ist rechtswidrige, vorsätzliche Täuschung (zivilrechtlicher Betrug). Der Vertragschließende wird durch die Vorspiegelung falscher Tatsachen in Irrtum geführt oder durch Unterdrückung wahrer Tatsachen in seinem Irrtum belassen oder bestärkt und dadurch zum Vertragsabschluss bestimmt. Täuschung durch Verschweigen erfordert zudem, dass eine Aufklärungspflicht verletzt wurde, was nach den Anschauungen des redlichen Verkehrs zu beurteilen ist (RIS-Justiz RS0014790 [T8]). Arglist nach bürgerlichem Recht setzt keine Schädigungsabsicht, wohl aber die Absicht oder zumindest das Bewusstsein der Täuschung des Vertragspartners voraus. „List“ bedeutet soviel wie Betrug, wenn auch nicht im strafrechtlichen Sinn und kann auch in einer Verschweigung liegen, wenn dadurch eine Aufklärungspflicht verletzt wird (RIS-Justiz RS0014833 [ebendort T6]). Eine weitere Voraussetzung für die Anfechtung nach § 870 ABGB liegt im Erfordernis, dass das Verhalten des Täuschenden und damit der Irrtum für den Vertragsabschluss kausal war, ein Umstand, der vom Anfechtenden behauptet und bewiesen werden muss (RIS-Justiz RS0014790). Der Kläger stützte sein Klagebegehren auch auf arglistige Irreführung durch die Beklagte, welche ihn zur Anfechtung des über die empfohlenen Argentinien-Anleihen abgeschlossenen Kommissionsgeschäfts berechtige. List im Sinn des Paragraph 870, ABGB ist rechtswidrige, vorsätzliche Täuschung (zivilrechtlicher Betrug). Der

Vertragschließende wird durch die Vorspiegelung falscher Tatsachen in Irrtum geführt oder durch Unterdrückung wahrer Tatsachen in seinem Irrtum belassen oder bestärkt und dadurch zum Vertragsabschluss bestimmt. Täuschung durch Verschweigen erfordert zudem, dass eine Aufklärungspflicht verletzt wurde, was nach den Anschauungen des redlichen Verkehrs zu beurteilen ist (RIS-Justiz RS0014790 [T8]). Arglist nach bürgerlichem Recht setzt keine Schädigungsabsicht, wohl aber die Absicht oder zumindest das Bewusstsein der Täuschung des Vertragspartners voraus. „List“ bedeutet soviel wie Betrug, wenn auch nicht im strafrechtlichen Sinn und kann auch in einer Verschweigung liegen, wenn dadurch eine Aufklärungspflicht verletzt wird (RIS-Justiz RS0014833 [ebendort T6]). Eine weitere Voraussetzung für die Anfechtung nach Paragraph 870, ABGB liegt im Erfordernis, dass das Verhalten des Täuschenden und damit der Irrtum für den Vertragsabschluss kausal war, ein Umstand, der vom Anfechtenden behauptet und bewiesen werden muss (RIS-Justiz RS0014790).

Ein arglistiges Verhalten des Regionalleiters der Beklagten anlässlich der Beratung des Klägers im Zusammenhang mit dem Ankauf der 9 % Republik Argentinien Anleihe 99-06 liegt - wovon auch die Vorinstanzen ausgingen - nicht vor. Den behaupteten Beratungsfehler durch Verschweigen des Ratings der Argentinien-Anleihe konnte der Kläger nicht beweisen, traf doch das Erstgericht diesbezüglich eine non-liquet-Feststellung. Der Mitarbeiter teilte dem Kläger mit, dass mit einem Ausfall der argentinischen Anleihe normalerweise nicht zu rechnen sei und die Zahlungsunfähigkeit praktisch nicht vorstellbar sei, weil die Republik Argentinien als Musterschüler in Südamerika gelte. Er wies ihn nicht darauf hin, dass es sich bei den Argentinien-Anleihen um eine spekulative Anlageform handelte. Dieses Verhalten des Regionalleiters der Beklagten ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass das Ausfallsrisiko der Argentinien-Anleihen in der ersten Hälfte 1999 „minimalst“, aber doch gegeben war und diese Anleihen mit etwas höherem Ausfallsrisiko behaftet waren. Bei der Argentinien-Anleihe, die in der ersten Jahreshälfte 1999 als „Non-Investment Grade - Speculative“ eingestuft wurde, ging man nicht davon aus, dass das Kapital nicht zurückgezahlt werden kann, aber das Risiko war - gegenüber Anleihen mit einem Ausfallsrisiko von praktisch Null - etwas höher. Aufgrund dieser Feststellungen kann aber nicht von einer vorsätzlichen Täuschung des Mitarbeiters der Beklagten durch Vorspiegelung falscher Tatsachen bzw durch Unterdrückung wahrer Tatsachen gesprochen werden. Eine Anfechtung wegen Arglist nach § 870 ABGB scheidet daher aus.

Ein arglistiges Verhalten des Regionalleiters der Beklagten anlässlich der Beratung des Klägers im Zusammenhang mit dem Ankauf der 9 % Republik Argentinien Anleihe 99-06 liegt - wovon auch die Vorinstanzen ausgingen - nicht vor. Den behaupteten Beratungsfehler durch Verschweigen des Ratings der Argentinien-Anleihe konnte der Kläger nicht beweisen, traf doch das Erstgericht diesbezüglich eine non-liquet-Feststellung. Der Mitarbeiter teilte dem Kläger mit, dass mit einem Ausfall der argentinischen Anleihe normalerweise nicht zu rechnen sei und die Zahlungsunfähigkeit praktisch nicht vorstellbar sei, weil die Republik Argentinien als Musterschüler in Südamerika gelte. Er wies ihn nicht darauf hin, dass es sich bei den Argentinien-Anleihen um eine spekulative Anlageform handelte. Dieses Verhalten des Regionalleiters der Beklagten ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass das Ausfallsrisiko der Argentinien-Anleihen in der ersten Hälfte 1999 „minimalst“, aber doch gegeben war und diese Anleihen mit etwas höherem Ausfallsrisiko behaftet waren. Bei der Argentinien-Anleihe, die in der ersten Jahreshälfte 1999 als „Non-Investment Grade - Speculative“ eingestuft wurde, ging man nicht davon aus, dass das Kapital nicht zurückgezahlt werden kann, aber das Risiko war - gegenüber Anleihen mit einem Ausfallsrisiko von praktisch Null - etwas höher. Aufgrund dieser Feststellungen kann aber nicht von einer vorsätzlichen Täuschung des Mitarbeiters der Beklagten durch Vorspiegelung falscher Tatsachen bzw durch Unterdrückung wahrer Tatsachen gesprochen werden. Eine Anfechtung wegen Arglist nach Paragraph 870, ABGB scheidet daher aus.

4. Zum Rücktritt gemäß § 3 KSchG: 4. Zum Rücktritt gemäß Paragraph 3, KSchG:

Unstrittig ist, dass es sich beim Kläger um einen Verbraucher gemäß § 1 Abs 1 Z 2 KSchG und bei der Beklagten um eine Unternehmerin handelt. Der Kläger gab nach vorangegangenen Beratungen am 4. 6. 1999 und am 16. 9. 1999 der Beklagten jeweils telefonisch den Auftrag zum Kauf der 9 % Republik Argentinien Anleihe 99-06. Diese Vertragserklärungen erfolgten an keiner der der beklagten Unternehmerin zuzuordnenden Örtlichkeiten im Sinn des § 3 Abs 1 KSchG. Unstrittig ist, dass es sich beim Kläger um einen Verbraucher gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 2, KSchG und bei der Beklagten um eine Unternehmerin handelt. Der Kläger gab nach vorangegangenen Beratungen am 4. 6. 1999 und am 16. 9. 1999 der Beklagten jeweils telefonisch den Auftrag zum Kauf der 9 % Republik Argentinien Anleihe 99-06. Diese Vertragserklärungen erfolgten an keiner der der beklagten Unternehmerin zuzuordnenden Örtlichkeiten im Sinn des Paragraph 3, Absatz eins, KSchG.

§ 3 Abs 3 Z 1 KSchG schließt das Rücktrittsrecht des Verbrauchers aus, wenn er selbst die geschäftliche Verbindung mit

dem Unternehmer zwecks Schließung dieses Vertrags angebahnt hat. Das ist der Fall, wenn der Verbraucher zur Anbahnung des konkreten Verbrauchergeschäfts auf eigenen Antrieb selbst aktiv geworden ist. Anbahnung in diesem Sinn erfordert ein Verhalten, durch das dem Unternehmer gegenüber zum Ausdruck gebracht wird, dass der Verbraucher - auf seine Initiative - in Verhandlungen zum Abschluss eines konkret bestimmten Verbrauchergeschäfts treten will (RIS-Justiz RS0065497; zuletzt 3 Ob 112/04y; 1 Ob 76/09x; Mayrhofer/Tangl in Klang³ § 3 KSchG Rz 44; Kosesnik-Wehrle in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 3 Rz 21; Krejci in Rummel³ § 3 KSchG Rz 23). Beweispflichtig für die Anbahnung durch den Verbraucher ist der Unternehmer (RIS-Justiz RS0065220 [T2]). Maßgeblich ist eine kongruente Anbahnung: Der Verbraucher muss gerade jenen Vertrag angebahnt haben, der geschlossen wurde; jene Zwecke müssen verwirklicht sein, deretwegen der Verbraucher den Geschäftskontakt gesucht hat (3 Ob 112/04y mwN; Mayrhofer/Tangl aaO Rz 51; Krejci aaO Rz 27; Apathy in Schwimann, ABGB³ V § 3 KSchG Rz 12; Kosesnik-Wehrle aaO Rz 22; Kathrein in KBB³ § 3 KSchG Rz 5). Paragraph 3, Absatz 3, Ziffer eins, KSchG schließt das Rücktrittsrecht des Verbrauchers aus, wenn er selbst die geschäftliche Verbindung mit dem Unternehmer zwecks Schließung dieses Vertrags angebahnt hat. Das ist der Fall, wenn der Verbraucher zur Anbahnung des konkreten Verbrauchergeschäfts auf eigenen Antrieb selbst aktiv geworden ist. Anbahnung in diesem Sinn erfordert ein Verhalten, durch das dem Unternehmer gegenüber zum Ausdruck gebracht wird, dass der Verbraucher - auf seine Initiative - in Verhandlungen zum Abschluss eines konkret bestimmten Verbrauchergeschäfts treten will (RIS-Justiz RS0065497; zuletzt 3 Ob 112/04y; 1 Ob 76/09x; Mayrhofer/Tangl in Klang³ Paragraph 3, KSchG Rz 44; Kosesnik-Wehrle in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ Paragraph 3, Rz 21; Krejci in Rummel³ Paragraph 3, KSchG Rz 23). Beweispflichtig für die Anbahnung durch den Verbraucher ist der Unternehmer (RIS-Justiz RS0065220 [T2]). Maßgeblich ist eine kongruente Anbahnung: Der Verbraucher muss gerade jenen Vertrag angebahnt haben, der geschlossen wurde; jene Zwecke müssen verwirklicht sein, deretwegen der Verbraucher den Geschäftskontakt gesucht hat (3 Ob 112/04y mwN; Mayrhofer/Tangl aaO Rz 51; Krejci aaO Rz 27; Apathy in Schwimann, ABGB³ römisch fünf Paragraph 3, KSchG Rz 12; Kosesnik-Wehrle aaO Rz 22; Kathrein in KBB³ Paragraph 3, KSchG Rz 5).

Eine kongruente Anbahnung im Sinn des § 3 Abs 3 Z 1 KSchG liegt hier vor. Der Kläger rief Anfang 1999 den Geschäftsstellenleiter der Beklagten zwecks höherer Zinsen für seine Guthaben an, wurde von diesem zumindest bei drei Besprechungsterminen zur Veranlagung in Argentinien-Anleihen, die er später zeichnete, beraten und „kaufte“ erst nach einem weiteren Beratungsgespräch zu einem sogenannten „Leverage-Geschäft“ die bereits zuvor konkret besprochene 9 % Republik Argentinien Anleihe 99-06, und zwar zunächst Anfang Juni 1999 im Nominalwert von 500.000 EUR und eine weitere Tranche (Nominale 90.000 EUR) drei Monate später im September 1999. Den beiden telefonischen Aufträgen ging die Anbahnung des Abschlusses gerade dieser beiden Wertpapierkäufe auf Initiative des Klägers unter seiner maßgeblichen Beteiligung sowie in seinem Interesse daran voraus. Eine Gefahr der Überrumpelung ist in keiner Weise zu erkennen. Eine kongruente Anbahnung im Sinn des Paragraph 3, Absatz 3, Ziffer eins, KSchG liegt hier vor. Der Kläger rief Anfang 1999 den Geschäftsstellenleiter der Beklagten zwecks höherer Zinsen für seine Guthaben an, wurde von diesem zumindest bei drei Besprechungsterminen zur Veranlagung in Argentinien-Anleihen, die er später zeichnete, beraten und „kaufte“ erst nach einem weiteren Beratungsgespräch zu einem sogenannten „Leverage-Geschäft“ die bereits zuvor konkret besprochene 9 % Republik Argentinien Anleihe 99-06, und zwar zunächst Anfang Juni 1999 im Nominalwert von 500.000 EUR und eine weitere Tranche (Nominale 90.000 EUR) drei Monate später im September 1999. Den beiden telefonischen Aufträgen ging die Anbahnung des Abschlusses gerade dieser beiden Wertpapierkäufe auf Initiative des Klägers unter seiner maßgeblichen Beteiligung sowie in seinem Interesse daran voraus. Eine Gefahr der Überrumpelung ist in keiner Weise zu erkennen.

Dem Kläger steht daher kein Rücktrittsrecht gemäß § 3 Abs 1 KSchG zu, sodass auf Fragen im Zusammenhang mit der Beseitigung der Befristung der Rücktrittsmöglichkeit durch § 41a Abs 16 KSchG auch für Verträge, die vor dem 1. 1. 2004 abgeschlossen worden sind, nicht eingegangen werden muss (vgl dazu 6 Ob 110/07f; Koch, ÖBA 2008, 475 [476]; Mayrhofer/Tangl aaO Rz 76; Kolba in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 41a Rz 18). Dem Kläger steht daher kein Rücktrittsrecht gemäß Paragraph 3, Absatz eins, KSchG zu, sodass auf Fragen im Zusammenhang mit der Beseitigung der Befristung der Rücktrittsmöglichkeit durch Paragraph 41 a, Absatz 16, KSchG auch für Verträge, die vor dem 1. 1. 2004 abgeschlossen worden sind, nicht eingegangen werden muss vergleiche dazu 6 Ob 110/07f; Koch, ÖBA 2008, 475 [476]; Mayrhofer/Tangl aaO Rz 76; Kolba in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ Paragraph 41 a, Rz 18).

5. Zum Rücktrittsrecht nach § 5 KMG: 5. Zum Rücktrittsrecht nach Paragraph 5, KMG:

5.1. Nach § 5 Abs 1 KMG können Verbraucher von ihrem Angebot oder vom Vertrag zurücktreten, wenn ein

prospektpflichtiges Angebot ohne vorgehende Veröffentlichung eines Prospekts oder der Angaben nach § 6 KMG (wesentliche ändernde oder ergänzende Angaben) erfolgt. Das Rücktrittsrecht erlischt mit Ablauf einer Woche nach dem Tag, an dem der Prospekt oder die Angaben nach § 6 KMG veröffentlicht wurden (§ 5 Abs 4 KMG). Solange kein Prospekt veröffentlicht wurde, steht dem Anleger, der Verbraucher ist, das jederzeitige Rücktrittsrecht, und zwar unbefristet, zu (2 Ob 32/09h = ecolex 2010/195, 560 [Graf] = ÖBA 2010/1661, 753 [Oppitz] = ZFR 2010/64, 116 [Zahradnik] mwN). 5.1. Nach Paragraph 5, Absatz eins, KMG können Verbraucher von ihrem Angebot oder vom Vertrag zurücktreten, wenn ein prospektpflichtiges Angebot ohne vorgehende Veröffentlichung eines Prospekts oder der Angaben nach Paragraph 6, KMG (wesentliche ändernde oder ergänzende Angaben) erfolgt. Das Rücktrittsrecht erlischt mit Ablauf einer Woche nach dem Tag, an dem der Prospekt oder die Angaben nach Paragraph 6, KMG veröffentlicht wurden (Paragraph 5, Absatz 4, KMG). Solange kein Prospekt veröffentlicht wurde, steht dem Anleger, der Verbraucher ist, das jederzeitige Rücktrittsrecht, und zwar unbefristet, zu (2 Ob 32/09h = ecolex 2010/195, 560 [Graf] = ÖBA 2010/1661, 753 [Oppitz] = ZFR 2010/64, 116 [Zahradnik] mwN).

Um ein Rücktrittsrecht bejahen zu können, muss demnach

ein Verbrauchergeschäft vorliegen,

ein die Prospektpflicht auslösendes öffentliches Angebot vorliegen,

die Prospektpflicht verletzt sein und

die beklagte Bank Verkäuferin der Wertpapiere gewesen sein (in diesem Sinn 2 Ob 32/09h; 8 Ob 38/11p);

schließlich darf das Rücktrittsrecht nicht nach § 5 Abs 4 KMG erloschen sein (8 Ob 38/11p). schließlich darf das Rücktrittsrecht nicht nach Paragraph 5, Absatz 4, KMG erloschen sein (8 Ob 38/11p).

5.2. Die Verbrauchereigenschaft des Klägers im Zusammenhang mit der zu beurteilenden Investition steht im vorliegenden Fall nicht mehr in Zweifel. Er handelte somit als Verbraucher im Sinn des § 1 Abs 1 Z 2 KSchG. 5.2. Die Verbrauchereigenschaft des Klägers im Zusammenhang mit der zu beurteilenden Investition steht im vorliegenden Fall nicht mehr in Zweifel. Er handelte somit als Verbraucher im Sinn des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 2, KSchG.

5.3. Zum Vorliegen eines prospektpflichtigen öffentlichen Angebots gemäß § 2 iVm § 1 Abs 1 Z 1 und Abs 2 - in der zu den Erwerbszeitpunkten geltenden Fassung BGBl 1991/625, wozu der Kläger Vorbringen erstattete, und zur Ausnahme von der Prospektpflicht gemäß § 3 Abs 1 Z 13 KMG idF BGBl 1993/532, worauf sich die Beklagte berief -

fehlen tragfähige Feststellungen. Das Erstgericht traf die - vom Berufungsgericht übernommene - „Feststellung“, die 9 % Republik Argentinien Anleihe 99-06 sei nicht prospektpflichtig nach dem KMG gewesen, und ergänzte in der rechtlichen Beurteilung, dass die „Ausnahmebestimmung“ [gemeint offenbar: der Ausnahmefall] des § 3 Abs 1 Z 13 KMG „idF BGBl I Nr 60/1998“ vorgelegen sei. Sowohl zur Beurteilung des Vorliegens eines prospektpflichtigen öffentlichen Angebots als auch zur Ausnahme von der Prospektpflicht gemäß § 3 Abs 1 Z 13 KMG in der zu den Erwerbszeitpunkten geltenden Fassung unterblieben jedoch Feststellungen, die durch die rechtliche Beurteilung, dass die Argentinien-Anleihe nicht prospektpflichtig gewesen sei, nicht ersetzt werden können. Das Erstgericht wird somit im fortgesetzten Verfahren Feststellungen zum Vorliegen eines die Prospektpflicht auslösenden öffentlichen Angebots, zur Verletzung der Prospektpflicht und zum Rücktrittsrecht konkret gegenüber der beklagten Bank zu treffen haben.

5.3. Zum Vorliegen eines prospektpflichtigen öffentlichen Angebots gemäß Paragraph 2, in Verbindung mit Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins und Absatz 2, - in der zu den Erwerbszeitpunkten geltenden Fassung BGBl 1991/625, wozu der Kläger Vorbringen erstattete, und zur Ausnahme von der Prospektpflicht gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 13, KMG in der Fassung BGBl 1993/532, worauf sich die Beklagte berief -, fehlen tragfähige Feststellungen. Das Erstgericht traf die - vom Berufungsgericht übernommene - „Feststellung“, die 9 % Republik Argentinien Anleihe 99-06 sei nicht prospektpflichtig nach dem KMG gewesen, und ergänzte in der rechtlichen Beurteilung, dass die „Ausnahmebestimmung“ [gemeint offenbar: der Ausnahmefall] des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 13, KMG „idF BGBl I Nr 60/1998“ vorgelegen sei. Sowohl zur Beurteilung des Vorliegens eines prospektpflichtigen öffentlichen Angebots als auch zur Ausnahme von der Prospektpflicht gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 13, KMG in der zu den Erwerbszeitpunkten geltenden Fassung unterblieben jedoch Feststellungen, die durch die rechtliche Beurteilung, dass die Argentinien-Anleihe nicht prospektpflichtig gewesen sei, nicht ersetzt werden können. Das Erstgericht wird somit im fortgesetzten Verfahren Feststellungen zum Vorliegen eines die Prospektpflicht auslösenden öffentlichen Angebots, zur Verletzung der Prospektpflicht und zum Rücktrittsrecht konkret gegenüber der beklagten Bank zu treffen haben.

5.3.1. Dabei wird zu berücksichtigen sein, dass von einem öffentlichen Angebot im Sinn des § 1 Abs 1 Z 1 und Abs 2 KMG (in den für diese Entscheidung relevanten Zeitpunkten) grundsätzlich dann auszugehen ist, wenn es - direkt oder indirekt - an die Allgemeinheit erfolgte, also der intendierte Adressatenkreis prinzipiell unbeschränkt war bzw an einen nur nach gewissen abstrakten Kriterien beschränkten Kreis von Adressaten gerichtet wurde und allen Personen, die diese Kriterien erfüllten, Zugang gewährte oder gewähren sollte. Wurden die Adressaten namentlich bzw persönlich so ausgewählt, dass eine der Prospektinformation gleichwertige Anlegerinformation in jedem Einzelfall gewährleistet werden konnte, und wurde an andere Interessenten nicht verkauft, ist von einem öffentlichen Angebot nicht auszugehen (2 Ob 32/09h). Die im Hinblick auf § 3 Abs 5 KMG idFBGBl 1991/625 getroffene Negativfeststellung dazu, ob die 9 % Republik Argentinien Anleihe 99-06 durch eine Werbekampagne beworben wurde, beantwortet diese Fragen nicht abschließend. 5.3.1. Dabei wird zu berücksichtigen sein, dass von einem öffentlichen Angebot im Sinn des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins und Absatz 2, KMG (in den für diese Entscheidung relevanten Zeitpunkten) grundsätzlich dann auszugehen ist, wenn es - direkt oder indirekt - an die Allgemeinheit erfolgte, also der intendierte Adressatenkreis prinzipiell unbeschränkt war bzw an einen nur nach gewissen abstrakten Kriterien beschränkten Kreis von Adressaten gerichtet wurde und allen Personen, die diese Kriterien erfüllten, Zugang gewährte oder gewähren sollte. Wurden die Adressaten namentlich bzw persönlich so ausgewählt, dass eine der Prospektinformation gleichwertige Anlegerinformation in jedem Einzelfall gewährleistet werden konnte, und wurde an andere Interessenten nicht verkauft, ist von einem öffentlichen Angebot nicht auszugehen (2 Ob 32/09h). Die im Hinblick auf Paragraph 3, Absatz 5, KMG in der Fassung BGBl 1991/625 getroffene Negativfeststellung dazu, ob die 9 % Republik Argentinien Anleihe 99-06 durch eine Werbekampagne beworben wurde, beantwortet diese Fragen nicht abschließend.

Die Prospektpflicht ist in § 2 KMG geregelt. Nach dem ersten Satz dieser Bestimmung (in der zu den Stichtagen geltenden Fassung) durfte ein öffentliches Angebot für Wertpapiere im Inland nur erfolgen, wenn spätestens einen Werktag davor ein nach den Bestimmungen des KMG erstellter und kontrollierter Prospekt veröffentlicht wurde. Das KMG normiert nicht ausdrücklich, wer die Prospektpflicht zu erfüllen hat. Primärer Adressat der Regelungen über die Zulässigkeit des öffentlichen Angebots ist der Emittent. Darüber hinaus hat aber auch der Anbieter sicherzustellen, dass die Vorschriften des KMG eingehalten werden (2 Ob 32/09h; 8 Ob 38/11p). Dementsprechend ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass Rücktrittsgegner des Verbrauchers sein Vertragspartner ist, also auch der Anbieter, der die Wertpapiere im eigenen Namen vertreibt, nicht aber der reine Vermittler als Bevollmächtigter (2 Ob 32/09h; 8 Ob 38/11p). Die Prospektpflicht ist in Paragraph 2, KMG geregelt. Nach dem ersten Satz dieser Bestimmung (in der zu den Stichtagen geltenden Fassung) durfte ein öffentliches Angebot für Wertpapiere im Inland nur erfolgen, wenn spätestens einen Werktag davor ein nach den Bestimmungen des KMG erstellter und kontrollierter Prospekt veröffentlicht wurde. Das KMG normiert nicht ausdrücklich, wer die Prospektpflicht zu erfüllen hat. Primärer Adressat der Regelungen über die Zulässigkeit des öffentlichen Angebots ist der Emittent. Darüber hinaus hat aber auch der Anbieter sicherzustellen, dass die Vorschriften des KMG eingehalten werden (2 Ob 32/09h; 8 Ob 38/11p). Dementsprechend ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass Rücktrittsgegner des Verbrauchers sein Vertragspartner ist, also auch der Anbieter, der die Wertpapiere im eigenen Namen vertreibt, nicht aber der reine Vermittler als Bevollmächtigter (2 Ob 32/09h; 8 Ob 38/11p).

Mangels einer Beurteilungsgrundlage für das Vorliegen der Voraussetzungen des Rücktritts gemäß § 5 KMG ist derzeit zu den Rücktrittsfolgen (vgl dazu Zib in Zib/Russ/Lorenz, Kapitalmarktgesetz [2008] § 5 KMG Rz 26) nicht Stellung zu nehmen. Mangels einer Beurteilungsgrundlage für das Vorliegen der Voraussetzungen des Rücktritts gemäß Paragraph 5, KMG ist derzeit zu den Rücktrittsfolgen vergleiche dazu Zib in Zib/Russ/Lorenz, Kapitalmarktgesetz [2008] Paragraph 5, KMG Rz 26) nicht Stellung zu nehmen.

5.3.2. Sollte ein Ausnahmefall nach § 3 KMG vorliegen, würde die Prospektpflicht gemäß § 2 KMG nicht gelten. Zwar bestehen nach dem Inhalt des Offering Circular und den Ausführungen des vom Erstgericht beigezogenen Sachverständigen Anhaltspunkte für das Vorliegen des Aufnahme tatbestands von der Prospektpflicht gemäß § 3 Abs 1 Z 13 KMG idFBGBl 1993/532, jedoch fehlen auch dazu Feststellungen. Sollte festgestellt werden können, dass die Wertpapiere, die von einem Bankkonsortium, von dem mindestens ein Mitglied seinen Sitz im Ausland hat, fest übernommen und vertrieben wurden, wobei mindestens 50 vH der Gesamtemission außerhalb des Bundesgebiets zum Erwerb angeboten wurden (lit a) und der Erwerb ausschließlich über Kredit- oder Finanzinstitute im Sinn des § 1 Abs 1 und Abs 2 BWG oder von Art 1 erster Gedankenstrich der RL 77/780/EWG und von Art 1 Z 6 der RL 89/646/EWG erfolgte (lit b), wäre auf die gemäß § 3 Abs 5 KMG idFBGBl 1991/625 allenfalls bestehende Prospektpflicht Bedacht zu

nehmen. Da aber die 9 % Republik Argentinien Anleihe 99-06 weder nach einer Werbekampagne (eine solche wurde gerade nicht festgestellt) noch dem Kläger in der Form, die ihn nach § 3 KSchG zum Rücktritt berechtigt (siehe die Begründung zu Punkt 4.), zum Erwerb angeboten wurde, steht schon jetzt fest, dass - wie das Erstgericht zutreffend erkannte - eine Prospektpflicht nach § 3 Abs 5 KMG aF ausscheidet. 5.3.2. Sollte ein Ausnahmefall nach Paragraph 3, KMG vorliegen, würde die Prospektpflicht gemäß Paragraph 2, KMG nicht gelten. Zwar bestehen nach dem Inhalt des Offering Circular und den Ausführungen des vom Erstgericht beigezogenen Sachverständigen Anhaltspunkte für das Vorliegen des Aufnahmeetatbestands von der Prospektpflicht gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 13, KMG in der Fassung BGBl 1993/532, jedoch fehlen auch dazu Feststellungen. Sollte festgestellt werden können, dass die Wertpapiere, die von einem Bankkonsortium, von dem mindestens ein Mitglied seinen Sitz im Ausland hat, fest übernommen und vertrieben wurden, wobei mindestens 50 vH der Gesamtemission außerhalb des Bundesgebiets zum Erwerb angeboten wurden (Litera a,) und der Erwerb ausschließlich über Kredit- oder Finanzinstitute im Sinn des Paragraph eins, Absatz eins und Absatz 2, BWG oder von Artikel eins, erster Gedankenstrich der RL 77/780/EWG und von Artikel eins, Ziffer 6, der RL 89/646/EWG erfolgte (Litera b,)), wäre auf die gemäß Paragraph 3, Absatz 5, KMG in der Fassung BGBl 1991/625 allenfalls bestehende Prospektpflicht Bedacht zu nehmen. Da aber die 9 % Republik Argentinien Anleihe 99-06 weder nach einer Werbekampagne (eine solche wurde gerade nicht festgestellt) noch dem Kläger in der Form, die ihn nach Paragraph 3, KSchG zum Rücktritt berechtigt (siehe die Begründung zu Punkt 4.), zum Erwerb angeboten wurde, steht schon jetzt fest, dass - wie das Erstgericht zutreffend erkannte - eine Prospektpflicht nach Paragraph 3, Absatz 5, KMG aF ausscheidet.

5.4. Da sich das Verfahren im Hinblick auf das Rücktrittsrecht des Klägers gemäß § 5 KMG als ergänzungsbedürftig erweist, ist das Urteil des Berufungsgerichts im Umfang des im Berufungsverfahren streitgegenständlichen zweiten Eventualbegehrens aufzuheben. 5.4. Da sich das Verfahren im Hinblick auf das Rücktrittsrecht des Klägers gemäß Paragraph 5, KMG als ergänzungsbedürftig erweist, ist das Urteil des Berufungsgerichts im Umfang des im Berufungsverfahren streitgegenständlichen zweiten Eventualbegehrens aufzuheben.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 Abs 1 ZPO. Der Kostenvorbehalt beruht auf Paragraph 52, Absatz eins, ZPO.

Schlagworte

Zivilverfahrensrecht, Gruppe: Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Wertpapierrecht, Gruppe:
Konsumentenschutz, Produkthaftungsrecht

Textnummer

E98861

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2011:0010OB00085.11Y.0929.000

Im RIS seit

15.11.2011

Zuletzt aktualisiert am

20.02.2013

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