

# TE OGH 2011/5/31 10Ob30/11a

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 31.05.2011

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Hradil als Vorsitzenden, die Hofräte Dr. Fellingner, Dr. Hoch, Dr. Schramm und die Hofrätin Dr. Fichtenau als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei K\*\*\*\*\*, vertreten durch Graf Patsch Taucher Rechtsanwälte GmbH in Wien, wider die beklagte Partei Versicherungsmaklerbüro S\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Vera Noss, Rechtsanwältin in Wien, wegen 20.525 EUR sA, infolge Revision der klagenden Partei (Revisionsinteresse 15.393,75 EUR) gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 27. Jänner 2011, GZ 5 R 243/10g-29, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichts Korneuburg als Handelsgericht vom 13. September 2010, GZ 1 Cg 24/10p-25 abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben. Das Urteil des Berufungsgerichts wird aufgehoben und die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Begründung:

Die Klägerin erteilte der beklagten GesmbH am 25. Juli 2008 nach Beratung durch deren Geschäftsführer (in der Folge: „Berater“) den Auftrag zum Ankauf von Unternehmensanleihen „G\*\*\*\*\*“ der G\*\*\*\*\* AG zu einem Kaufpreis von 20.000 EUR. Dieser Auftrag wurde von der beklagten GesmbH ausgeführt. Mit Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 6. März 2009 wurde zu AZ 4 S 37/09s über die G\*\*\*\*\* AG der Konkurs eröffnet. Zu diesem Zeitpunkt war die Laufzeit der von der Klägerin erworbenen Anleihe noch nicht beendet.

Das genannte Finanzprodukt ist eine von der G\*\*\*\*\* AG emittierte Unternehmensanleihe (Inhaberschuldverschreibung), in der sich die Emittentin am Ende der Laufzeit (nach ca 360 Tagen) zur Rückzahlung eines Geldbetrags verpflichtet. Es handelt sich um ein Garantie- Zertifikat, bei dem dem Anleger zumindest die Rückzahlung des eingesetzten Kapitals zugesagt wird („Ablaufleistung: 100 % Kapitaltilgung“). Weiters wird bei Ablauf eine mindestens 3,5 %ige Verzinsung garantiert und abhängig von der Performance des Unternehmens eine maximal 12%ige Verzinsung in Aussicht gestellt (Berufungsurteil S 12, Prospekt ./Beil 4).

Die Klägerin begehrt von der beklagten Partei 20.525 EUR sA; eventualiter begehrt sie die Zahlung von 20.525 EUR Zug um Zug gegen die Übergabe des Anleihepapiers. Soweit für das Revisionsverfahren noch wesentlich, bringt sie zusammengefasst vor, der Berater habe mehrfach gegen die dem Beratungsvertrag zu Grunde liegende

Interessenswahrungspflicht verstoßen. Sie habe für ihr Erspartes ausdrücklich eine sichere Anlageform gesucht, welchem Kriterium die vom Berater vermittelte Anlageform nicht entsprochen habe. Dieser habe es unterlassen, über die Risikogeneigntheit der vermittelten Anlage aufzuklären. Er habe sogar noch ein besonderes Sicherheitsgefühl suggeriert, indem er die Anleihe als risikolos angepriesen habe. Weil die Anleihe nicht der gewünschten Risikoklasse entsprochen habe, sei ein Schaden entstanden, den die beklagte Partei zu vertreten habe. Der Schaden sei bereits im Zeitpunkt des Erwerbs der Anleihe eingetreten, weil ein Wertpapier der Risikoklasse 4 erworben wurde, das nicht gewollt war. Bei entsprechend richtiger Beratung wäre das Kapital jedenfalls anderweitig investiert worden. Ob sich in der Folge ein Kursverlust der Anleihe oder ein Insolvenzrisiko realisiert habe, sei für den Schadenersatzanspruch aus der Fehlberatung irrelevant, da der Schaden bereits entstanden sei. Ein nachfolgendes Ereignis - und sei es auch eine potentiell strafrechtlich relevante Handlung Dritter - könne nach den allgemeinen Regeln der überholenden Kausalität das ursprünglich schadenauslösende Ereignis nicht verdrängen. Das Klagebegehren werde auch auf den Titel der vorvertraglichen Pflichtverletzung aus culpa in contrahendo sowie auf die Rechtsgrundlage der §§ 871 ff ABGB gestützt. Der Berater habe einen Geschäftsirrtum über die Risikoträchtigkeit der Anlage herbeigeführt, indem er deren Risikograd falsch beschrieben habe.

Die beklagte Partei wendete zusammengefasst ein, es sei ein ausführliches Risikoprofil erstellt und auf die Risiken der Veranlagung ausdrücklich hingewiesen worden. Die Klägerin habe ihre Risikobereitschaft mit ihrer Unterschrift bekundet und ihre Zuordnung zur (höchsten) Risikogruppe 4 bestätigt („spekulative Veranlagung mit hohen Kursschwankungen und eventuellem Totalverlust-Risiko - zB Hedge-Fonds, Immobilienaktien, Aktienfonds der Schwellenländer, etc“). Grund für die Insolvenz der Emittentin seien unlautere Machenschaften eines ehemaligen Vorstandsmitglieds bzw die fahrlässige Finanzgebarung der G\*\*\*\*\* GesmbH und der dahinter stehenden Personen, die Gegenstand von Erhebungen der Staatsanwaltschaft seien. Gegen das Vorstandsmitglied werde von der Staatsanwaltschaft wegen Untreue und Betrugs ermittelt; es dürften Kundengelder veruntreut worden sein, was für niemanden vorauszusehen gewesen sei. Zum Zeitpunkt der Investitionen der Klägerin habe nichts auf die sich Monate später abzeichnende massive Verschlechterung der finanziellen Lage der Emittentin hingewiesen. Insbesondere sei nicht bekannt gewesen, dass die Geschäftsführungsebene des genannten Unternehmens allenfalls Verhaltensweisen an den Tag gelegt haben könnte, die von strafrechtlicher Relevanz sein könnten. Allein vor diesem Hintergrund müsse eine Haftung der beklagten Partei ausscheiden (AS 66).

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren im Umfang von 15.393,75 EUR sA statt und wies das Mehrbegehren von 5.131,25 EUR sA sowie das Eventualbegehren ab.

Es traf folgende Feststellungen:

„Am 24. Juli 2006 (richtig wohl „2008“) besuchten der Berater und seine Ehegattin die Klägerin und deren Lebensgefährten. Der Berater wusste von dem besonderen Vertrauen, das ihm die Klägerin als langjährige Freundin seiner Frau entgegen brachte (Ersturteil S 13). Die Klägerin war am Abschluss diverser Versicherungsverträge interessiert. Schließlich wurde auch die Vermögensveranlagung besprochen. Die Klägerin hatte ein Sparguthaben von 30.000 EUR, wovon sie 10.000 EUR für den Ankauf eines Gebrauchtwagens vorsah. Die restlichen 20.000 EUR wollte sie veranlagern. Sie teilte dem Berater mit, dass die Anlage dazu dienen sollte, unvorhergesehene Notfälle abzusichern. Für sie war deshalb wichtig, jederzeit Zugriff auf das veranlagte Geld zu haben. Die Veranlagung sollte sicher sein, jedoch höhere Erträge als ein Sparbuch abwerfen. Auch dies teilte sie dem Berater mit. Dieser schlug als einzige Anlageform eine Unternehmensanleihe der G\*\*\*\*\* AG mit kurzer Laufzeit und der jederzeitigen Möglichkeit zur Vertragsauflösung vor, die er bereits an zwei Dutzend Kunden vermittelt hatte. Gemäß den Vorgaben der Emittentin war die Einstufung in die (höchste) Risikoklasse 4 erforderlich, ansonsten die Anleihe nicht verkauft werden durfte. Der Berater informierte die Klägerin darüber, dass für den Fall der vorzeitigen Auflösung mit einem Pönale zu rechnen sei, er mit diesem „Bond“ sehr viel Erfahrung habe und dieser bei den Kunden wegen der kurzen Laufzeit und der jederzeitigen Möglichkeit zur Vertragsauflösung sehr beliebt sei. Bei der Emittentin handle es sich um eine „anständige Firma“. Dass die Möglichkeit auch eines Totalverlusts bestand, erwähnte er nicht (S 11 des Ersturteils). Während des Beratungsgesprächs hatte der Berater die persönlichen Daten der Klägerin und ihre Bankverbindung eingetragen. Die Rahmenbedingung der Veranlagung und das Formular über das Risikoprofil waren bereits ausgefüllt. Im Zuge des (insgesamt) mehrstündigen Beratungsgesprächs unterfertigte die Klägerin zahlreiche Papiere, die sie nicht durchlas. Unter anderem unterschrieb sie das Zeichnungsformular über die Zeichnung der Unternehmensanleihen der G\*\*\*\*\* AG mit dem Zeichnungsbetrag von 20.000 EUR. Dieses Dokument enthält die Bestätigung, den Informationsprospekt

der G\*\*\*\*\* AG über die Anleihe erhalten zu haben. Tatsächlich ließ der Berater der Klägerin diesen Prospekt aber erst lange Zeit nach der Zeichnung zukommen. Vorerst verfügte die Klägerin allein über die Zuteilungsbestätigung vom 30. 7. 2008.

Der von der Emittentin aufgelegte Informationsprospekt enthält folgende Hinweise:

„Zielgruppe: G\*\*\*\*\* Corporate Bond-G\*\*\*\*\* richtet sich an Investoren, die Interesse an alternativen Anlagestrategien haben, jedoch auf Kapitalschutz nicht verzichten wollen, eine deutlich über der Inflation liegende Mindestverzinsung wünschen und zusätzlich an der positiven Entwicklung der Immobilienmärkte teilhaben wollen.“

Weiters enthält der Prospekt den Risikohinweis:

„Es muss ihnen bewusst sein, dass eine Unternehmensanleihe wie G\*\*\*\*\* Corporate Bond-G\*\*\*\*\* immer auch das Risiko der Emittentin einschließt. Es sollte daher, obwohl großteils direkt oder indirekt über Beteiligungen in Immobilien investiert wird, nur ein Teil des Vermögens investiert werden. Die Emissionsbedingungen entnehmen Sie bitte den aktuellen Antragsunterlagen. Diese dürfen keine alleinige Entscheidungsgrundlage für eine Investition in unsere Produkte darstellen, sondern bedürfen entsprechender individueller Beratung durch Finanzdienstleister, Steuerberater, Rechtsanwalt, etc. Die Zahlen der Vergangenheit lassen keine Rückschlüsse auf künftige Wertsteigerungen, Erträge oder Verzinsungen zu.“

Hätte die Klägerin von der Möglichkeit eines Totalausfalls Kenntnis gehabt, hätte sie ihr Geld auf einem Sparbuch belassen. Dass sie bei Kenntnis vom (allfälligen) Fehlen einer erforderlichen Gewerbeberechtigung mit der beklagten Partei keine Rechtsgeschäfte abgeschlossen hätte, kann nicht festgestellt werden.“

Rechtlich beurteilte das Erstgericht diesen Sachverhalt dahingehend, dass dem Geschäftsführer der beklagten Partei pflichtwidrige Anlageberatung vorzuwerfen sei. Obwohl der Prospekt des von ihm beworbenen Produkts die Notwendigkeit der Risikostreuung nenne, habe er die Veranlagung des gesamten frei verfügbaren Vermögens in ein einziges Produkt empfohlen. Außerdem habe er in Kenntnis der Interessen der Klägerin, einen Geldbetrag für den Notfall bereitzuhalten, einen Hinweis auf die Möglichkeit eines Totalverlusts unterlassen. Da die Klägerin nicht die gewünschten risikolosen, sondern risikoträchtige Wertpapiere erworben habe, sei der Schaden bereits im Moment des Erwerbs der „falschen“ Papiere eingetreten. Die Klägerin sei so zu stellen, wie sie bei ordnungsgemäßer Beratung gestanden wäre, weshalb sie Anspruch auf Naturalrestitution nach § 1323 ABGB und demnach auf Rückzahlung des Kaufpreises habe. Dass die Klägerin die in den Unterlagen enthaltenen Warnhinweise ungelesen unterschrieben habe, begründe deren Mitverschulden. Im Hinblick darauf, dass sie wegen des persönlichen Vertrauensverhältnisses zum Geschäftsführer der beklagten Partei annehmen konnte, dieser werde die für ihre Entscheidungsfindung wesentlichen Hinweise und Informationen nicht nur schriftlich, sondern auch mündlich erteilen, sei ihr ein Mitverschulden von 25 % anzulasten. Das (nur mehr) auf 5.131,25 EUR gerichtete Eventualklagebegehren sei wegen der praktischen Undurchführbarkeit der Zug-um Zug-Einrede abzuweisen.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der beklagten Partei Folge und änderte die Entscheidung des Erstgerichts dahin ab, dass es das Klagebegehren und das Eventualklagebegehren (vorbehaltlich der bereits in Rechtskraft erwachsenen Teilabweisung im Umfang von 5.131,25 EUR) abwies. Es sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei. Zwar sei das Bestehen und der Umfang von Beratungs- und Aufklärungspflichten von den Umständen des Einzelfalls abhängig, angesichts der Vielzahl der anhängigen Verfahren und der Rechtsansicht, dem durchschnittlichen Anleger dürfe das Wissen eines ganz allgemein bestehenden Insolvenzrisikos unterstellt werden, scheine die Zulassung der Revision dennoch geboten.

Ohne auf die Beweisrüge der beklagten Partei einzugehen, vertrat das Berufungsgericht die Ansicht, es könne dahingestellt bleiben, ob die beklagte Partei über eine aufrechte Konzession der Finanzmarktaufsicht gemäß § 3 Abs 2 WAG verfügt habe, weil der Geschäftsführer der beklagten Partei, indem er die Beratung der Klägerin übernommen habe, zu erkennen gegeben habe, dass er sich die erforderlichen Kenntnisse zutraue und deshalb auch deren Mangel zu vertreten habe. Auch wenn die Klägerin in Kenntnis des (allfälligen) Mangels der Konzession gewesen wäre, hätte sie mit der beklagten Partei kontrahiert. Der von der Klägerin geäußerte Wunsch nach Sicherheit sei als Wunsch nach Kapitalerhalt zu verstehen. Diesem Wunsch sei entsprochen worden, indem ihr der Kapitalerhalt - ebenso wie eine 3,5%ige Verzinsung - zugesichert war. Aus dieser vertraglichen Ausgestaltung ergebe sich kein hochspekulativer Charakter der Veranlagung. Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens habe sich nicht das allgemeine Risiko des Kursverlusts oder ein anderes in der vertraglichen Ausgestaltung des Papiers liegendes Risiko verwirklicht, das der

Klägerin verborgen geblieben war, sondern lediglich das allgemeine Insolvenzrisiko. Jeder Garantie sei aber immanent, dass ihre Werthaltigkeit von der Bonität des Garanten abhängt. Auch bei Zusage einer 100%igen Sicherheit infolge voller Kapitalgarantie müsse jedermann - selbst einem unerfahrenen Anleger - klar sein, dass die Kapitalgarantie bei Insolvenz des Schuldners ins Leere gehe. Liege das Insolvenzrisiko im Rahmen der allgemeinen Lebenserfahrung und des allgemeinen Lebensrisikos, müsse darüber nicht gesondert aufgeklärt werden. Dass die Klägerin die Möglichkeit eines Totalverlusts wegen der Insolvenz der Emittentin verkannt habe, sei dem Berater somit nicht als schuldhafter Beratungsfehler anzulasten. Die für das Vorliegen eines kausalen Beratungsmangels behauptungs- und beweispflichtige Klägerin habe nicht vorgebracht, die (von ihr behauptete) hochspekulative Risikogeneignetheit der Veranlagung habe sich aus bereits erkennbaren Anzeichen einer drohenden Insolvenz der Emittentin ergeben. Stelle das Unterlassen des Hinweises auf die Möglichkeit des Totalverlusts wegen der Verwirklichung des allgemeinen Insolvenzrisikos des Emittenten keinen Beratungsmangel dar, sei das auf Schadenersatz wegen mangelhafter Beratung gestützte Klagebegehren abzuweisen. Zudem sei das Vorbringen der beklagten Partei, die Insolvenz habe auf den strafrechtlich relevanten Machenschaften bzw der fahrlässigen Finanzgebarung des Vorstands beruht, nicht substantiiert bestritten worden. Das zur mangelnden Risikostreuung erstattete Vorbringen verstoße gegen das Neuerungsverbot.

Die Revision ist zulässig und im Sinne des hilfsweise gestellten Aufhebungsantrags berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

1. Die Revisionswerberin macht als Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens geltend, das Berufungsgericht habe nicht über das Eventualklagebegehren erkannt und sei auf das ergänzende Vorbringen nicht eingegangen, wonach der Klageanspruch hilfsweise auf culpa in contrahendo und auf die Rechtsgrundlage der §§ 871 ff ABGB (Irrtum) gestützt werde. Dabei übersieht die Revisionswerberin, dass das Berufungsgericht das Eventualbegehren ohnedies abgewiesen hat (vorbehaltlich des bereits in Rechtskraft erwachsenen Teilbetrags von 5.131,25 EUR). Das behauptete Nichteingehen auf weitere Anspruchsgrundlagen ist grundsätzlich nicht geeignet, einen Mangel des Berufungsverfahrens zu begründen, sondern kann - allenfalls - zu einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung führen.

2. Auch eine Aktenwidrigkeit liegt nicht vor, da eine (behauptete) unrichtige Wiedergabe des Parteivorbringens niemals eine Aktenwidrigkeit verwirklicht (Kodek in Rechberger, ZPO3 § 503 Rz 18 mwN).

3. Die Revisionswerberin bringt vor, die Aufklärungspflicht von Anlageberatern hinsichtlich des allgemeinen Insolvenzrisikos könne nicht generell und losgelöst vom Einzelfall verneint werden. Abzustellen sei vielmehr auf die jeweilige konkrete Beratungssituation, die im vorliegenden Fall - insbesondere im Hinblick auf das ausdrücklich artikuliert Veranlagungsziel, die Einstufung in die Risikoklasse 4 und das vom Berater in Anspruch genommene besondere Vertrauen - eine Aufklärung über das Bonitätsrisiko erfordert hätte.

Dazu ist auszuführen:

4.1. Da die Beratung sowie die Zeichnung der Anlage nach dem 1. 11. 2007 erfolgte, ist das Wertpapieraufsichtsgesetz idF BGBl I 2007/60 anwendbar (im Folgenden: WAG 2007). Nach dessen § 40 Abs 1 muss der Kunde nach vernünftiger Ermessen in die Lage versetzt werden, die genaue Art und die Risiken der Wertpapierdienstleistungen und des speziellen Typs des Finanzinstruments zu verstehen, um so auf informierter Grundlage Anlageentscheidungen treffen zu können.

4.2. Nach der Rechtsprechung ergibt sich die konkrete Ausgestaltung und der Umfang der Beratungspflicht im Vorfeld eines Effektengeschäfts jeweils im Einzelfall in Abhängigkeit vom Kunden, insbesondere von dessen Professionalität, sowie von den ins Auge gefassten Anlageobjekten (vgl RIS-Justiz RS0119752 [T6]). Die Informationserteilung hat dem Gebot vollständiger, richtiger, rechtzeitiger und verständlicher Beratung zu genügen, durch die der Kunde in den Stand gesetzt wird, die Auswirkungen seiner Anlageentscheidungen zu erkennen (RIS-Justiz RS0108073 [T8]). Zumindest dann, wenn die Risikoträchtigkeit einer Kapitalanlage auf der Hand liegt, ist der Kunde richtig und vollständig über diejenigen tatsächlichen Umstände zu informieren, die für seine Anlageentscheidung von besonderer Bedeutung sind (RIS-Justiz RS0108073). Als Grundsatz kann gelten: Je spekulativer die Anlage und je unerfahrener der Kunde, desto weiter reichen die Aufklärungspflichten (9 Ob 230/02t; 5 Ob 106/05g; 10 Ob 11/07a je mwN). Um ihrer Verpflichtung zu entsprechen, müssen sich Anlageberater oder -vermittler vorher selbst auf zuverlässige Weise über die Wirtschaftlichkeit der Anlage und über die Bonität des Kapitalsuchenden informieren. Verfügt der Berater oder Vermittler nicht über objektive Daten, muss er dies dem Anleger zumindest offen legen. Der Kunde darf grundsätzlich

darauf vertrauen, dass dem Anlageberater (Vermittler) der nötige Einblick in die angebotene Beteiligung gewährt worden ist (9 Ob 5/10s = ÖJZ 2011, 367 Brunner). Inhalt und Umfang der Beratungspflicht sind demnach von einer Reihe von Faktoren abhängig, die sich einerseits auf die Person des Kunden und andererseits auf das Anlageprojekt beziehen. Die konkrete Ausgestaltung der Beratungspflichten hängt damit entscheidend von den Umständen des Einzelfalls ab (vgl 6 Ob 268/00f, ÖBA 2001, 723; 6 Ob 15/01a; 8 Ob 284/01z; vgl auch Tutsch, Umfang der Aufklärungs- und Beratungspflicht, ecolex 1995, 84). Wird einem Berater weitreichendes persönliches Vertrauen entgegengebracht, muss er besonders differenziert und fundiert beraten (1 Ob 182/97i unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BGH). Die Anforderungen an die Aufklärungs- bzw Warnpflicht dürfen - insbesondere bei risikoträchtigen Anlagen - aber nicht überspannt werden (SZ 57/70; SZ 58/69; SZ 61/148; 1 Ob 632/94 ua). Im Einzelfall entscheidend ist, ob ein Schutzbedürfnis des Vertragspartners vorliegt (RIS-Justiz RS0111165 [T8]).

4.3. Generelle Aussagen, wann eine Aufklärungspflicht besteht, sind kaum möglich (RIS-JustizRS0014811 [T11]). So wurde auch in der jüngst ergangenen Entscheidung des Obersten Gerichtshofs 4 Ob 20/11m nach Wiedergabe des Schrifttums zur Frage, ob auf das allgemeine Bonitätsrisiko und die aus diesem Grund gegebene Möglichkeit eines Totalverlusts des Investments hinzuweisen ist, offen gelassen, ob der Kunde in allen Fällen - also unabhängig von den konkreten Umständen des einzelnen Falls - über die Bonität des Schuldners zu informieren ist. Jedenfalls sei dann kein Schutzbedürfnis des Kunden nach einer weiteren Aufklärung über das allgemeine Bonitätsrisiko gegeben, wenn das produktspezifische Risiko der Anlage durch eine Garantie sichergestellt ist und der Kunde die Anlageentscheidung aufgrund einer Werbebroschüre getroffen hat, in der das Rating der Emittentin bei den drei führenden Rating-Agenturen mit einer sehr guten Bonitätseinstufung angegeben ist und (darüber hinaus) das Insolvenzrisiko aufgrund der einem Fachmann über den Emittenten zur Verfügung stehenden Informationen im Zeitpunkt der Beratung und der Kaufentscheidung von bloß theoretischer, vernachlässigbarer Natur war (4 Ob 20/11m). Hingegen wurde die Beurteilung einer Anleihe gegenüber einem Kunden als „risikoarm“ dann als Verstoß gegen die Pflicht zur zutreffenden Darstellung des Bonitätsrisikos angesehen, wenn die Anleihe von einer führenden Rating-Agentur als spekulativer Titel bewertet worden war (10 Ob 11/07a - „Argentinien-Anleihe“).

5. Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, ergibt sich:

5.1. Ausgehend vom Wunsch der Klägerin nach einer sicheren Anlage für Notfälle, lag das für sie wesentliche Risiko in Folge der zugesagten „Kapitalgarantie“ von 100 % des eingesetzten Kapitals nicht in der Entwicklung der zugrunde gelegten Basiswerte („Kursrisiko“), sondern in der Bonität des Emittenten. Die Erfüllung der Verbindlichkeit aus dem Zertifikat am Ende dessen Laufzeit hing nämlich allein davon ab, dass der Emittent zu diesem Zeitpunkt willens und in der Lage ist, seinen Verpflichtungen auch tatsächlich nachzukommen (Baum, Garantie-Zertifikate und „Emittentenrisiko“: Hinweispflicht in Werbefoldern?, GesRZ 2010, 311, 313). Um der Klägerin die angemessene Bewertung der Kapitalgarantieusage zu ermöglichen, war der Berater zur ausreichend detaillierten Information über den Garantiegeber und die Garantie verpflichtet (§ 40 Abs 2 Z 4 WAG 2007). Demgegenüber vertritt das Berufungsgericht die Ansicht, infolge der Kapitalgarantieusage sei keine spekulative Kapitalanlage gegeben, weshalb kein Aufklärungsbedarf bestehe; auch ein Hinweis auf das verbleibende „allgemeine Insolvenzrisiko“ erübrige sich. Dieser Ansicht ist im Hinblick auf die sich aus § 40 Abs 1 WAG 2007 ergebende Beratungspflicht sowie aus folgenden weiteren Gründen nicht zu folgen:

5.2. In den Entscheidungen 4 Ob 20/11m und 10 Ob 11/07a wurde als für den Umfang der Aufklärungspflicht zum Bonitätsrisiko maßgebliches Kriterium das Rating erachtet, also die standardisierte Bonitätsbeurteilung handelbarer Finanzpapiere oder ihrer Emittenten durch sogenannte Rating-Agenturen (Eisen, Haftung und Regulierung internationaler Rating-Agenturen, 52). Wenngleich im vorliegenden Fall keine Feststellungen zur Bonität der Emittentin in Form eines Ratings („credit-rating“) durch eine Rating-Agentur vorhanden sind, steht - von der Berufung unbekämpft gelassen - fest, dass gemäß den Vorgaben der Emittentin die Einstufung in die Risikoklasse 4 als erforderlich angesehen wurde, ansonsten die Anleihe nicht verkauft werden durfte. Unter dem Begriff „Risikoklasse“ wird im Allgemeinen die Einschätzung der Risikobereitschaft eines Anlegers verstanden bzw die Einschätzung der mit einem bestimmten Investment verbundenen Risiken. Risikoklassen werden durch Banken und Online Broker definiert, um anhand der Anlageerfahrung und der Risikobereitschaft des Anlegers dessen Beratungsbedarf abzuschätzen. Üblicherweise erfolgt eine Aufteilung in vier oder fünf Klassen; es bestehen je nach Ersteller verschiedene Einstufungen und Modelle. Jedenfalls steigt mit der Risikoklasse die Wahrscheinlichkeit des Verlusts. Das geringste Risiko besteht bei Festgeld, Tagesgeld, Spareinlagen, Pfandbriefen mit dem Anlageziel des sicheren Vermögensaufbaus; die höchste

Risikoklasse enthält Anlageformen wie Futures, die zu einem Totalverlust führen können, jedoch hohe Renditen versprechen („<http://de.wikipedia.org/wiki/risikoklasse>“ Datum der Abfrage 31. 5. 2011; zu dem Begriff „Anlageklasse“ siehe Gabler, Bank Lexikon<sup>13</sup>). Aufgabe des Beraters ist die Prüfung, ob das vom Kunden verfolgte Anlageziel und die Risikoklasse des ins Auge gefassten Investments in Übereinstimmung zu bringen sind. Besteht eine Einstufung in eine höhere Risikoklasse, ist es jedenfalls Teil einer vollständigen, richtigen und sorgfältigen Beratung, dass der Berater die Risikoklasse mit dem Kunden erörtert und ihn über deren Bedeutung und Auswirkungen auf das verfolgte Anlageziel aufklärt. Im vorliegenden Fall ist evident, dass das von der Klägerin verfolgte Anlageziel und die Einstufung des in Aussicht genommenen Produkts in die höchste Risikoklasse als „spekulativ mit Totalverlustrisiko“ nicht in Einklang steht. Diese Situation erfordert demnach besondere Beratungsleistungen. Da die Einstufung in die Risikoklasse 4 als „spekulativ mit Totalverlust-Risiko“ im konkreten Fall jedenfalls die Annahme eines höheren als nur eines abstrakt-theoretischen, jedoch praktisch zu vernachlässigenden Bonitätsrisikos indiziert, sind zu den nötigen Informationen auch jene über das Bonitätsrisiko zu zählen. Es liegt nämlich auf der Hand, dass ein Kunde, der wie die Klägerin eine „sichere“ Anlage wünscht, für seine Entscheidung, ob er sich trotz der Einstufung in die höchste Risikoklasse auf die ihm empfohlene Privatanleihe mit Kapitalgarantie einlassen soll, ausreichende Informationen darüber benötigt, wie groß die Chancen sind, am Ende der Laufzeit das investierte Kapital auch wieder zurückzuerlangen. Das sind etwa Informationen über die Stärke, Stabilität und Prognostizierbarkeit der laufenden Finanz- und Ertragskraft der Emittentin, weiters werden Informationen darüber erforderlich sein, wie die gegebenen Gelder investiert bzw welches Konzept hinter der Veranlagung steht. Wesentliche Bedeutung wird auch der Risikostreuung und der Managementqualität zukommen, sowie dem Umstand, ob Hinweise auf eine hohe Verschuldung bekannt sind etc. Nur nach Aufklärung über diese und allenfalls weitere Gegebenheiten wird ein Kunde imstande sein, das Bonitätsrisiko selbst einzuschätzen. In diesem Umfang ist ein Schutzbedürfnis der Klägerin nach Aufklärung zu bejahen.

5.3. Im vorliegenden Fall steht aber infolge Nichterledigung der Beweistrüge nicht fest, ob der Berater die Einstufung in die Risikoklasse 4 und das Bonitätsrisiko (bzw das daraus sich ergebende Risiko des Totalverlusts) überhaupt thematisiert hat. Unbekämpft ist lediglich seine Äußerung festgestellt, es handle sich bei der Emittentin um eine „anständige Firma“, wobei offen bleibt, ob es sich dabei bloß um ein subjektives Werturteil handelte, oder dieser Einschätzung objektive Daten zu Grunde lagen. Sollte der Berater allein diesen Hinweis gegeben und es sich dabei bloß um seine persönliche Meinung gehandelt haben, hätte er seiner sich aus § 40 WAG ergebenden Pflicht nicht Genüge getan, die spezifische Risikogeneigtheit und das gegebene Bonitätsrisiko zutreffend so darzustellen, dass die Klägerin in der Lage ist, diese Risiken zu erkennen, zu verstehen und selbst einzuschätzen. Obwohl er das besondere Vertrauen der Klägerin in Anspruch genommen hat und daher besonders differenziert und fundiert zu beraten gehabt hätte, hätte er die Diskrepanz zwischen der von ihr gewünschten sicheren Anlageform und dem vorgeschlagenen Produkt verschleiert und Bedenken gegen die Bonität der Emittentin gar nicht aufkommen lassen oder allfällige Bedenken zerstreut. Die Klägerin wäre nicht darüber aufgeklärt worden, dass die in Aussicht genommene Veranlagung nicht ihrem Wunsch nach einer sicheren Anlageform entsprach. Ebenso erscheint unter den gegebenen Prämissen der Hinweis des Beraters auf seine Erfahrungen mit dem bei den Kunden wegen der kurzen Laufzeit und der Kapitalgarantie beliebten „Bond“, für sich allein nicht geeignet, den Informationsbedarf der Klägerin abzudecken, lassen sich doch auch daraus keine eindeutigen und klaren Rückschlüsse auf die Bonität der Emittentin ableiten.

5.4. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass im Hinblick auf das Veranlagungsziel einer sicheren Anlageform und der Einstufung der empfohlenen (privaten) Anleihe mit zugesagter Kapitalgarantie in die Risikoklasse 4 als „spekulative Veranlagung mit eventuellem Totalverlust-Risiko“ eine Aufklärungspflicht des Beraters über das Bonitätsrisiko keinesfalls von vornherein mit der Begründung verneint werden kann, dieses Risiko sei bloß theoretisch-abstrakter Natur und deshalb vernachlässigbar.

Ob der Berater im konkreten Fall seiner Aufklärungsverpflichtung im ausreichenden Ausmaß nachgekommen ist, wird erst nach Erledigung der Beweistrüge durch das Berufungsgericht abschließend beurteilt werden können.

6. Die Klägerin vertrat schon in erster Instanz den Rechtsstandpunkt, der Schaden sei bereits im Zeitpunkt des Erwerbs des von ihr so nicht gewollten Wertpapiers eingetreten, weshalb ein potentiell nachfolgender Kursverlust, ein Insolvenzfall, aber auch ein potentiell strafrechtliches Verhalten Dritter nach den allgemeinen Regeln der überholenden Kausalität irrelevant sei. Mit dem Hinweis, der Zweitschädiger könne den Erstschädiger nicht entlasten, hält die Klägerin diesen Rechtsstandpunkt auch in dritter Instanz aufrecht. Dem ist entgegenzuhalten, dass im Hinblick auf den erforderlichen Rechtswidrigkeitszusammenhang nur die Unterlassung von Hinweisen auf ein bestimmtes

erkennbares Risiko, das sich in der Folge auch verwirklicht, die Haftung wegen unrichtiger oder unvollständiger Beratung begründen kann (6 Ob 249/07x). Hat im vorliegenden Fall der Berater die Klägerin nicht ausreichend über das Bonitätsrisiko aufgeklärt und verwirklicht sich dieses durch Eröffnung der Insolvenz, wird seine Haftung zu bejahen sein. Strafrechtliche Veruntreuungshandlungen (etwa von Vorstandsmitgliedern der Emittentin) oder sonstige strafrechtliche Malversationen zum Nachteil der Anleger als letztlich jeder Fremdveranlagung immanente Risiken sind jedoch für einen Berater in der Regel weder erkennbar noch voraussehbar. In diesem Fall ist eine Aufklärung über eine schadenskausale Veruntreuung nach ständiger Rechtsprechung nicht zu verlangen (RIS-Justiz RS0124492). Sollte demnach im vorliegenden Fall feststehen, dass sich das nicht voraussehbare Risiko der Veruntreuung der veranlagten Gelder zum Nachteil der Anleger verwirklicht hat und sollte die Veruntreuung kausal für den Insolvenzfall gewesen sein, wäre das Klagebegehren abzuweisen, ohne dass es einer Präzisierung von Art und Umfang der den Anlageberater treffenden Sorgfaltspflichten bedürfte. Dies hat in gleicher Weise für andere, den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit herbeiführende strafrechtliche Malversationen zu gelten.

6.1. In diesem Zusammenhang machte die beklagte Partei bereits in ihrer Berufung das Fehlen von Feststellungen zu Veruntreuungshandlungen als sekundären Feststellungsmangel geltend. Das Berufungsgericht verneinte diesen Feststellungsmangel unter Hinweis darauf, die Behauptung von Veruntreuungshandlungen sei von der Klägerin nicht substantiiert bestritten worden. Diese Ansicht ist nicht zu teilen, weil die Klägerin kein Prozessverhalten gesetzt hat, aufgrund dessen strafrechtlich relevante Malversationen Dritter als zugestanden anzusehen wären:

Die unterbliebene Bestreitung stellt nur dann ein schlüssiges Geständnis dar, wenn im Einzelfall gewichtige Indizien für ein solches sprechen. So wurde etwa ein Zugeständnis angenommen, wenn der Beklagte seinem Vorbringen die Behauptungen des Gegners zu Grunde legte oder wenn der Beklagte „mehrfaches und heftiges“ Vorbringen nie konkret bestritt, obwohl es ihm ein leichtes gewesen wäre, die dieses Vorbringen entkräftenden Beweise vorzulegen (Rechberger in Rechberger<sup>3</sup>, ZPO, Rz 5 zu § 267 mwN weitere Beispiele in SZ 66/59). Aus bloßem Schweigen kann niemals ein schlüssiges Geständnis nach § 267 ZPO abgeleitet werden (RIS-Justiz RS0107488). Im vorliegenden Fall geht aus dem (weiter oben wiedergegebenen) Vorbringen der beklagten Partei keineswegs eindeutig hervor, ob es sich dabei um Prozessvorbringen hinsichtlich tatsächlich stattgehabter Veruntreuungshandlungen handelt, oder ob sich das Vorbringen auf die Vermutung strafrechtlich relevanter Vorgangsweisen sowie die Tatsache beschränkt, dass diese Gegenstand staatsanwaltlicher Erhebungen sind. Zudem trifft die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass ein Beratungsfehler infolge Veruntreuungshandlungen Dritter ausscheidet, die beklagte Partei und nicht die Klägerin. Diese ist nicht verhalten, ein Vorbringen zu erstatten, dass und weshalb die von der beklagten Partei behaupteten anspruchsvernichtenden Voraussetzungen nicht gegeben seien (SZ 66/59). Trifft die Klägerin aber keine Behauptungslast, kann aus der bloßen Tatsache nur unsubstantiierte Bestreitung bzw des Schweigens kein Zugeständnis des Vorbringens der beklagten Partei zu gar nicht näher konkretisierten Veruntreuungshandlungen Dritter abgeleitet werden.

Aufgrund der fehlenden Feststellungen ist die Aufhebung des Urteils des Berufungsgerichts unumgänglich.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 Abs 1 ZPO.

#### **Textnummer**

E97643

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2011:0100OB00030.11A.0531.000

#### **Im RIS seit**

11.07.2011

#### **Zuletzt aktualisiert am**

18.09.2013

**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](http://www.jusline.at)