

# TE OGH 2010/12/15 7Ob207/10g

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 15.12.2010

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Senatspräsidentin Dr. Huber als Vorsitzende und die Hofräte Dr. Schaumüller, Dr. Hoch, Dr. Kalivoda und Dr. Roch als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Mag. J\*\*\*\*\* G\*\*\*\*\*, vertreten durch Poduschka Anwaltsgesellschaft mbH in Perg, gegen die beklagte Partei M\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Kunz Schima Wallentin Rechtsanwälte OG in Wien, wegen 18.689,29 EUR (sA), über den Revisionsrekurs der Klägerin gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 30. August 2010, GZ 2 R 163/10w-12, mit dem der Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 26. Mai 2010, GZ 49 Cg 143/10m-8, bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst:

## **Spruch**

Dem Revisionsrekurs wird teilweise Folge gegeben.

Die Beschlüsse der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass die Entscheidung lautet:

„Die Klage wird, soweit sie auf Zahlung von 15.992,10 EUR samt 4 % Zinsen ab 16. 3. 2010 und auf Feststellung (Eventualbegehren) gerichtet ist, zurückgewiesen.

Die Klägerin ist schuldig, der Beklagten die mit 3.139,92 EUR (darin enthalten 523,11 EUR Umsatzsteuer und 6,58 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten aller drei Instanzen binnen 14 Tagen zu ersetzen.“

Das restliche Klagebegehren von 2.697,19 EUR samt 4 % Zinsen ab 16. 3. 2010 betreffend werden die Beschlüsse der Vorinstanzen aufgehoben. Dem Erstgericht wird die Fortführung des Verfahrens über dieses Begehren aufgetragen.

## **Text**

Begründung:

Die Klägerin kaufte von der Beklagten am 27. 12. 2005 1.037 Zertifikate der M\*\*\*\*\* Ltd (im Folgenden M\*\*\*\*\*) um 15.992,10 EUR.

Im zu AZ 33 Cg 120/08h beim Handelsgericht Wien anhängigen Verfahren (Erstprozess) begeht die Klägerin die Aufhebung dieses Kaufvertrags und die Rückzahlung des von ihr entrichteten Kaufpreises samt 4 % Zinsen ab 27. 12. 2005 Zug-um-Zug gegen Rückstellung der Wertpapiere. Sie erklärte, diese Klage „vordergründig auf listige Irreführung iSd § 870 ABGB als auch auf veranlassten Irrtum iSd § 871 ABGB“ zu stützen. Sie sei von der Beklagten über wichtige, für den Kaufvertragsabschluss kausale Umstände getäuscht worden, nämlich über die Rechtsnatur und den Risikograd der Wertpapiere, über den Sitz von M\*\*\*\*\* sowie über das enge Naheverhältnis zwischen dieser und der Beklagten, das letzterer dazu verholfen habe, Profite zum Nachteil der Anleger (und damit auch der Klägerin) zu lukrieren.

Im vorliegenden Verfahren, das denselben Wertpapierkauf zum Gegenstand hat, begeht die Klägerin primär die Zahlung von 18.689,29 EUR samt 4 % Zinsen ab 16. 3. 2010 Zug-um-Zug gegen die Rückstellung der Wertpapiere. Hilfsweise wird die Feststellung angestrebt, dass die Beklagte für jeden aus dem Wertpapiererwerb resultierenden Schaden hafte. Der Klagsbetrag setzt sich aus dem Kaufpreis von 15.992,10 EUR und dem Betrag von 2.697,19 EUR zusammen, der kapitalisierten Zinsen von 4 % aus dem Kaufpreis für den Zeitraum vom 27. 12. 2005 bis 15. 3. 2010 entspricht. Die Klägerin erklärte, ihre Begehren auf Schadenersatz sowie auf jeden weiteren erdenklichen Rechtsgrund wegen arglistiger beziehungsweise schuldhafter Verletzung der gebotenen Aufklärung und zusätzlich auf Lieferung eines Aliuds und rechtliche Unmöglichkeit zu stützen. Zur Kaufpreisrückforderung komme der entgangene Zinsgewinn einer alternativen Veranlagung in Höhe von 2.697,19 EUR, der mit 4 % Zinsen für das eingesetzte Kapital veranschlagt werde. Auf das umfangreiche Klagsvorbringen wird im Folgenden eingegangen werden.

Die Beklagte er hob unter Hinweis auf den Erstprozess die Einrede der Streitanhängigkeit. Die Klage sei deshalb zurück- oder als unberechtigt abzuweisen.

Das Erstgericht wies die Klage wegen Streitanhängigkeit zurück.

Das von der Klägerin angerufene Rekursgericht bestätigte diese Entscheidung. Entgegen dem Rekursvorbringen entsprächen die im Zweitprozess aufgestellten Tatsachenbehauptungen dem im Erstprozess erstatteten Vorbringen, mögen sie auch zum Teil anders formuliert und akzentuiert sein. Jedenfalls im Kern bilde das Vorbringen der Klägerin kein „neues“, nur für den Zweitprozess charakteristisches Substrat. Der Vorwurf der widmungswidrigen Verwendung von Anlegergeldern zur Tilgung einer Anleihe werde bloß illustrativ zur Untermauerung des irreführenden Charakters des Wertpapierprospekts und der zweckwidrigen Verwendung von Anlegergeldern ins Treffen geführt. Diese Umstände seien aber für die Prüfung der Ansprüche, die die Klägerin aus dem am 27. 12. 2005 getätigten Wertpapiererwerb ableite, nicht von Bedeutung. Die von der Klägerin vorgenommene verschiedene rechtliche Qualifikation könne an der Identität der in beiden Prozessen vorgetragenen Tatsachenbehauptungen (Rechtsgründe) nichts ändern. Hervorzuheben sei, dass eine listige Irreführung im Sinn des § 870 ABGB ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten im Sinn der §§ 1294 ff ABGB notwendigerweise impliziere. Für die Durchsetzung eines Bereicherungsanspruchs nach § 877 ABGB seien daher jedenfalls in Ansehung des Kapitals und der gesetzlichen Verzugszinsen von 4 % dieselben Tatsachenbehauptungen erforderlich und auch hinreichend wie für die Geltendmachung des investierten Kapitals samt 4 % Zinsen als Vertrauensschaden (negatives Vertragsinteresse). Die Argumentation der Klägerin, bei den im Zweitprozess geforderten Zinsen handle es sich anders als im Erstprozess um einen „Gewinnentgang aus einer Alternativveranlagung“, sei schon allein deshalb nicht stichhäftig, weil zum Wesen dieser Alternativveranlagung nichts ausgeführt werde. Ein Vorbringen, das sich von den im Erstprozess aufgestellten Behauptungen unterscheiden würde, liege daher auch in diesem Bereich in Wahrheit nicht vor. Der Einwand der Streitanhängigkeit sei daher berechtigt.

Das Rekursgericht sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei, weil sich die Frage nach der Identität der Streitgegenstände nahezu unverändert auch in zahlreichen am Handelsgericht Wien und am Bezirksgericht für Handelssachen Wien anhängigen Parallelverfahren stelle.

Gegen die Entscheidung des Rekursgerichts richtet sich der Revisionsrekurs der Klägerin, die unrichtige rechtliche Beurteilung geltend macht und beantragt, die Beschlüsse der Vorinstanzen aufzuheben und dem Erstgericht die Einleitung des ordentlichen Verfahrens unter Abstandnahme vom gebrauchten Zurückweisungsgrund aufzutragen.

Die Beklagte stellt in der Revisionsrekursbeantwortung den Antrag, dem Rechtsmittel ihrer Prozessgegnerin keine Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs ist, da die Rechtsmeinung des Rekursgerichts in einem Punkt nicht geteilt werden kann, zulässig und teilweise berechtigt.

Die Revisionsrekurswerberin hält daran fest, dass Streitanhängigkeit nicht gegeben sei, weil das von der Klägerin im Erstprozess erstattete Vorbringen nicht für die erfolgreiche Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen ausreiche. Der Klagegrund (die Tatsachen, auf die sich die Ansprüche der Klägerin gründeten) unterscheide sich im vorliegenden Verfahren von dem von der Klägerin im Erstprozess vorgetragenen erheblich. Eine entsprechende Klagsänderung würde im Erstprozess wahrscheinlich nicht zugelassen werden, weil insbesondere strafrechtliche Aspekte der

Tätigkeiten der Organe der Beklagten dort anders als hier nicht geprüft werden müssten. Im Übrigen sei das Gericht, da die Klägerin im Erstprozess eine rechtliche Qualifikation vorgenommen habe, in seiner rechtlichen Beurteilung auf die Rechtsgründe der listigen Irreführung im Sinn des § 870 ABGB und des veranlassten Irrtums gemäß § 871 ABGB beschränkt. Nunmehr werde die Klage ausschließlich auf Schadenersatz gestützt und zusätzlich der Gewinnentgang aus einer Alternativveranlagung als positiver Schaden gefordert. Es sei von einer dreigliedrigen materiell-rechtlich bedingten Streitgegenstandsauflösung auszugehen, die neben dem Sachantrag und den Tatsachenbehauptungen auch die Behauptung der darauf anzuwendenden Rechtsnorm miteinbeziehe. Außerdem seien im Erstprozess ein Aufhebungs- und ein Leistungsbegehren und hier ein Leistungs- und ein Feststellungsbegehren geltend gemacht worden. Schließlich leite die Klägerin im Zweitprozess das Zinsenbegehren nicht nur daraus ab, dass sie den Betrag aus der Rückabwicklung des „Aktienkaufs“ bereits früher wieder zurück erhalten hätte müssen und ihr daher für die verspätete Rückzahlung Zinsen zustünden, sondern daraus, dass Teile des positiven Schadens auch die Erträge aus der angestrebten Veranlagung seien. Die Klägerin mache also im Zweitprozess einen selbständigen Anspruch geltend, der nicht als „akzessorisches Nebenprodukt“ eines Hauptanspruchs beurteilt werden könne und nicht eine von der Hauptforderung abhängige Nebenforderung darstelle.

Der Oberste Gerichtshof hat dazu erwogen:

Wie bereits die Vorinstanzen zutreffend erkannt haben, setzt die Zurückweisung einer Klage wegen Streitanhängigkeit zwei nacheinander streitanhängig gewordene Prozesse sowie Identität der Parteien und der Ansprüche in diesen beiden Prozessen voraus (RIS-Justiz RS0039473). Ob identische Ansprüche vorliegen, ist nach den Streitgegenständen der beiden Verfahren zu beurteilen. Diese werden nach herrschender Meinung durch den Entscheidungsantrag (Sachantrag) und die zu seiner Begründung erforderlichen, vom Kläger vorgebrachten Tatsachen (rechtserzeugender Sachverhalt, Klagegrund) bestimmt (sog. zweigliedriger Streitgegenstand; RIS-Justiz RS0037419; RS0039255; RS0037522), nicht hingegen durch die rechtliche Beurteilung dieses Vorbringens (RIS-Justiz RS0037551). Streitanhängigkeit liegt demnach dann vor, wenn der in der neuen Klage geltend gemachte Anspruch sowohl im Begehren als auch im rechtserzeugenden Sachverhalt mit jenem des Vorprozesses übereinstimmt (RIS-Justiz RS0039347; RS0041229). Ob dies zutrifft oder nicht, hängt regelmäßig von den Umständen des Einzelfalls ab (RIS-Justiz RS0044453).

Die Ansicht der Klägerin, es lägen verschiedene Streitgegenstände vor, weil im Erstprozess eine Irrtumsanfechtung vorgenommen werde, während mit der vorliegenden Klage Schadenersatzansprüche verfolgt würden, geht von einem dreigliedrigen Streitgegenstandsbegriff (vgl. etwa Fasching in Fasching/Konecny2 III Vor §§ 226 ff ZPO Rz 31 ff) aus, der aber einer gesetzlichen Grundlage entbehrt (Rechberger/Klicka in Rechberger3 Vor § 226 Rz 16) und von der herrschenden Meinung daher abgelehnt wird. Eine der im Revisionsrekurs zitierten Rechtsprechung, die eine rechtliche Qualifikation des Klagegrundes ausnahmsweise dann als bindend betrachtet, wenn sie der Kläger ausdrücklich und ausschließlich vorgenommen hat (10 Ob 11/08b, RIS-Justiz RS0037610 [T43] uva), entsprechende Situation ist hier nicht gegeben. Hat doch die Klägerin im Erstprozess vorgebracht, sich „vordergründig“ (also nicht ausschließlich) auf listige Irreführung oder einen „veranlassten Irrtum“ stützen zu wollen; ausdrücklich hat sie zudem auch „Wegfall der Geschäftsgrundlage“ als Anspruchsgrund geltend gemacht.

Der Klägerin ist einzuräumen, dass Streitanhängigkeit dann nicht gegeben ist, wenn die rechtserzeugenden Tatsachen nur teilweise übereinstimmen, wenn also beim später geltend gemachten Anspruch weitere rechtserzeugende Tatsachen hinzutreten (RIS-Justiz RS0039366; RS0039221). Dies bedeutet allerdings nicht, dass Streitanhängigkeit völlige Identität der Tatsachenbehauptungen in beiden Rechtsstreitigkeiten voraussetzt (7 Ob 23/78, RIS-Justiz RS0039423). Entscheidend ist vielmehr, ob der vorgetragene Sachverhalt im Wesentlichen oder, wie es das Rekursgericht formulierte, im Kern jenem entspricht, der schon in der ersten Klage vorgebracht wurde. Das Rekursgericht hat dies im vorliegenden Fall bejaht. Die Revisionsrekurswerberin widerspricht dieser Ansicht; sie macht dazu geltend, in der zweiten Klage neue Sachverhaltselemente vorgebracht zu haben, die „zum Tatsachenkern des Lebenssachverhalts“ gehörten, nämlich dass die Zertifikatsrückkäufe über die S\*\*\*\*\* bereits im Jahr 2005 erfolgt, die Anlegergelder zur Tilgung einer Anleihe 2002/2003 widmungswidrig verwendet worden und die Zertifikatsrückkäufe im Jahr 2007 im Ausmaß von 1,8 Milliarden EUR entgegen dem Kapitalmarktprospekt und ohne öffentliche Bekanntmachung erfolgt seien; ferner, dass die Zertifikatsrückkäufe im Jahr 2007 über dem NAV erfolgt und seitens der M\*\*\*\*\* neben dem Managementvertrag noch weitere Gebühren für „Managementleistungen“ gesondert vergütet worden seien; weiters, dass die Ablöse an die Beklagte in Höhe von 280 Mio EUR nicht den im

Kapitalmarktprospekt 2007 veröffentlichten Vertragsbedingungen entsprochen habe, die propagierten Mietrenditen nicht die Gebühren an die Beklagte berücksichtigt hätten, die Mieteinnahmen der M\*\*\*\*\* beinahe 1 : 1 der Beklagten zugutegekommen seien und dass schließlich massive und vor dem Hintergrund der späteren Abwertungen höchst fragwürdige Immobilienaufwertungen im Ausmaß von 669 Mio EUR erfolgt seien. Die Klägerin macht damit Umstände geltend, die jeweils ein rechtswidriges Verhalten der Beklagten darlegen sollen. Eine ganze Reihe solcher Umstände, die ein Fehlverhalten der Beklagten aufzeigen sollen, wurde allerdings auch schon in der Klagserzählung im Erstprozess vorgetragen. Dort wurde in erster Linie eine Verletzung der Aufklärungspflichten durch die Beklagte behauptet, die ein typisches Risikogeschäft als sichere Anlageform hingestellt und ihre Beratungspflichten gröblich vernachlässigt habe. Weiters hat die Klägerin der Beklagten im Zusammenhang mit „irreführender Werbung und Darstellung in der Öffentlichkeit“ vorgeworfen, verschwiegen zu haben, dass der überwiegende Teil der Mieteinnahmen von M\*\*\*\*\* direkt ihr, der Beklagten, zufließen habe sollen. Alle nunmehr von der Klägerin aufgelisteten „neuen“ Vorwürfe weisen lediglich auf weitere von der Beklagten angeblich zu vertretende Umstände und Verhaltensweisen hin, die ein rechtswidriges Gesamtverhalten der Beklagten bei der Veranlagung von Kundengeldern allgemein und jener der Klägerin im Besonderen noch deutlicher machen sollen. Mit der zweiten Klage werden also nur weitere Details und Facetten eines bereits im Erstprozess geltend gemachten Fehlverhaltens der Beklagten aufgezeigt. Zum Teil sind die Vorwürfe auch gar nicht neu: Dass Zertifikate von M\*\*\*\*\* von der Beklagten entgegen deren vertraglicher Pflicht weder am Markt platziert, noch in den eigenen Bestand genommen, sondern an die S\*\*\*\*\* weiter verkauft worden seien, hat die Klägerin bereits in der ersten Klage vorgetragen. Ebenso hat sie dort ausgeführt, dass Rückkäufe eigener Zertifikate erfolgt seien. Auch ein Vorbringen, wonach von der Beklagten über den Managementvertrag hinaus noch weitere Gebühren aus einem Lizenzvertrag verrechnet worden seien, ist bereits der Klage im Erstprozess zu entnehmen. Von einer Änderung des Klagegrundes im Sinn des § 235 Abs 4 ZPO durch verändertes Tatsachenvorbringen (vgl Fasching, Zivilprozessrecht2 Rz 1226) kann daher keine Rede sein.

Insgesamt bestätigt sich also die Auffassung des Rekursgerichts, dass schon in der umfassenden Klagserzählung im Erstprozess Ausführungen gemacht wurden, die im Kern jene Vorwürfe enthielten, auf die sich nun die nämliche Klagsforderung auf Rückzahlung des Kaufpreises der Wertpapiere von 15.992,10 EUR (sei es aus dem Titel des Schadenersatzes oder aus einem anderen Rechtsgrund - vgl RIS-Justiz RS0107229) gründet. Zutreffend hat das Rekursgericht in diesem Zusammenhang ausgeführt, dass eine listige Irreführung im Sinn des § 870 ABGB ein rechtswidriges und schuldhafte Verhalten im Sinn der §§ 1294 ff ABGB notwendigerweise einschließt. Ausgehend von den dargestellten, von der Rechtsprechung entwickelten Leitlinien hat das Rekursgericht daher die Identität des Streitgegenstands bezüglich der Forderung von 15.992,10 EUR mit jenem des Erstprozesses zutreffend bejaht.

Der Umstand, dass die Klägerin in der zweiten Klage auch ein auf demselben Klagegrund fußendes Eventualbegehren auf Feststellung erhoben hat, kann - wie von den Vorinstanzen richtig erkannt wurde - daran nichts ändern.

Gemäß § 233 Abs 1 ZPO hat die Streitanhängigkeit die Wirkung, dass während ihrer Dauer über den geltend gemachten Anspruch weder bei demselben noch bei einem anderen Gericht ein Rechtsstreit durchgeführt werden darf. Eine während Streitanhängigkeit wegen des nämlichen Anspruchs angebrachte Klage ist auf Antrag oder von Amts wegen zurückzuweisen. Dasselbe gilt auch für das „lediglich für den Fall als festgestellt werden sollte, dass Naturalrestitution nicht möglich ist“ erhobene Eventualbegehren. Es obliegt dem Kläger, im Einzelfall in der Klage die Bedingung oder diejenigen Bedingungen zu nennen, mit deren - kumulativem oder alternativem - Eintritt er erst die Behandlung seines Eventualbegehrens verknüpft wissen will; das kann jedenfalls auch (oder nur) die Zurückweisung des Hauptbegehrens sein (6 Ob 543/91). Mit der vom Kläger gewählten Formulierung wird das Eventualbegehren eindeutig allein unter der Bedingung (Rechberger/Klicka in Rechberger, ZPO3 § 226 Rz 6 mwN) gestellt, dass das Begehren auf Rückzahlung (nicht aber das auf reine Zahlung des hypothetischen Anlageerfolgs gerichtete) nicht „möglich“ sei. Darunter kann im Hinblick auf § 1323 erster Satz ABGB nur die Bedingung der Abweisung des Hauptbegehrens wegen Unmöglichkeit (oder Unmöglichkeit) der Naturalrestitution verstanden werden, allenfalls noch die Bedingung der Abweisung dieses Begehrens mangels Fälligkeit des Leistungsanspruchs (RIS-Justiz RS0038872). In beiden Varianten kann diese Bedingung aber nicht mehr eintreten, wenn über diese Frage wegen Zurückweisung des Hauptbegehrens inhaltlich gar nicht zu entscheiden ist. Die Zurückweisung der Klage auf Zahlung von 15.992,10 EUR und des sich nach der Klagserzählung ausschließlich auf die bereits im Erstprozess in dieser Höhe geltend gemachte Forderung beziehenden Eventualbegehrens entspricht daher der Rechtslage.

Anders verhält es sich hingegen mit dem restlichen Klagsbetrag von 2.697,19 EUR. Bei diesem Betrag handelt es sich

um keine aus der Hauptforderung abgeleitete, kapitalisierte Zinsenforderung. Der Anspruch gründet sich vielmehr nach dem Vorbringen der Klägerin darauf, dass sie bei ordnungsgemäßer Anlageberatung durch die Beklagte eine alternative Veranlagung gewählt und daraus Gewinn erzielt hätte, wobei dieser Gewinn exakt in Höhe einer gesetzlichen Verzinsung veranschlagt wird. Ein solcher Gewinnanspruch stellt, wie der Oberste Gerichtshof erst jüngst in mehreren Entscheidungen klargestellt hat (9 Ob 25/10g; 1 Ob 84/10z; 4 Ob 95/10i ua; RIS-Justiz RS0042813 [T1] und RS0046495 [T1]), einen von der Forderung auf Rückersatz des Kaufpreises unabhängigen positiven Schaden dar. Entgegen der Ansicht des Rekursgerichts liegt demnach nicht nur keine - nach § 54 Abs 2 JN bei der Streitwertfestsetzung nicht zu berücksichtigende - Nebenforderung vor (RIS-Justiz RS0042813), sondern es gründet sich dieser Anspruch auch auf einen im Erstprozess nicht vorgetragenen rechtserzeugenden Sachverhalt. Inwiefern das Vorbringen der Klägerin eines behaupteten „Gewinnentgangs aus einer Alternativveranlagung“, wie das Rekursgericht meint, unzureichend sein soll, ist nicht zu erkennen. Da die Klägerin hinsichtlich des restlichen Klagsbetrags von 2.697,19 EUR also einen neuen Klagegrund geltend gemacht hat, ist insofern keine Streitanhängigkeit gegeben. In teilweiser Stattgebung des Revisionsrekurses ist daher spruchgemäß zu entscheiden. Ob eine gesonderte Einklagung des behaupteten Gewinnentgangs prozessökonomisch vertretbar ist, ist hier nicht zu beurteilen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 43 Abs 1 und 50 Abs 1 ZPO. Die Klägerin ist im Zwischenstreit über die Einrede der Streitanhängigkeit, der mit dieser Entscheidung vollständig erledigt wurde, etwa zu 85 % unterlegen. Sie hat der Beklagten daher 70 % der dieser in allen drei Instanzen entstandenen Kosten des Zwischenstreits zu ersetzen.

**Schlagworte**

Zivilverfahrensrecht

**Textnummer**

E95998

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2010:0070OB00207.10G.1215.000

**Im RIS seit**

19.01.2011

**Zuletzt aktualisiert am**

20.05.2011

**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)