

Feststellungsbegehren und Mitverschuldenseinwand in Gerichtsverfahren wegen Anlageberatungsfehlern

Ernst Brandl / Erik Hohensinner

Kann ein Anleger, der vermeint, von seinem Anlageberater unrichtig beraten worden zu sein, seinen Anspruch auf Schadenersatz auch geltend machen, wenn die vereinbarte Veranlagungsdauer noch gar nicht abgelaufen und somit dem Anleger – sofern er die Wertpapiere noch nicht verkauft und dadurch den Verlust realisiert hat – noch gar kein realer Schaden entstanden ist? Der OGH hat mit einer jüngst ergangenen Entscheidung [1] zur Zulässigkeit einer Feststellungsklage in Gerichtsverfahren wegen Anlageberatungsfehlern Klarheit geschaffen. Im folgenden soll diese für Anlageberatungshaftungsprozesse mit großen Auswirkungen verbundene Entscheidung näher betrachtet werden.

Stichwörter: (fehlerhafte) Anlageberatung; Mitverschulden; Feststellungsbegehren.
JEL-Classification: K 13, K 41, K 42.

Can an investor who believes he was incorrectly advised by his investment manager assert his claim for damages even if the agreed term of investment has not yet expired and the investor – provided he has not yet sold his securities and thus not realized his loss – has not yet suffered any real damage? By its recent ruling on the admissibility of an action for a declaratory judgment in court proceedings based on mistakes in relation to investment management, the Austrian Supreme Court clarified this matter. We will hereinafter take a closer look at this ruling, which substantially affects proceedings on liability in connection with investment management.

Das Platzen der großen „Spekulationsblase“ an den Börsen führte bei einem Großteil der Anleger zu einem bösen Erwachen: Sie hatten noch während des großen Börsebooms in Wertpapiere in-



Photo: privat

RA Dr. Ernst Brandl LL.M. (U of C), M.B.A. (Harvard) ist Partner der Brandl & Talos Rechtsanwälte Kommanditpartnerschaft, e-mail: office@btp.at



Photo: Fotostudio Helmenreich

Dr. Erik Hohensinner ist Rechtsanwaltsanwärter bei Brandl & Talos Rechtsanwälte Kommanditpartnerschaft, e-mail: office@btp.at

vestiert und mußten nun anstelle der erwarteten (hohen) Gewinne aufgrund der Kurseinbrüche zum Teil massive Verluste hinnehmen. Viele Anleger machten daraufhin die beratende Bank bzw den beratenden Finanzdienstleister (im folgenden der Einfachheit halber gemeinsam „der Finanzdienstleister“) für den erlittenen Schaden verantwortlich und meinten, daß der Finanzdienstleister sie unrichtig beraten habe und dieser deshalb den durch die fehlerhafte Anlageberatung entstandenen Schaden ersetzen müßte. Im Rahmen der in der Folge anhängig gewordenen Gerichtsverfahren wenden die beklagten Finanzdienstleister häufig ein, daß die vereinbarte Veranlagungsdauer noch gar nicht abgelaufen und deshalb dem Kläger – da sich die Kurse ja doch noch erholen könnten – noch kein Schaden entstanden sei. Folgt man diesem Einwand, ist es notwendig, daß der klagende Anleger seine Leistungsklage auf Schadenersatz in eine bloße Feststellungsklage ändern muß. Es steht jedoch die Frage im Raum, ob in diesem Fall eine Feststellungsklage überhaupt zulässig ist.

1. Allgemeine Voraussetzungen einer Feststellungsklage

Grundsätzlich zielt eine Feststellungsklage gemäß § 228 ZPO auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses oder Rechtes oder der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde. Unter einem „Rechtsverhältnis“ ist dabei „die bestimmte, durch den vorgetragene Sachverhalt gegebene und konkretisierte, rechtlich geregelte Beziehung von Personen untereinander oder von Personen zu Sachen“ zu verstehen [2]. Darüber hinaus muß dieses Recht oder Rechtsverhältnis im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung bereits bestehen, es sich also um ein gegenwärtiges Rechtsverhältnis handeln [3]. In diesem Zusammenhang möchten wir darauf hinweisen, daß dieses Kriterium gerade bei den hier gegenständlichen Schadenersatzansprüchen insofern problematisch ist, als streng genommen mangels vorhandenen Schadens noch kein Schadenersatzanspruch entstanden ist. Von ei-

[1] OGH vom 8. 10. 2003, 9 Ob 53/03i; abgedruckt in diesem Heft auf Seite 631.

[2] Fasching, Zivilprozeßrecht² Rz 1089; Rechberger / Simotta, Zivilprozeßrecht⁶ Rz 410; Feil / Kroisenbrunner, Zivilprozeßordnung

Rz 670.

[3] Fasching, Zivilprozeßrecht² Rz 1090; Rechberger / Frauenberger in Rechberger, ZPO² § 228 Rz 4.

nem „gegenwärtigen Rechtsverhältnis“ kann deshalb eigentlich gerade nicht gesprochen werden. Letztlich setzt sich jedoch die Rechtsprechung – wie unten näher dargestellt – unter Berufung auf „prozeßökonomische Gründe“ über dieses Kriterium hinweg.

Eine weitere wesentliche Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Feststellungsklage ist ein rechtliches Interesse des Klägers an der alsbaldigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechts oder Rechtsverhältnisses [4]. Ein derartiges „rechtliches Interesse“ ist immer dann gegeben, wenn ein aktueller Anlaß zur präventiven Klärung des strittigen Rechtsverhältnisses besteht [5]. Ein solcher Anlaß kann beispielsweise dann angenommen werden, wenn das Rechtsverhältnis durch eine ernsthafte Unsicherheit gefährdet erscheint, beispielsweise, weil der Beklagte das Recht des Klägers hartnäckig bestreitet [6]. Ist hingegen eine Gefährdung oder Beeinträchtigung der Rechtssphäre objektiv nicht möglich, fehlt das entsprechende Feststellungsinteresse [7].

In den meisten Fällen ist genau die Frage des Vorliegens eines „rechtlichen Interesses“ strittig. Ist die vereinbarte Veranlagungsdauer noch nicht abgelaufen, steht tatsächlich noch nicht fest, ob dem Kläger überhaupt ein Schaden aus der unrichtigen Anlageberatung entstehen wird, geschweige denn wie hoch ein allfälliger Schaden ist. Da aber die Verjährung von Schadenersatzansprüchen erst mit jenem Zeitpunkt zu laufen beginnt, in dem der Ersatzberechtigte sowohl den Schaden als auch den Ersatzpflichtigen kennt [8], fehlt streng genommen dem Kläger grundsätzlich ein entsprechendes rechtliches Interesse, weil mangels Schadens auch die Verjährung noch nicht zu laufen beginnt und somit diesbezüglich keine Gefährdung des Klägers gegeben ist.

2. Die Erweiterung der Zulässigkeit der Feststellungsklage durch die Rechtsprechung

In seiner früheren Judikatur anerkannte der OGH das Interesse an der Feststellung für die Haftung künftiger Schäden nur dann, wenn bereits zumin-

dest ein (Teil-)Schaden eingetreten war [9]. Der OGH erweiterte jedoch im Laufe der Zeit in seiner Judikatur kontinuierlich die Grenzen der Zulässigkeit einer Feststellungsklage. Der Gerichtshof verzichtete nämlich darauf, daß ein Schaden eingetreten sein mußte. Vielmehr sollte schon das Vorliegen derart schadensträchtiger Vorfälle ausreichen, daß der Schadenseintritt eher zufällig unterblieben sei und sich derartige Vorfälle mit möglichen Schäden jederzeit wiederholen könnten [10].

Der OGH verfolgte diese Judikaturlinie weiter und ließ Feststellungsklagen selbst dann zu, „wenn noch kein feststellbarer Schaden eingetreten ist und nur die Möglichkeit besteht, daß das schädigende Ereignis einen künftigen Schadenseintritt ermöglichen kann“ [11]. Begründet wurde in dieser Rechtsprechung das Vorliegen eines Feststellungsinteresses mit „prozeßökonomischen Gründen“ [12], „obwohl streng genommen ein gegenwärtiges Rechtsverhältnis – das ja an sich eine Zulässigkeitsvoraussetzung für eine Feststellungsklage bildet – noch nicht vorliegt“ [13].

3. Die OGH-Entscheidung 9 Ob 53/03i

Gegenstand der Entscheidung des OGH vom 8. 10. 2003, 9 Ob 53/03i, war ein Eventualbegehren des Klägers auf Feststellung. Dieser begehrte nämlich festzustellen, daß die beklagte Bank dem Kläger für alle künftigen Schäden aufgrund der fehlerhaften Anlageberatung haften solle. Die Beklagte wandte im wesentlichen ein, daß der Kläger einen Veranlagungszeitraum zwischen vier und sieben Jahren gewählt hätte und vor dem Ende des Veranlagungszeitraums daher aufgrund der Kursentwicklung ein Kursverfall (und somit ein Schaden) nicht prognostizierbar sei. Die bloße Möglichkeit eines späteren Schadenseintritts begründe aber für sich noch kein Feststellungsinteresse. Auch die Gefahr einer Verjährung bestehe noch nicht, weil ein Schaden noch nicht eingetreten sei und frühestens von diesem Zeitpunkt an eine Verjährungsfrist zu laufen beginne.

Dem hielt der OGH entgegen, daß „die Feststellungsklage [...] nicht nur

dem Ausschluß der Gefahr der Anspruchsverjährung [dient], sondern auch der Vermeidung späterer Beweisschwierigkeiten und der Klarstellung der Haftungsfrage. Sie soll vorbeugenden Rechtsschutz gewähren und ist daher immer schon dann zulässig, wenn aufgrund des Verhaltens des Beklagten eine erhebliche objektive Ungewißheit über den Bestand des Rechts entstanden ist und diese Ungewißheit durch die Rechtskraftwirkung des Feststellungsurteils beseitigt werden kann“. Angewandt auf den konkreten Fall meinte der OGH, daß „sowohl im Hinblick auf diese Bestreitung als auch in Anbetracht künftiger Beweisschwierigkeiten (der Kläger be ruht sich nicht nur auf die eigene Einvernahme, sondern auch eines Mitarbeiters der beklagten Partei) [...] die Aktualität des rechtlichen Interesses zu bejahen“ sei.

Damit erweitert der OGH die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Feststellungsklage erneut: Es genügt nämlich für das Vorliegen eines rechtlichen Interesses bereits die Möglichkeit von Beweisschwierigkeiten einerseits und ein Interesse an der Klarstellung der Haftungsfrage andererseits. Besonders interessant an der Begründung ist aber, daß nach der Ansicht des OGH offenbar Beweisschwierigkeiten bereits anzunehmen sind, wenn ein „Mitarbeiter“ als Zeuge einvernommen werden soll. Bedenkt man, daß gerade bei Banken in einem Prozeß, in dem es um Anlageberatungsfehler geht, stets „Mitarbeiter“ als Anlageberater tätig sind und diese im Verfahren als Zeugen einvernommen werden müssen, führt dies im Ergebnis dazu, daß bei Anlagehaftungsprozessen gegen Banken wegen der möglichen Beweisschwierigkeiten stets ein rechtliches Interesse gegeben und somit eine Feststellungsklage zulässig sein dürfte.

4. Konsequenzen für künftige Gerichtsverfahren wegen Anlageberatungsfehlern

Im Ergebnis wird durch die oben zitierte OGH-Entscheidung für Gerichtsverfahren wegen Anlageberatungsfehlern damit klargestellt: Für die Zulässigkeit eines (allenfalls in eventu vorgebrachten) Feststellungsbegehrens genügt es,

[4] *Rechberger / Simotta*, Zivilprozeßrecht⁶ Rz 412; *Rechberger / Frauenberger* in *Rechberger*, ZPO² § 228 Rz 7; *Fasching*, Zivilprozeßrecht² Rz 1096; *Feil / Kroisenbrunner*, Zivilprozeßordnung Rz 671.

[5] *Rechberger / Frauenberger* in *Rechberger*, ZPO² § 228 Rz 7; *Fasching*, Zivilprozeßrecht² Rz 1096; *Feil / Kroisenbrunner*, Zivilprozeßordnung Rz 671.

[6] *Rechberger / Frauenberger* in *Rechberger*, ZPO² § 228 Rz 7; *Fasching*, Zivilprozeßrecht² Rz 1098; *Feil / Kroisenbrunner*, Zivilprozeßordnung Rz 671.

[7] *Fasching*, Zivilprozeßrecht² Rz 1098.

[8] *M. Bydlinski* in *Rummel*, ABGB³ § 1489 Rz 3; *Mader* in *Schwimann*, ABGB² VII § 1489 Rz 7.

[9] Vgl zB OGH 4 Ob 54/88, RZ 1989, 21.

[10] ZB OGH vom 9. 3. 1983, 1 Ob 544/83; OGH vom 8. 10. 1987, 1 Ob 26/87.

[11] OGH vom 22. 2. 2001, 6 Ob 335/00h.

[12] OGH vom 22. 2. 2001, 6 Ob 335/00h; OGH vom 8. 10. 2003, 9 Ob 53/03i.

[13] *Fasching*, Zivilprozeßrecht² Rz 1093.

wenn mit dem Feststellungsurteil *allfällige Beweisschwierigkeiten vermieden* und die Haftungsfrage klargestellt werden kann. Der oftmals erhobene Einwand, daß mangels Ablaufs der vereinbarten Veranlagungsdauer dem klagenden Anleger doch noch gar kein Schaden entstanden sei, um damit die Klage schon abzuschmettern, ist unzutreffend. Denn im Falle dieses Einwands kann vom Kläger (nicht: Beklagten?) schlicht ein Feststellungsbegehren gestellt werden, womit – sollte der Klage stattgegeben werden – allenfalls der Streit um die Höhe des entstandenen Schadens auf einen späteren Zeitpunkt (nämlich den Ablauf des vereinbarten Veranlagungszeitraums) verlagert würde [14].

Wie so oft stellt sich der OGH auf die Seite des klagenden Anlegers und bietet durch diese Rechtsprechung einen wichtigen Vorteil: Der Anleger kann im Ergebnis – sobald er den Beratungsfehler erkennt und „Beweisschwierigkeiten“ zu erwarten sind – *sofort* die Haftungsfrage gerichtlich klären lassen. Der erleichterte Zugang zu diesem Rechtsinstrument wird in der Praxis insbesondere bei längeren Veranlagungszeiträumen (in dem vom OGH zu entscheidenden Fall: vier bis sieben Jahre) von Bedeutung sein, weil erfahrungsgemäß die Erinnerung von Zeugen an lange zurückliegende Ereignisse rapide abnimmt und mit einer frühestens möglichen (gerichtlichen) Aufarbeitung des Sachverhalts vermieden werden kann, daß das Verfahren letztlich nur wegen eines „Mangels an Erinnerung“ scheitert.

5. Kann den Anleger eine Schadensminderungspflicht oder ein Mitverschulden treffen?

Eine besonders spannende und von der höchstgerichtlichen Judikatur in diesem Zusammenhang noch nicht beantwortete Frage blieb allerdings auch in dieser OGH-Entscheidung *offen*: Darf bzw muß der klagende Anleger seine Wertpapiere noch vor Ablauf der Veranlagungsdauer verkaufen?

Das Berufungsgericht [15] hatte nämlich in seinem Urteil das Feststellungsbegehren unter anderem auch deshalb

abgewiesen, weil der Anleger zum Zeitpunkt der Klage noch immer im Besitz der den Prozeß betreffenden Wertpapiere war und das Gericht deshalb zu der Auffassung gelangte, „*daß sich der Kläger gegen das Risiko eines Kursverlustes absichern, aber gleichzeitig die Option eines Kursgewinns offen halten möchte. Bejaht man in einem solchen Fall das Feststellungsinteresse, widerspräche dies dem Zweck des Zivilverfahrens*“. Dieser Erwägung des Berufungsgerichts hielt der OGH entgegen, daß – sollte man dem Vorbringen des Klägers, es sei bereits jetzt ein erheblicher Kursverlust eingetreten, folgen – „*ein Abstoßen der Wertpapiere konsequenterweise zu einem schon jetzt eintretenden Schaden im Vermögen des Klägers führen*“ würde. Darüber hinaus sei „*eine derartige allfällige Schadensminderungspflicht gar nicht eingewendet, sondern von der beklagten Partei vielmehr auf die positive Entwicklung bei Einhaltung der vereinbarten Veranlagungsdauer verwiesen*“ worden.

Tatsächlich wird eine *Schadensminderungspflicht* in dem Sinn, daß eine Obliegenheit zum Verkauf der Wertpapiere besteht, *nicht anzunehmen* sein. Denn das Wesen der Schadensminderungspflicht besteht darin, daß der Geschädigte alle Vorkehrungen zu treffen hat, daß eine Vergrößerung des Schadens hintangehalten wird. Er darf die Folgen seines Schadens nicht durch Unterlassen des erforderlichen zumutbaren Verhaltens vergrößern oder verlängern [16]. Eine Verkaufsobliegenheit als schadensminderndes Verhalten ist allerdings nicht zumutbar, weil sie voraussetzen würde, daß der geschädigte Anleger den künftigen Kursverlauf einschätzen kann und die Wertpapiere somit zum bestmöglichen Zeitpunkt (und somit mit geringstmöglichem Verlust) verkauft. Da aber die künftige Kursentwicklung selbst von Experten kaum exakt eingeschätzt, geschweige denn vorhergesehen werden kann, wird dies dem durchschnittlichen Anleger noch viel weniger möglich und somit unzumutbar sein [17]. Den Anleger trifft daher keine Schadensminderungspflicht im Sinne einer Obliegenheit zum Verkauf der Wertpapiere [18].

Dennoch ist von rechtlicher Relevanz, ob der Anleger seine Wertpapiere noch vor Ablauf der vereinbarten Ver-

anlagungsdauer abstößt oder nicht. Verkauft der Anleger seine Wertpapiere nämlich vor Ablauf der vereinbarten Veranlagungsdauer und wäre der Schaden aufgrund wieder gestiegener Kurse bei Erreichen dieses Anlagehorizonts geringer als der durch den vorzeitigen Verkauf tatsächlich realisierte Schaden, stellt sich die Frage, ob nicht der Anleger selbst und nicht der Finanzdienstleister das Risiko und die Konsequenzen dieses Verhaltens trägt.

In diesem Fall kommt zugunsten des Finanzdienstleisters der Einwand eines *Mitverschuldens des Anlegers* gemäß § 1304 ABGB in Betracht. Zwar besteht grundsätzlich keine Pflicht zur Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten, doch reicht es für einen erfolgreichen Mitverschuldenseinwand nach § 1304 ABGB aus, daß sich jemand zumindest entsprechend sorgloses Handeln vorwerfen lassen muß [19]. Aus diesem Grund wird das Mitverschulden – mangels Pflicht zur Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten – auch „nur“ als eine Obliegenheitsverletzung qualifiziert [20]. Hier trifft den Anleger der Vorwurf, daß er die Wertpapiere bis zum Ablauf der vereinbarten Veranlagungsdauer behalten hätte müssen und durch den vorzeitigen Verkauf nunmehr der Schaden vergrößert worden sei. In der Folge ist daher näher zu prüfen, *welche Obliegenheiten* den Anleger in diesem Zusammenhang treffen, deren Verletzung in der Folge den Einwand des Mitverschuldens rechtfertigen könnten.

Zunächst ist zu prüfen, ob eine Obliegenheit des Anlegers zum Behalten der ihm – wenn auch aufgrund einer allenfalls unrichtigen Anlageberatung – vermittelten Wertpapiere besteht. Grundsätzlich ist der Anknüpfungspunkt für die Schadensberechnung nämlich das Ende der vereinbarten Veranlagungsdauer. Denn aus dem Grund der noch nicht abgelaufenen Veranlagungsdauer ist ja noch nicht feststellbar, ob (überhaupt) eine Schädigung vorliegt – gerade deshalb ist eben keine Leistungs-, sondern vielmehr „bloß“ eine Feststellungsklage zulässig. Insofern könnte man davon ausgehen, daß der Anleger grundsätzlich das Ende der vereinbarten Veranlagungsdauer abzuwarten hat, also eine diesbezügliche Obliegenheit des Anlegers besteht. Verkauft der Anleger

[14] Hinsichtlich der Bemessung des Streitwerts bei einer Feststellungsklage sei auf § 56 Abs 2 JN verwiesen, nach dem Kläger den Streitwert in der Klage anzugeben und somit selbst festzulegen haben. Im Falle einer Umstellung des Klagebegehrens auf ein Feststellungs(eventual)begehren ist deshalb grundsätzlich auch keine Änderung des Streitwerts erforderlich.

[15] OLG Wien vom 21. 1. 2003, 5 R 162/02h.

[16] Reischauer in Rummel, ABGB² § 1304 Rz 38; Harrer in Schwimann, ABGB² VII § 1304 Rz 9.

[17] Vgl zum deutschen Recht ausführlich Röthenhöfer, WM 2003, 2035.

[18] IdS auch Fleischer / Kalss, AG 2002, 329.

[19] Reischauer in Rummel, ABGB² § 1304 Rz 1; Harrer in Schwimann, ABGB² VII § 1304 Rz 8; Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 12/3 ff.

[20] Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 12/3; mwN Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹² 308.

jedoch entgegen dieser Obliegenheit seine Wertpapiere vorzeitig und vergrößert damit den Schaden (weil der Kurs tatsächlich bis zum Ende der vereinbarten Veranlagungsdauer wieder gestiegen ist), würde er somit grundsätzlich sorglos in eigenen Angelegenheiten handeln und müßte sich dieses Verhalten als Mitverschulden vorwerfen lassen.

Tatsächlich wird aber bei näherer Betrachtung auch eine derartige Obliegenheit zum Behalten der Wertpapiere bis zum Ende der Veranlagungsdauer zu *verneinen* sein. Denn einerseits ist zu beachten, daß der Anleger diese ihm aufgrund einer subjektiv als unrichtig empfundenen Beratung [21] vermittelten Wertpapiere eigentlich gar nicht haben wollte und bei einer richtigen Beratung nicht gekauft hätte, sodaß es ihm kaum zumutbar sein dürfte, die Wertpapiere bis zum Ende der beabsichtigten Veranlagungsdauer zu behalten [22]. Darüber hinaus stellt das bloße Behalten der Wertpapiere an sich noch keine Garantie dar, daß sich der Schaden tatsächlich zum Ende der Veranlagungsdauer vermindert, weil der Kurs ja selbstverständlich weiter sinken und der Schaden sich somit vergrößern könnte. Aus diesem Grund ist ein Behalten der Wertpapiere bis zum Ende der Veranlagungsdauer weder dem Anleger zumutbar noch in jedem Fall geeignet, den Schaden zu vermindern. Unseres Erachtens besteht deshalb keine derartige Obliegenheit des Anlegers.

Den einzigen Beitrag, den der Anleger realistisch leisten kann, um den durch eine fehlerhafte Anlageberatung entstandenen Schaden zu verringern bzw nicht zu vergrößern, liegt unseres Erachtens darin, den Finanzdienstleister von dem Schadensfall (also der fehlerhaften Beratung) zu informieren. Dieser hat in der Folge als Spezialist die Möglichkeit, (auf sein eigenes Risiko hin) aktiv zu handeln und dadurch den Schaden zu reduzieren. Diese Verständigung ist nicht nur zur Schadensminderung geeignet,

sondern darüber hinaus dem Anleger auch zumutbar. Denn für die Anzeige des Schadens benötigt der Anleger keine besonderen Spezialkenntnisse. Vielmehr setzt die Anzeige lediglich voraus, daß der Anleger Kenntnis von der (zumindest subjektiv) fehlerhaften Anlageberatung hat und diese Kenntnis dem Finanzdienstleister weitergibt [23]. Der Finanzdienstleister hat in der Folge die Entscheidungsfreiheit, dem Kunden zu raten, das Papier zu verkaufen oder zu behalten und so für den Fall, daß das Gericht zum Ergebnis kommt, daß das Produkt tatsächlich nicht auf das Anlegerprofil des Kunden paßte, das Risiko weiterer Verluste selbst einzuschätzen. Im Ergebnis ist deshalb eine Schadensminderungspflicht des Anlegers im Sinne einer *Obliegenheit zum Verständigen des Finanzdienstleisters von der unrichtigen Anlageberatung* anzunehmen, weil eine derartige Vorgangsweise einerseits tatsächlich zur Schadensminderung geeignet und andererseits dem Anleger auch zumutbar ist [24]. Damit eine derartige Verständigung eine entsprechende Wirkung entfalten kann, ist dem Finanzdienstleister darüber hinaus auch die Möglichkeit einzuräumen, eine Empfehlung abzugeben, wie nun weiter mit den – der Ansicht des Anlegers nach: unpassenden – Anlageinstrumenten verfahren werden soll.

Fraglich ist allerdings, worin die Rechtsfolgen einer Verletzung dieser Obliegenheit bestehen. Eine im Ergebnis sachgerechte Lösung könnte darin bestehen, diese Schadensminderungspflicht des Anlegers durch eine analoge [25] Anwendung der Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag zu konkretisieren und die rechtlichen Konsequenzen entsprechend diesen Regeln zu determinieren. Anknüpfungspunkt ist im vorliegenden Zusammenhang die den Anleger treffende Obliegenheit, den Finanzdienstleister sofort zu verständigen, wenn nach Ansicht des Anlegers ein Beratungsfehler vorliegt und er die Papiere deshalb verkaufen will. Genau wie der

Geschäftsführer ohne Auftrag sich um die Zustimmung des Geschäftsherrn zur notwendigen oder nützlichen Geschäftsführung zu bemühen hat [26], trifft nämlich im vorliegenden Fall den Anleger eine entsprechende Obliegenheit zur Anzeige der (zumindest subjektiv) unrichtigen Anlageberatung und zum Einholen von Anweisungen des Finanzdienstleisters betreffend die weitere Vorgangsweise.

Kommt der Anleger dieser Obliegenheit nach und bemüht sich also um die Einwilligung des Finanzdienstleisters als Geschäftsherrn, kann der Finanzdienstleister über den Fortgang der Veranlagung entscheiden. In der Folge handelt der Anleger – selbstverständlich nur, sofern er sich an die Anweisungen hält – mit der „Einwilligung“ des Finanzdienstleisters, sodaß ab diesem Zeitpunkt dieser (und nicht mehr der Anleger) das weitere Risiko trägt. Im Gegenzug hat der Finanzdienstleister dafür die Möglichkeit, durch den Einsatz seines Fachwissens auch den entstandenen Schaden und somit seine Ersatzpflicht gegenüber dem Anleger zu verringern. Folgt allerdings der Anleger den Anweisungen des Finanzdienstleisters nicht, handelt er wiederum eigenmächtig (eben ohne „Einwilligung“), sodaß in diesem Fall nur er selbst (und nicht der Finanzdienstleister) das Risiko seiner Vorgangsweise trägt.

Verständigt allerdings der Anleger – entgegen seiner Obliegenheit – den Finanzdienstleister nicht und verkauft nach seiner eigenen Entscheidung die Wertpapiere ohne Rücksprache mit diesem, hat er sich nicht um die Einwilligung (in den vorzeitigen Verkauf der Wertpapiere als den Schaden minderndes fremdes Geschäft) des Anlageberaters als Geschäftsherrn bemüht und trägt nun das Risiko seiner eigenmächtigen Geschäftsbesorgung. Die Rechtsfolgen dieser Handlung richten sich in der Folge danach, ob die Geschäftsbesorgung notwendig oder nützlich bzw nicht nützlich war.

[21] Ob die Beratung letztendlich tatsächlich unrichtig war oder nicht, kann erst im Zeitpunkt des Vorliegens eines (rechtskräftigen) Urteils des Gerichts endgültig beantwortet werden. Hier wird bei der Beurteilung der Rechtsfolgen stets die *Annahme* zugrunde gelegt, daß die Beratung tatsächlich fehlerhaft war.

[22] Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, daß den Anleger auch im Falle einer richtigen Beratung selbstverständlich keine Pflicht oder Obliegenheit betrifft, seine Wertpapiere bis zum Ende der Veranlagungsdauer zu behalten. Jedoch handelt der Anleger in diesem Fall – sollte er vorzeitig verkaufen – stets auf eigenes Risiko und hat deshalb einen allfälligen Schaden aus dem vorzeiti-

gen Verkauf jedenfalls selbst zu tragen.

[23] *Röthenhöfer*, WM 2003, 2036.

[24] IdS *Röthenhöfer*, WM 2003, 2036; aA in bezug auf die deutsche Rechtslage *Fleischer / Kals*, AG 2002, 335 f, die gegen die Obliegenheit zur unverzüglichen Anspruchsmeldung argumentieren, daß der Gesetzgeber – wie insbesondere aus der Ad-hoc-Publizitätspflicht des § 15 dWpGH ersichtlich sei – die Melde- und Informationspflicht über ein Finanzprodukt und maßgebliche Neuerkenntnisse dem Emittenten zugewiesen hat.

[25] Denkbar wäre auch eine unmittelbare Anwendung der Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag, weil man mit der Kenntnis der (zumindest subjektiv) fehler-

haften Beratung annehmen könnte, daß der Anleger ab diesem Zeitpunkt ein fremdes Geschäft (nämlich ein Verringern des Schadenersatzanspruches) führt, also die für die GoA an sich erforderliche Geschäftsführungsabsicht (*animus rem alteri gerendi*) besitzt. Damit wären – im Fall eines vorzeitigen Verkaufs der Wertpapiere ohne vorherige Verständigung des Finanzdienstleisters – alle Voraussetzungen der GoA erfüllt, weil der Anleger ein fremdes Geschäft eigenmächtig mit Geschäftsführungsabsicht durchführt.

[26] *Apathy* in Schwimann, ABGB² V § 1035 Rz 3; *Rummel* in Rummel, ABGB³ § 1039 Rz 5.

Eine Geschäftsführung im Notfall erfordert ein Handeln zur Abwendung eines unmittelbar drohenden positiven Schadens, wobei der Geschäftsherr nicht rechtzeitig um seine Zustimmung angegangen werden kann [27]. Liegen diese Voraussetzungen vor, hat der Geschäftsführer ohne Auftrag einen Anspruch auf Ersatz des notwendigen und zweckmäßigen Aufwandes, und zwar auch dann, wenn die Bemühung ohne Erfolg geblieben ist [28]. Eine derartige Situation wird regelmäßig nicht vorliegen, weil in den meisten Fällen der Anleger erst nach Eintritt eines Schadens Kenntnis von der fehlerhaften Anlageberatung erlangen und somit vor dem vorzeitigen Verkauf der Wertpapiere als schadensmindernde Maßnahme die Verständigung des Anlageberaters möglich sein wird. Denkbar ist unseres Erachtens allerdings die Anwendung der Regeln über die notwendige Geschäftsführung ohne Auftrag dann, wenn sich der Finanzdienstleister trotz einer entsprechenden Verständigung des Anlegers „tot stellt“, also jede Kontaktaufnahme oder Anweisung, was nun mit den Wertpapieren geschehen soll, verweigert. Dem Anleger ist es somit de facto nicht möglich, die Zustimmung des Finanzdienstleisters einzuholen, sodaß ein eigenmächtiges Handeln erforderlich sein wird. Sinken die Wertpapiere beispielsweise weiter, wird auch ein unmittelbar drohender Schaden (nämlich ein Vergrößern des vom Finanzdienstleister zu ersetzenden Schadens) anzunehmen sein. Verkauft der Anleger in diesem Fall die Wertpapiere vorzeitig, trägt somit der Finanzdienstleister bei einem sinngemäßen Anwenden der Regeln über die notwendige Geschäftsführung ohne Auftrag das Risiko unabhängig davon, ob das Bemühen des

Anlegers zum Verringern des Schadens letztlich erfolgreich war oder nicht, sodaß hier der Mitverschuldenseinwand des Finanzdienstleisters nicht berechtigt wäre.

In den meisten Fällen werden aber die Rechtsfolgen eines eigenmächtigen vorzeitigen Verkaufs der Wertpapiere ohne vorherige Anzeige der fehlerhaften Beratung an den Finanzdienstleister nach den Regeln über die nützliche/nicht nützliche Geschäftsbesorgung abzuwickeln sein. Hier kommt es darauf an, ob das Handeln des Geschäftsführers ohne Auftrag zum klaren, überwiegenden, also eindeutigen Vorteil des Geschäftsherrn erfolgte [29]. In diesem Fall hat der Geschäftsführer Anspruch auf Aufwandsersatz [30]. Liegt dieser Vorteil hingegen nicht vor, ist die Geschäftsführung ohne Auftrag nicht nützlich, sodaß dem Geschäftsführer ohne Auftrag gerade kein Aufwandsersatz gebührt [31]. Im Ergebnis trägt also der Geschäftsführer ohne Auftrag das Risiko seiner eigenmächtigen Geschäftsbesorgung.

Umgelegt auf den konkreten Fall des vorzeitigen Verkaufs der Wertpapiere vor dem Ablauf der Veranlagungsdauer bedeutet dies, daß entsprechend den dargelegten Regeln der nützlichen bzw nicht nützlichen Geschäftsführung ohne Auftrag ein eindeutiger Vorteil für den Finanzdienstleister nur dann anzunehmen sein wird, wenn der Kurs tatsächlich weiter gesunken ist und sich somit der Schaden ohne den eigenmächtigen Verkauf vergrößert hätte. Ist der Kurs jedoch bis zum Ablauf der Veranlagungsdauer wieder gestiegen, sodaß sich der Schaden ohne den vorzeitigen Verkauf der Wertpapiere verringert hätte, fehlt dieser Vorteil und liegt nicht nützliche

Geschäftsführung ohne Auftrag vor. Der Anleger hat in diesem Fall das Risiko seiner eigenmächtigen Handlung selbst zu tragen. Dieses Risiko besteht rechnerisch aus der Differenz zwischen dem höheren (realisierten) Schaden und dem (aufgrund gestiegener Kurse) niedrigeren (fiktiv zu berechnenden) Schaden am Ende der Veranlagungsdauer, sodaß hinsichtlich dieses Schadensteiles dem Anleger kein Anspruch auf Ersatz gegenüber dem Finanzdienstleister zukommt. ♦

Literaturverzeichnis

- Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts² (1990).
- Feil / Kroisenbrunner*, Zivilprozeßordnung (2003).
- Fleischer / Kalss*, Kapitalmarktrechtliche Schadenersatzhaftung und Kurseinbrüche an der Börse, AG 2002, 329.
- Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ (1997).
- Koziol / Welser*, Bürgerliches Recht II¹² (2001).
- Rechberger*, ZPO² (2000).
- Rechberger / Simotta*, Zivilprozeßrecht⁶ (2003).
- Röthenhöfer*, Mitverschulden des unrichtig informierten Anlegers? – Zur Frage, ob eine Verkaufs- oder Anzeigeobliegenheit des geschädigten Anlegers besteht, WM 2003, 2032.
- Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2000); II² (1992).
- Schwimann*, Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch V² und VII² (1997).

[27] *Apathy* in Schwimann, ABGB² V § 1036ff Rz 1; *Rummel* in Rummel, ABGB³ § 1036 Rz 1.

[28] *Apathy* in Schwimann, ABGB² V § 1036 ff Rz 11; *Rummel* in Rummel, ABGB³

§ 1036 Rz 3.

[29] *Apathy* in Schwimann, ABGB² V § 1036 ff Rz 3; *Rummel* in Rummel, ABGB³ § 1037 Rz 1.

[30] *Apathy* in Schwimann, ABGB² V

§ 1036 ff Rz 10; *Rummel* in Rummel, ABGB³ § 1037 Rz 5.

[31] *Apathy* in Schwimann, ABGB² V § 1036 ff Rz 14; *Rummel* in Rummel, ABGB³ § 1038 Rz 3.