

## Arbeitskräfteüberlassung

Gleichstellungsgebot

Betriebsverfassung

Anlegerschaden

Naturalrestitution  
gegen Feststellungsklage

Deliktsgerichtsstand für

Markenrechtsverletzungen

Arbeitsrecht im

Konsolidierungspaket

Stellvertretender

GmbH-Geschäftsführer

„Umbrella claims“

Schadenersatz bei Kartellverstößen?

Beihilfen

Ausgleichszahlungen im Postsektor

# Es muss nicht immer der Schaden des Anlegers sein – oder doch?

*In der E 8 Ob 129/10 v hat der OGH das Feststellungsbegehren der Klägerin für unzulässig erklärt – und damit sämtliche ihrer Ansprüche abgewiesen. Das ist nicht nur bedauerlich, sondern wirft auch die Frage nach Gerechtigkeit und „Recht“-Sprechung auf. Der Feststellungsanspruch war zudem rund einen Monat später in der E 1 Ob 251/11 k wieder möglich.*

*Zum Feststellungsbegehren und dem Ruf nach (ein bisschen mehr) Gerechtigkeit*

---

THOMAS KAINZ

## A. Formalismus versus „(Ge)Recht(igkeit)“?

Recht hat ja bekanntlich auch ein bisschen mit Gerechtigkeit zu tun. Es sollte um das Jahr 1811 der Wille eines gewissen Franz von Zeiller sein, einem

Bürger das Recht zu geben, von einem Beschädiger den Ersatz eines jeden Schadens zu fordern, welchen

---

Dr. *Thomas Kainz*, LL. M., ist als Rechtsanwalt und Partner in der Rechtsanwaltskanzlei Kerres | Partners tätig.

dieser ihm schuldhaft zugefügt hat.<sup>1)</sup> Wieso also bitte verwehrt der OGH der Klägerin – einer geschädigten Anlegerin – in der E 8 Ob 129/10 v<sup>2)</sup> dieses Recht, welches ihr doch bereits das HG Wien (19 Cg 88/09 a)<sup>3)</sup> und das OLG Wien (5 R 45/10 i)<sup>4)</sup> als Unterinstanzen zuerkannt hatten?

Aus einem „*formaljuristischen Grund*“, wie es so schön heißt: Laut OGH war das von der Klägerin eventualiter gestellte Feststellungsbegehren mangels eines rechtlichen Interesses unzulässig, da bereits ein Leistungsbegehren erhoben werden konnte. Genau ein solches hatte die Klägerin paradoxerweise auch primär gestellt. Die Unterinstanzen hatten es nur bereits rechtskräftig abgewiesen und eben dem Feststellungsbegehren stattgegeben, was jetzt wiederum der OGH ablehnte. Damit mag die Klägerin zwar materiell berechtigt sein. Formal gesehen seien ihr aber alle Begehren abzuerkennen.

Da nirgendwo im Gesetz steht, dass ein Feststellungsbegehren nicht auch wahlweise zu einer Leistungsklage erhoben werden kann, ist die E des OGH streng genommen nicht *formaljuristisch*. Dazu müsste sie nämlich „*rein äußerlich genau dem Gesetz entsprechend*“ sein.<sup>5)</sup> Wie auch immer, ob nun *Formaljurismus* oder nicht, *formalistisch* ist die E allemal und darüber hinaus, salopp gesagt, eine Frechheit. Warum? Weil der OGH hier bedauerlicherweise einen nicht ganz unwichtigen Faktor des Rechts vernachlässigt hat: die *Gerechtigkeit*. Und dabei beziehe ich mich noch gar nicht auf die E 1 Ob 251/11 k. Dazu aber später.

## B. Der Sachverhalt aus 8 Ob 129/10 v

Was die Anlegerin in 8 Ob 129/10 v beehrte, war Schadenersatz von der einst hoch renommierten und heute gerichtsbekannteren C-Bank. Die Kurse der gleichsam notorischen Immobilienaktie E und F waren im Laufe des Jahres 2007 um fast 40 Prozent eingebrochen. Aufgrund dieses Umstands meinte die Anlegerin, die sich von ihrem Vater bei den diversen Beratungsgesprächen mit der Bank vertreten ließ, im Jänner 2008, ihre E- und F-Aktien verkaufen zu wollen. Ihr Berater, brisanterweise auch Mitglied des Vorstands der C-Bank, blieb bei der Ansicht, die Verluste seien bloß vorübergehend. Immobilienaktien seien allgemein unterbewertet und eine Annäherung an den inneren Wert sei zu erwarten. Die Argumente des Beraters gingen klar in die Richtung, dass vom fachmännischen Standpunkt ein Verkauf zum jetzigen Zeitpunkt nicht zweckmäßig erscheine. Dies war die Beratung, obwohl der Vorstand wusste, dass in Beteiligungstochterfirmen der Bank selbst E- und F-Aktien in einem Wert von mehreren hundert Millionen Euro gebunkert waren – ein Mehrfaches des Eigenkapitals der C-Bank. Die Finanzierung dieses enormen Ankaufs lief über den Emittenten E. Der Berater fürchtete aufgrund des eingetretenen Kursverlustes um den Bestand der Bank und um die Rückführung der Gelder an E. Ebenso hatte er Sorge, dass ein Bekanntwerden dieser Umstände zu einem starken Kursverfall der E- und F-Aktie führen könne, der die Bilanz des Konzerns weiter belaste. Dies, zumal der Markt

durch die Krise rund um die M-Bank ja bereits verunsichert war. So hatte es das HG Wien festgestellt und das OLG Wien bestätigt. Die Klägerin behielt aufgrund der Beratung ihre Aktien. Sie verlangte aufgrund der Fehlberatung bzw. unterlassenen Aufklärung *primär die Zahlung des Verkaufspreises*, den sie bei ordnungsgemäßer Beratung erzielt hätte, Zug um Zug gegen Rückgabe ihrer noch gehaltenen Aktien. Als *Eventualanspruch* beehrte sie zunächst den Differenzschaden auf den aktuellen Wert, sodann die *Feststellung der Haftung*.

## C. Die Entscheidung der Unterinstanzen – Haftung und Feststellungsbegehren

Das HG Wien gab als ErstG dem Feststellungsbegehren statt, da der Berater verpflichtet gewesen wäre, die Informationen rund um die E- und F-Aktie an die Klägerin weiterzuleiten. Jedenfalls hätte er ihr den sich daraus ergebenden Interessenkonflikt offenlegen müssen. Das primäre Leistungsbegehren wies es ab, was es damit begründete, dass eine Verpflichtung

1) § 1295 Abs 1 ABGB; JGS 1811/946 zuletzt geändert durch RGBI 1916/69.

2) 20. 12. 2011.

3) 4. 1. 2010.

4) 28. 5. 2010.

5) Duden online, [www.duden.de/rechtschreibung/formaljuristisch](http://www.duden.de/rechtschreibung/formaljuristisch) (25. 4. 2012).

zur Übernahme der Aktien im Wege der „Naturalrestitution“ gem § 1323 ABGB im Gegensatz zur Situation, dass ein Kaufvertrag rückabzuwickeln ist, bei einer Fehlberatung, wo ein rechtzeitiger Verkauf unterblieb, *nicht bestehe*. Die Zahlung des Differenzschadens wurde mit der Begründung der mangelnden Bezifferbarkeit des Schadens vor einem Verkauf verweigert.<sup>6)</sup> Die Abweisung der Leistungsbegehren wurde rechtskräftig. Das BerG bestätigte die Auffassung des HG Wien vollinhaltlich.<sup>7)</sup>

## D. Zwei Konstellationen: Beratung führt zu Kaufvertrag und Beratung führt zu Halten

Nach Ansicht der Unterinstanzen war es in Bezug auf das Begehren sohin wichtig, zu unterscheiden: 1. Ein Anleger *erwirbt* ein Wertpapier aufgrund einer Beratung: Hier wird ein Kaufvertrag geschlossen, der *schadenersatzrechtlich rückabgewickelt* werden kann. 2. Ein Anleger *behält* sein Wertpapier aufgrund der Beratung: Hier entsteht zwar ein Beratungsvertrag, aber *kein Kaufvertrag*, der rückabgewickelt werden könnte. Soweit ist das logisch. Und steht ja auch so im Gesetz. § 1323 ABGB sieht diesbezüglich vor: Um den Ersatz eines verursachten Schadens zu leisten, muss primär „alles in den vorigen Stand zurückversetzt (...) werden“. Der vorherige Stand in der Fallkonstellation 2. kann eben nicht dadurch hergestellt werden, dass die Bank Zug um Zug die Wertpapiere und der Anleger den Verkaufserlös bekommt. (Auch) Ursprünglich besaß ja der Kunde die Wertpapiere (und hatte noch keinen Verkaufserlös). Bei einem derartigen Vorgehen würde der Anleger sohin in eine Lage versetzt werden, in der er sich niemals befand! Solange die Wertpapiere noch nicht verkauft sind und ein Schaden damit nicht feststellbar ist, kommt daher in diesem Fall nur ein *Feststellungsbegehren nach § 228 ZPO* in Betracht. Diese Auffassung ist nachvollziehbar. Sie geht auch formaljuristisch in Ordnung.

## E. Die Revidierung des OGH – Unzulässigkeit des Feststellungsbegehrens

### 1. Leere Hände trotz Berechtigung zum Schadenersatz

Unverständlich ist daher die Ansicht des OGH, wonach es zwischen diesen beiden Fallkonstellationen keinen Unterschied gebe und womit er die Urteile der Unterinstanzen revidiert. Nach dem 8. Senat gelte nämlich im Ergebnis „nichts anderes (...) im hier zu beurteilenden Fall, in dem die Klägerin geltend macht, durch die fehlerhafte Beratung vom geplanten Verkauf der Wertpapiere abgehalten (...) worden zu sein“. Umso unverständlicher – und *va justiziell unverträglich* – wird sie, wenn man sich ihre fatalen Folgen vor Augen führt: Die Klägerin mag zwar gegenständlich eine Beschädigung erlitten haben,<sup>8)</sup> dennoch werden ihr sämtliche Ansprüche aberkannt: Dem Feststellungsbegehren fehle es aufgrund der (theoretischen) Zulässigkeit des Leistungsbegehrens am Feststellungsinteresse. Dem Leistungs-

begehren könne aber nicht mehr entsprochen werden, da die Klägerin damals gegen dessen Abweisung in erster Instanz keine Berufung erhoben hatte. Tja, Pech gehabt. Die Rsp, wonach ein Feststellungsbegehren neben einem Leistungsbegehren möglich ist, sei eben überholt. Lassen wir diese Begründung des OGH für einen Moment dahingestellt. Und stellen wir auch die Frage zurück, warum eine Partei *gegen ein ihr Recht gebendes Urteil überhaupt berufen sollte*. Geht es in Wahrheit nicht darum, einem Bürger zu seinem Recht zu verhelfen? Insbesondere, wenn offenbar ist und auch gerichtlich festgestellt wurde, dass hier eine unzureichende Aufklärung erfolgte? Hat der im Zeitalter von Internet und Online-Plattformen stetig voranschreitende Abbau moralischer und gesellschaftlicher Werte nunmehr auch die Gerichte erreicht? Diese Kritik muss an dieser Stelle erlaubt sein: Eine derartige formalistische Spitzfindigkeit in Bezug auf die Frage, ob ein Feststellungsbegehren neben einem (theoretischen) Leistungsbegehren zulässig ist oder nicht, zu Lasten einer zum Schadenersatz berechtigten Partei zu führen, ist wohl mehr als unbillig! Dies, zumal eine Rückversetzung in den vorigen Stand durch eine Rückgabe der Wertpapiere und Zahlung des (zu erzielenden) Verkaufspreises ja eben gar nicht erreicht wird, bis zum Verkauf der Wertpapiere sohin ein Feststellungszuspruch nach § 228 ZPO die *einzig im Gesetz vorgesehene Möglichkeit* war.

### 2. Die Sache mit der überholten Rsp

Nun aber zurück zur Begründung, die Rsp zur Zulässigkeit des Feststellungsbegehrens sei überholt. Ganz so ist es nämlich nicht: Das OLG Linz hat sich bspw vor nicht allzu langer Zeit in der E 3 R 125/09 m<sup>9)</sup> mit der hiesigen Fallkonstellation, dass eine Fehlberatung nicht zu einem Kaufvertrag, sondern zu einem Halten der Wertpapiere führte, auseinandergesetzt. Das Ergebnis: Ein Feststellungsanspruch ist wahlweise zum „Naturalanspruch“ möglich. Der OGH bestätigte die E des OLG Linz noch im Frühjahr 2010 in 4 Ob 28/10 m.<sup>10)</sup> Auf die Ansicht des OLG Linz in Bezug auf die wahlweise Zulässigkeit des Feststellungsbegehrens nahm der OGH zwar keinen direkten Bezug. Er revidierte sie aber jedenfalls nicht. Auch hinsichtlich der Sachverhalte, in welchen die unrichtige Beratung zu einem Ankauf der Wertpapiere führte, gab es vor rund dreieinhalb Jahren einen Zuspruch für das Feststellungsbegehren: In 9 Ob 32/08 h<sup>11)</sup> schien der OGH die Meinung aus 8 Ob 123/05 d<sup>12)</sup> zu billigen, ein Feststellungsanspruch sei alternativ zur „Naturalrestitution“ zulässig.

6) 4. 1. 2010, 19 Cg 88/09 a.

7) 28. 5. 2010, 5 R 45/10 i.

8) Dies sieht neben den Unterinstanzen hier offenbar auch der OGH so: Es sei ja auch in dieser Konstellation „kein Grund ersichtlich, der Geschädigten diesen Anspruch gegen den Berater zu verweigern“.

9) 22. 12. 2009.

10) 11. 3. 2010.

11) 8. 10. 2008.

12) 23. 2. 2006.

## F. Fazit – Darf's ein bisserl mehr Gerechtigkeit sein?

Warum also bitte hat sich der OGH gerade hier in Theorie und Formalität verlieren müssen und einen tatsächlich bestehenden Anspruch aus juristischer Spielfreude abschmettern müssen? Wäre es nicht möglich und *va* gerechter gewesen, die Ansicht der Unterinstanzen für vertretbar zu erklären und das Feststellungsbegehren zuzulassen? Meine Herren, ich appelliere mit Nachdruck: Sollte man sich nicht ein bisschen mehr vor Augen führen, was eine derartige Entscheidung für schwerwiegende Folgen nach sich zieht? Und damit meine ich nicht allein die Vernichtung eines berechtigten Anspruchs, zu welcher sich noch die – teils enormen – Kostenfolgen gesellen. Ich meine *va* das Vertrauen der rechtsuchenden Bevölkerung, *Recht zu finden, dort wo es besteht*. Also bitte, darf's in Zukunft ein bisserl mehr Gerechtigkeit sein? Dass es möglich ist, zeigt doch die E 1 Ob 251/

11 k. In diesem rund einen Monat nach der gegenseitlichen E 8 Ob 129/10 v ergangenen Urteil erklärt der OGH ja plötzlich genau das Gegenteil: Ein Feststellungsbegehren ist *wahlweise zum Begehren auf Naturalersatz zulässig* ...

### SCHLUSSSTRICH

- *Der OGH hat kürzlich im Verfahren 8 Ob 129/10 v entgegen der Ansicht der Vorinstanzen die Zulässigkeit eines Feststellungsbegehrens verneint.*
- *Damit hat er der Klägerin sämtliche Ansprüche genommen.*
- *Rund einen Monat später, in 1 Ob 251/11 k, hielt der OGH das Feststellungsbegehren sodann plötzlich wieder für möglich.*