

Nicht auf den Schaden, auf den Anspruch kommt es an – Die verjährungsrechtliche Trennungsthese auf dem Prüfstand

BENEDIKT WALLNER

Wird ein Anspruch aus verschiedenen Sachverhalten abgeleitet, ist die Frage der Verjährung in Ansehung jeder Anspruchsgrundlage gesondert zu prüfen.¹⁾ Dies bedeutet für die fehlerhafte Anlageberatung: Hat ein Berater mehrere Aufklärungsfehler zu verantworten, so beginnt die dreijährige Verjährungsfrist mit Kenntnis jedes Beratungsfehlers getrennt zu laufen (Trennungsthese; kein Widerspruch zur gemäßigten Einheitstheorie). *Georg Graf*²⁾ hat die verjährungsrechtliche Trennungsthese *Max Leitners*³⁾ kritisiert: Nach *Graf*s Verständnis soll es bei der Primärschaden-Folgeschaden-Betrachtung bleiben, ungeachtet der Position des deutschen BGH, die er für unbegründet hält. Inzwischen liegen zwei OGH-Erkor, eines stattgebend⁴⁾ und eines abweisend.⁵⁾ Beide E weisen im Ergebnis den richtigen Weg.

1. Ein Bonmot über zivilgerichtliche Berufungssenate lautet, dort werde nicht etwa die Richtigkeit des erstinstanzlichen Verfahrens überprüft – sondern nur die Berechtigung des Berufungsschriftsatzes. Das hat seine Berechtigung im Antragsverfahren: Der Streitgegenstand (auch „Rechtsgrund“) wird nicht schon durch die vorgebrachten Tatsachen (Sachverhalt) allein bestimmt, die etwa amtswegig zu prüfen wären, sondern erst durch den Entscheidungsantrag (Sachantrag), den die vorgebrachten Tatsachen begründen und konkretisieren.⁶⁾

2. Die Verjährung bezieht sich auf den jeweils geltend gemachten Anspruch, muss doch die von § 1489 ABGB geforderte „Kenntnis“ den ganzen, den Anspruch begründenden Sachverhalt umfassen;⁷⁾ sie beginnt daher erst mit dem Zeitpunkt zu laufen, in dem der Ersatzberechtigte sowohl den Schaden als auch den Ersatzpflichtigen so weit kennt, dass er eine Klage mit Aussicht auf Erfolg erheben kann.⁸⁾ Daher reichen bloße Mutmaßungen nicht – sie können nicht mit der tatsächlichen Kenntnis der relevanten Umstände gleichgesetzt werden.⁹⁾ Auch vermag die bloße Möglichkeit der Ermittlung einschlägiger Tatsachen ihr Bekanntsein nicht zu ersetzen,¹⁰⁾ wenngleich den Ersatzberechtigten schon eine Erkundigungsobliegenheit¹¹⁾ treffen kann, die jedoch nicht überspannt werden darf.¹²⁾

3. Dieser geltend gemachte Anspruch wird – wie der Streitgegenstand – durch die zu seiner Begrün-

dung vorgebrachten Tatsachen konkretisiert. Stützt der Kläger sein Begehren alternativ auf verschiedene Sachverhaltsvarianten, liegen in Wahrheit zwei Ansprüche vor, die auch verjährungsrechtlich getrennt zu beurteilen sind.¹³⁾ Daher vertrat der sechste Senat mit 6 Ob 153/15 s die Meinung, die verjährungsrechtliche Trennungsthese des BGH begünstige keineswegs denjenigen Anleger, der mit der Geltendmachung seiner Ansprüche zuwarten, im Vergleich zu demjenigen, der sofort klage und dem dann im Fall der Abweisung seiner ersten Klage wegen der Rechtskraft dieses Urteils seine neuerliche Einklagung, ge-

Dr. *Benedikt Wallner* ist RA in Wien.

- 1) RIS-Justiz RS0050355.
- 2) Zum Beginn der subjektiven Verjährungsfrist bei mehrfach fehlerhafter Anlageberatung, ÖBA 2015, 624.
- 3) Schiffs- und Immobilienfonds: Verjährung bei mehreren Beratungsfehlern, *ecolex* 2015, 452.
- 4) OGH 17. 9. 2015, 3 Ob 112/15 i VbR 2015/127.
- 5) OGH 25. 9. 2015, 6 Ob 153/15 s.
- 6) Vgl RIS-Justiz RS0039255.
- 7) StRsp seit 5 Ob 562/93; RIS-Justiz RS0034951.
- 8) RIS-Justiz RS0034524; vgl auch RS0034374.
- 9) OGH 3 Ob 560/86 JBl 1987, 450; 1 Ob 64/00 v JBl 2001, 384; 7 Ob 249/01 w *ecolex* 2002/66; 1 Ob 162/10 w *ecolex* 2011, 702; 8 Ob 35/11 x *ecolex* 2011/256; RIS-Justiz RS0034524 (T 6, T 18). Selbst die subjektive „Überzeugung“ vom Vorliegen eines Sorgfaltsverstosses setzt die Verjährungsfrist für sich allein noch nicht in Gang (1 Ob 162/10 w *ecolex* 2011, 702). Denn die bloße „Überzeugung“ vom Vorliegen einer bestimmten Schadensursache ermöglicht dem Kläger noch nicht, unter Bedachtnahme auf seine Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht (§ 178 Abs 1 ZPO) ein konkretes Tatsachenvorbringen zu den relevanten Umständen zu erstatten, vgl OGH 4 Ob 144/11 x Rz 3.2. (a).
- 10) OGH 7 Ob 93/02 f mwN; RIS-Justiz RS0034603.
- 11) Die darin besteht, dass sich der Geschädigte nicht einfach passiv verhalten und es darauf ankommen lassen darf, eines Tages zufällig Kenntnis vom erlittenen Schaden/Schädiger zu erlangen; dies deswegen nicht, weil ein solcher sorgloser Kläger dann verjährungsrechtlich besser gestellt wäre als ein sorgfältiger Kläger, dem es um seine Rechtsposition zu tun ist und der deswegen sämtliche ihm leicht zur Verfügung stehenden Mittel ausschöpft, zB erhaltene Zuschriften liest oder sich erkundigt, und dadurch dann Kenntnis von seiner Schadensposition erhält, vgl 8 Ob 135/10 a.
- 12) Was beides auch die E 3 Ob 112/15 i erkennt, unter Verweis auf RIS-Justiz RS0034327.
- 13) OGH 4 Ob 144/11 x.

stützt auf einen anderen Beratungsfehler, etwa nicht mehr möglich sei: Denn wenn der Kläger eine neuerliche Klage mit abweichenden Klagsbehauptungen erhebt, handle es sich – im Unterschied zu Deutschland, wo stärker auf den Lebenssachverhalt abgestellt werde – in Österreich prozessrechtlich um einen anderen Streitgegenstand. Daher, so der sechste Senat, stünde der neuerlichen Klage über denselben Schaden aufgrund anderer anspruchserzeugender Tatsachen keineswegs die *res iudicata* entgegen.¹⁴⁾

4. Stellt man zutreffend auf den erhobenen *Anspruch* ab, dann kommt es aber verjährungsrechtlich – entgegen *Graf* – nicht auf den als Lebenssachverhalt dahinter stehenden *Schaden* an. *Graf* wendet sich gegen die Auffassung von *Leitner* und argumentiert, ein Anleger habe typischerweise immer nur einen Schaden erlitten, mag der auch multikausal entstanden sein, und daher reiche die frühestmögliche Kenntnis von diesem Schaden aus, um die Verjährungsfrist in Gang zu setzen, während erst später bekannt gewordene zusätzliche Schadensursachen sie nicht mehr in Gang zu setzen vermöchten. Dieses Argument hält näherer Überprüfung nicht stand: Wie der 3 Ob 112/15 i zu Grunde liegende Sachverhalt zeigt, macht es für den durchschnittlich verständigen Anleger¹⁵⁾ einen Unterschied zu wissen, ob sein gezeichnetes Investment nur nicht so sicher ist, wie ihm seinerzeit beteuert wurde, oder ob zusätzlich jeglicher Ertrag das Risiko in sich birgt, wieder zurückgezahlt werden zu müssen. Denn bei einer solchen Anlageform hat man im Falle der Rückforderung erhaltener Ausschüttungen auch noch das Risiko einer Rendite von Null.

5. Der weite Schadensbegriff des ABGB enthält eine starke subjektive Komponente: Er umfasst jeden Zustand, der rechtlich als Nachteil aufzufassen ist, an dem also ein geringeres rechtliches Interesse als am bisherigen besteht.¹⁶⁾ Es reicht aus, dass die Zusammensetzung des Vermögens des Geschädigten nach dem schadensbegründenden Ereignis nicht seinem *Willen* entspricht.¹⁷⁾ Damit liegt es im subjektiven Belieben des Geschädigten, das Fehlen einer Eigenschaft als „Schaden“ zu werten, falls sich diese Wertung nur objektiv begründen lässt. Jede andere Auffassung hätte zur ungeliebten Konsequenz, dass der Geschädigte bereits an die geringste Abweichung vom Geschuldeten die Feststellungsklage knüpfen müsste, muss er doch mit vorhersehbaren Schäden rechnen. Auch für den Anleger gibt es – einmal aufgeklärt – verschiedene Gründe, ein Finanzprodukt ursprünglich nicht gewollt zu haben.

6. Gegenstand der E 3 Ob 112/15 i¹⁸⁾ war ein Anlegerschaden in Gestalt einer „*Schiffsbeteiligung*“, also einer Kommanditbeteiligung des Klägers an einer GmbH und Co KG nach deutschem Recht. Nach dem in der E wiedergegebenen Sachverhalt hätte der Kläger von der Veranlagung Abstand genommen, sowohl wenn er gewusst hätte, dass die Veranlagung mit einem Kapitalverlustrisiko bis hin zum Totalverlust verbunden ist, als auch wenn er gewusst hätte, dass die prognostizierten jährlichen Ausschüttungen nicht nur (erwirtschaftete) Gewinne, sondern auch eingezahltes Kapital enthalten können, in welchem Fall ihn eine Rückzahlungsverpflichtung in diesem

Umfang treffen kann, kurz: dass er die erhaltenen Ausschüttungen wieder zurückgeben muss. Nach Überzeugung des dritten Senats begann die kenntnisabhängige Verjährungsfrist für jeden der beiden Beratungsfehler gesondert zu laufen.¹⁹⁾ Der Anspruch „Kapitalverlustrisiko“ war bereits verjährt – der Anspruch „Ausschüttungsschwindel“ allerdings nicht.

7. Nur anscheinend gegenteilig weist der sechste Senat mit 6 Ob 153/15 s den Anspruch eines *Fremdwährungskreditnehmers* ab, führt aber die Frage der verjährungsrechtlichen Trennungsthese ausdrücklich keiner abschließenden Klärung zu.²⁰⁾ Unter Ablehnung der Rechtsmeinung *Leitners* vertritt der sechste Senat zwar die Auffassung, dass es bei Anlegerschäden aufgrund einer Fehlberatung in mehreren Punkten nicht darum gehe, dass hier verschiedene Schäden vorlägen. Das hatte *Leitner* indessen nicht behauptet, sondern nur, dass der Kläger daran verschiedene Ansprüche knüpfen könne. Genau dies bekräftigt aber auch der sechste Senat, der Kläger könne sich aussuchen, auf welche Pflichtverletzung er sich stützt und dieser Gesichtspunkt könne gerade beim Fremdwährungskredit Bedeutung erlangen, zumal hier mehrere spezifische Risiken wie Wechselkurs, Zinsentwicklung und Entwicklung des Tilgungsträgers bestünden sowie auch in aller Regel mehrere Verträge, nämlich Kreditvertrag und mindestens ein Tilgungsträger: Hinsichtlich jedes dieser Aspekte komme jeweils eine Verletzung von Aufklärungspflichten in Betracht.²¹⁾

8. Von hier aus ist es nur mehr ein kleiner gedanklicher Schritt, den der sechste Senat jedoch nicht geht, um zu erkennen, dass wir es dementsprechend auch mit je verschiedenen Ansprüchen zu tun haben: Gerade der Fremdwährungskreditnehmer, der sich vermeintlich durch einen Tilgungsträger abgesichert wähnt, mag oft in der Frühphase der Währungsimparität entschieden haben, an den stetig, aber moderat ansteigenden Kurs der fremden Währung keine Konsequenzen zu knüpfen: Er wähnt sich in Sicherheit, war ihm doch anfangs erklärt worden, solche Schwankungen kämen durchaus vor und würden sich entweder bis zum Laufzeitende egalieren oder durch den Ertrag des Tilgungsträgers abgefangen werden. Erst wenn er erkennt, dass auch der Tilgungsträger nicht die versprochenen Erträge erwirtschaftet, um die Kredittilgung noch bis zum Laufzeitende zu bewerkstelligen, wäre seine Illusion zerstört, er käme ohne Schaden aus dem gehebelten Geschäft heraus. Aber wie – und, verjährungsrechtlich, wann – sollte er das als Laie erkennen? Die Rsp verlangt zutreffend keine prognostischen Hochrechnungen von ihm und lässt auch seine Erkundigungs-

14) OGH 6 Ob 153/15 s Rz 5.4. mwN.

15) Die Maßfigur laut Rsp; in 3 Ob 112/15 i war der Kläger freilich ein mittlerweile emeritierter Rechtsanwalt.

16) RIS-Justiz RS0022537.

17) OGH 2 Ob 74/12 i mwN.

18) Vom 17. 9. 2015, VbR 2015/127.

19) Unter ausdrücklichem Verweis auf BGH V ZR 25/07 und III ZR 169/08 sowie *Leitner*, *ecolex* 2015, 452 (453 f) mwN.

20) OGH 6 Ob 153/15 s Rz 5.5. unter ausdrücklichem Verweis auf *Graf*, *ÖBA* 2015, 624.

21) 6 Ob 153/15 s Rz 5.3.

obliegenheit nicht überspannen.²²⁾ Wenn er schließlich erfährt, dass es sich um keinen zufälligen, sondern um einen notwendigen oder doch regelmäßigen Zusammenhang handelt, weil die ihm empfohlene Konstruktion ein sog „Scherenrisiko“ in sich barg, bei dem sich die Risiken beider Komponenten gegenseitig bedingen und noch verstärken, ist die Kenntnis von jenem Schaden eingetreten, den ihm die Gesamtkonstruktion verschafft hat.²³⁾ An diese drei unterschiedlichen Ursachenzusammenhänge kann der Geschädigte drei unterschiedliche Ansprüche knüpfen.

9. Deren Überprüfung muss freilich nicht immer richtig ausfallen: Die für die Klagsabweisung gegebene Begründung,²⁴⁾ es sei kein eigenständiges Risiko des „Zusammenwirkens des Risikos von Zinsänderungen und Währungsschwankungen“ neben den dem Kläger ohnedies bereits bekannten Zins- und Wechselkursrisiken anzuerkennen, auf das der Kläger gesondert hinzuweisen wäre, sodass die Unterlassung eines diesbezüglichen Hinweises hier keine gesonderte Verjährungsfrist auslösen könnte, bleibt apodiktisch und unbelegt.²⁵⁾ Sie widerspricht überdies 8 Ob 66/12 g.²⁶⁾

10. Selbst *Chr. Rabl*²⁷⁾ muss die Unterscheidung in zwei Fallgruppen konzidieren: jene, in denen dem Geschädigten sämtliche Beratungsfehler bekannt sind, und jene, in denen ihm zunächst nur ein Beratungsfehler bekannt ist. Daher widerspricht die verjährungsrechtliche Trennungsthese auch nicht der gemäßigten Einheitstheorie, wonach ein eingetretener, wenn auch der Höhe nach noch nicht bezifferbarer Primärschaden die Verjährungsfrist auch für alle künftigen, schon vorhersehbaren Schäden aus einer einzelnen schädigenden Handlung mit gleichartigen schädlichen Folgen, die in überschaubarem Zusammenhang stehen, auslöst.²⁸⁾ Denn für nicht vor-

hersehbare schädigende Wirkungen eines Schadensfalls beginnt die Verjährungsfrist ebenso neu zu laufen wie bei mehreren schädigenden Handlungen, wobei jede Handlung den Tatbestand einer neuen Rechtsverletzung verkörpert und für sich Schadensursache ist: Dort ist der Beginn der Verjährung für die Ansprüche aus jeder Handlung separat zu beurteilen. Es läuft also aus jeder schädigenden Handlung eine eigene Frist ab jeweiliger Kenntnis.²⁹⁾ *Chr. Rabl*s Überlegungen liefern keine Argumente gegen diese stRsp. Insb wiegt das Interesse des Schädigers (an Rechtssicherheit) natürlich nicht schwerer als das Interesse des Geschädigten (an Ersatz), dem es mithin überlassen bleibt, an jede schädigende Handlung Rechtsfolgen zu knüpfen oder nicht.

22) OGH 8 Ob 66/12 g sagt uns zwar, „Solange die Abwicklung des Kreditverhältnisses im Wesentlichen den ursprünglichen Erwartungen entsprach, hatten [die Kläger] noch keinen Anlass, an der Zuverlässigkeit ihrer professionellen Beratung zu zweifeln“, aber nicht, wann das einmal nicht mehr der Fall wäre.

23) Das ist insofern nicht dasselbe wie die Summe aus den Schäden der beiden Komponenten, weil die sich – ohne einen notwendigen Konnex – unterschiedlich entwickeln könnten.

24) 6 Ob 153/15 s Rz 8.2.

25) Parteiische, nicht objektive Meinung des Verfassers als am Verfahren 6 Ob 153/15 s beteiligter Klagevertreter.

26) „Das spekulative Element eines Rechtsgeschäfts stellt keineswegs per se einen Nachteil dar, allerdings nur unter der Voraussetzung, dass das Risiko bewusst und gewollt eingegangen wird. Genau dieses Bewusstsein lag bei den Klägern aber mangels Aufklärung nicht vor. (...) Das Hinzutreten des verborgenen Spekulationsrisikos bewirkte eine dauerhafte Veränderung ihrer Rechtsposition, die sie nicht gewollt haben und die ihren Interessen widersprach. Diese Veränderung ist als realer Schaden anzusehen“, unter Rz 1.3. mwN.

27) Verjährung des Ersatzes von Anlegerschäden bei mehreren Beratungsfehlern, VbR 2016/23.

28) Bspw 10 Ob 72/07 x mwN.

29) Ebd.