

Schadenersatz bei fehlerhafter Anlageberatung

DOI 10.1007/s00718-011-0002-0

§ 1323 ABGB:

Der Schadensumfang bei fehlerhafter Anlageberatung ist anhand einer Differenzrechnung zu ermitteln. Dabei ist der Verkaufserlös der erworbenen Anlage dem Kurs der bei richtiger Beratung gewählten Alternativen gegenüberzustellen.

Der Anleger hat das Vorliegen eines Schadens zu beweisen, indem er seinen hypothetischen Vermögensstand bei richtiger Beratung plausibel macht. Dem Schädiger steht dann der Nachweis offen, dass ein anderer Verlauf wahrscheinlicher sei. [145]

OGH 28. 1. 2011, 6 Ob 231/10d (OLG Innsbruck 2. 3. 2010, 1 R 231/09v; LG Feldkirch 30. 6. 2009, 42 Cg 48/08y-35)

Die Kl investierte im Jahr 2007 über Beratung der A GmbH, über deren Vermögen am 14. 4. 2010 zu AZ 14 S 55/10v des LandesG St. Pölten das Konkursverfahren eröffnet und der Bekl zum Masseverwalter bestellt worden ist, € 180.000,- in Finanzprodukte der Nebeninterventantin. Im September 2009 verkaufte die Kl diese Produkte mit einem Gesamtverlust von 13,18 % beziehungsweise knapp € 30.000,-.

Das ErstG wies das auf Schadenersatz infolge Beratungsfehler gerichtete Klagebegehren ab.

Das BerufungsG trug dem ErstG eine neuerliche E nach Verfahrensergänzung auf. Dagegen richtet sich der Rek der Kl, die nach Fortsetzung des aufgrund der Konkursöffnung unterbrochenen Verfahrens vom Bekl € 36.851,42 als Masseforderung und die Feststellung einer Konkursforderung in Höhe von € 72.489,19 begehrt.

Entgegen dem – den OGH nicht bindenden (vgl § 508a Abs 1 ZPO) – Ausspruch des BerufungsG war der Rek an den OGH nicht zulässig.

Aus den Entscheidungsgründen des OGH:

1. Zwischen den Parteien ist im Verfahren vor dem OGH nicht mehr strittig, dass zwischen der Kl und der Gemeinschuldnerin ein Anlageberatungsvertrag bestanden hatte und dass die Gemeinschuldnerin aufgrund fehlerhafter Beratung der Kl für jenen Schaden einzustehen hat, den diese dadurch erlitt, dass sie ihr Vermögen zum Teil in Produkte der Nebeninterventantin veranlagt hatte. Strittig ist nur mehr die Höhe des erlittenen Schadens und dessen Berechnung.

2. Nach stRsp des OGH haftet der Anlageberater nicht für das positive Vertragsinteresse; der Anleger kann nur verlangen, er möge so gestellt werden, wie er stünde, wenn der Anlageberater pflichtgemäß gehandelt hätte (RIS-Justiz RS0108267, RS0030153). Der Anlageberater haftet dabei für den Vertrauensschaden (8 Ob 123/05d SZ 2006/28 = ZFR 2006, 104 [Linder]; 3 Ob 40/07i [= JBl 2008, 49; Anm d Red]; 9 Ob 85/09d JBl 2010, 713 [P. Bydliński]).

3. Der Schaden ist durch eine Differenzrechnung zu ermitteln; es ist dabei der hypothetische heutige Vermögensstand ohne das schädigende Ereignis zu ermitteln und von diesem Betrag sodann der heutige tatsächliche Vermögenswert abzuziehen (4 Ob 28/10m = ÖBA 2010/1643 [= wbl 2010, 618; Anm d Red]; 9 Ob 85/09d [= JBl 2010, 713; Anm d Red]; RIS-Justiz RS0030153).

3.1. Im Verfahren vor dem OGH ist die Frage strittig, worin der hypothetische heutige Vermögensstand bestehen soll: Nach Auffassung des BerufungsG ist von einer Veranlagungsalternative mit mittlerem Risiko und einer Rendite von mehr als 6 % auszugehen, habe die Kl doch gerade eine derartige Veranlagung ihrer € 180.000,- gewünscht. Die Kl hingegen vertritt in ihrem Rek die Auffassung, ihr hypothetischer heutiger Vermö-

gensstand sei aufgrund einer Sparbuchveranlagung des erwähnten Betrags mit einer 4 % Rendite zu ermitteln.

3.2. Der OGH hat in jüngerer Zeit in mehreren E ausgeführt, dass der geschädigte Anleger nach dem Verkauf der Wertpapiere den rechnerischen Schaden unter Gegenüberstellung des Erwerbspreises der Wertpapiere zuzüglich der Erwerbskosten und des Veräußerungspreises der Wertpapiere verlangen könne (8 Ob 123/05d; 10 Ob 11/07a; 9 Ob 85/09d [= JBl 2010, 713; Anm d Red]; in diesem Sinn offensichtlich auch *Schobel/Parzmayr*, Anlegerschaden und Schadensberechnung, ÖBA 2010, 165).

3.3. Diese Auffassung ist in der Literatur auf Ablehnung gestoßen (*Linder*, ZFR 2006, 104 [Entscheidungsanmerkung]; *Leupold/Ramharter*, Zum Verhältnis von irrtumsrechtlicher und schadenersatzrechtlicher Rückabwicklung bei Aufklärungspflichtverletzungen, ÖJZ 2010/85 FN 6; *dies*, Anlegerschaden und Kausalitätsbeweis bei risikoträchtiger hypothetischer Alternativenanlage. Zugleich eine Besprechung von OGH 4 Ob 28/10m und 9 Ob 85/09d, ÖBA 2010, 718). Die Literatur (vgl außerdem etwa *Koziol*, Die Haftung der depotführenden Bank bei Provisionsvereinbarungen mit externen Vermögensverwaltern ihrer Kunden, ÖBA 2003, 483; *P. Bydliński*, Haftung für fehlerhafte Anlageberatung: Schaden und Schadenersatz, ÖBA 2008, 159; *Wendehorst*, Anlageberatung, Risikoaufklärung und Rechtswidrigkeitszusammenhang, ÖBA 2010, 562; aA *Graf in Gruber/Raschauer*, WAG-Wertpapieraufsichtsgesetz [2010] § 38 Rz 102 ff) geht demgegenüber davon aus, dass der Anleger wohl bei korrekter Beratung nicht von jeder Anlage Abstand genommen, sondern (lediglich) anders veranlagt hätte. Ein Schadenersatzanspruch scheidet daher etwa dann aus, wenn sich die bei korrekter Beratung gewählte Anlage ebenso schlecht oder sogar noch schlechter als die gewählte entwickelt hätte.

Wie *Leupold/Ramharter* (ÖBA 2010, 718) richtig gezeigt haben, handelte es sich bei den von der Literatur kritisierten Ausführungen des OGH jeweils um obiter dicta beziehungsweise nahmen diese Ausführungen auf besondere Sachverhaltskonstellationen der jeweiligen Fälle Bezug. Demgegenüber stellte der OGH in der E 4 Ob 28/10m [= wbl 2010, 618; Anm d Red] klar, dass der hypothetische heutige Vermögensstand unter Berücksichtigung der zu Beginn des Vertragsverhältnisses vereinbarten Anlageziele zu ermitteln ist; es könne nicht davon ausgegangen werden, dass der Anleger Bargeldbestände gehalten hätte. Dies entspricht auch der Auffassung des erkennenden Senats, der bereits in der E 6 Ob 104/06x (JBl 2008, 450) ausgeführt hatte, welcher Schaden dem Kl durch die fehlerhafte Beratung entstanden ist, sei danach zu beurteilen, welche Aufwendungen und Erträge der Kl gehabt hätte, wäre er richtig beraten worden. Der 1. Senat des OGH wiederum hat in der auch vom BerufungsG erwähnten E 1 Ob 187/08v (RdW 2009/288), auf welche sich dieses bei seinem Aufhebungsbeschluss erkennbar gestützt hat, ausgesprochen, dass sich der nach der Differenzmethode zu ermittelnde Schaden eines Kl, der infolge pflichtwidriger Anlageberatung risikoträchtige Wertpapiere erworben hatte, nicht aus einer Gegenüberstellung des aufgewendeten Veranlagungsbetrags zu den Kurswerten der vom geschädigten Kl nach wie vor gehaltenen Wertpapiere ergebe.

Trenker (Umfang und Art des Ersatzanspruchs bei fehlerhafter Anlageberatung, wbl 2010, 618) hat daher völlig zu Recht die E 4 Ob 28/10m [= wbl 2010, 618; Anm d Red] „in ihren Klarstellungen zu Umfang und Art des Ersatzanspruchs eines fehlerhaft beratenen Anlegers der mittlerweile gefestigten Rsp des Obersten Gerichtshofs [entsprechend]“ bezeichnet.

3.4. Maßgeblich für die Ermittlung des hypothetischen heutigen Vermögensstands sind demnach die konkreten

Umstände und Vereinbarungen bei Abschluss des Beratungsvertrags, insbesondere die erklärten Veranlagungsziele des Anlegers, nicht jedoch objektive Vergleichsparameter wie etwa eine Sparbuchveranlagung, eine Veranlagung in einen „seriösen österreichischen Immobilienfonds“ oder der Erwerb „festverzinslicher österreichischer Wertpapiere“, wie die Kl in ihrem Rekurs meint. Es kann also nicht grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass der Anleger bei richtiger Aufklärung eine völlig risikolose Veranlagung vorgenommen hätte (*Leupold/Ramharter*, ÖBA 2010, 718); maßgeblich für die Höhe des Schadenersatzes sind der Veräußerungserlös und der Kurs der Alternativanlage (*Leupold/Ramharter*, ÖBA 2010, 718 unter Hinweis auf 4 Ob 28/10m [= wbl 2010, 618; Anm d Red]). Sollten dieser Rsp ältere E des OGH (etwa 4 Ob 516/93; 8 Ob 2295/96z; vgl auch RIS-Justiz RS0108218; in diesem Sinn allerdings auch *Winternitz/Aigner*, Die Haftung des Anlageberaters für fehlerhafte Beratung [2004] 8) entgegenstehen, so wären sie durch die jüngere, von der Literatur überwiegend gebilligte Rsp überholt.

3.5. Die vom BerufungG dem ErstG überbundene Rechtsansicht, dieses habe Feststellungen dahin zu treffen, welche Veranlagungsvariante mit mittlerem Risiko und einer Rendite von mehr als 6 % für die Kl bei richtiger Beratung in Frage gekommen wäre, ob die Kl diese Veranlagungsvariante auch tatsächlich in Erwägung gezogen (also nicht trotz richtiger Beratung die selben Veranlagungsprodukte der Nebenintervenientin erworben hätte) und wie sich diese real entwickelt hätte, entspricht der dargestellten jüngeren Rsp des OGH und ist nicht zu beanstanden. Ob das BerufungG eine Verbreiterung der Sachverhaltsgrundlage für notwendig hält, ist jedoch eine Frage, die der Beurteilung des OGH, der keine Tatsacheninstanz ist, entzogen ist.

4. Die Kl geht in ihrem Rek davon aus, dass ihr jedenfalls der reale Schaden als positiver Schaden zustehe; dieser liege in der Differenz von Erwerbspreis und Veräußerungspreis der empfohlenen Produkte. Im Hinblick auf die zu 3.3. und 3.4. dargestellte Rechtslage ist dem jedoch nicht beizupflichten. Auch *P. Bydlinski* (ÖBA 2008, 159) hat bereits nachdrücklich darauf hingewiesen, dass der Anlegerschaden nicht in zwei Teile getrennt werden könne, also in den positiven Schaden (etwa eingesetztes Kapital minus aktuellem Wert der Anlage beziehungsweise minus Erlös aus dem Verkauf der Anlage) und den entgangenen Gewinn (etwa in Gestalt des durch die unterbliebene „richtige“ Veranlagung verabsäumten Vermögensvorteils). *Leupold/Ramharter* (ÖBA 2010, 718) lehnen die Annahme eines – wie von der Kl argumentierten – Mindestschadens ausdrücklich ab.

5.1. Das BerufungG hat in seinem Aufhebungsbeschluss der Kl die Beweislast für ihren hypothetischen heutigen Vermögensstand aufgebürdet. Dies entspricht stRsp des OGH (3 Ob 304/02f JBl 2004, 114; 1 Ob 233/07g; 6 Ob 104/06x [= JBl 2008, 450, Anm d Red] mwN). Danach hat der durch eine falsche Beratung Geschädigte den Eintritt des Schadens und dessen Höhe zu beweisen; er hat daher nicht nur die tatsächlich eingetretene Vermögenslage zu behaupten und zu beweisen, sondern – als Minuend der vorzunehmenden Differenzrechnung – auch den hypothetischen heutigen Vermögensstand, der ohne die schädigende Handlung bestünde.

Die Kl meint nun in ihrem Rek, tatsächlich wäre – wie im Arzthaftungsrecht – auch bei Haftungsprozessen gegen Anlageberater von einer Beweislastumkehr auszugehen. Sie übersieht damit jedoch die stRsp des OGH, wonach diese Beweiserleichterungen nicht für den Beweis der Kausalität einer Aufklärungspflichtverletzung eines Anlageberaters in Betracht kommen (7 Ob 220/04k ÖBA 2006, 60 [*B.C. Steininger*]; 6 Ob 104/06x [= JBl

2008, 450; Anm d Red]; RIS-Justiz RS0106890); die Beweislast, dass bei pflichtgemäßem Verhalten der Schaden nicht eingetreten wäre, trifft den Geschädigten.

5.2. Die Anforderungen an den Beweis des bloß hypothetischen Kausalverlaufs sind allerdings geringer als die Anforderungen an den Nachweis der Verursachung bei einer Schadenszufügung durch positives Tun. Die Frage, wie sich die Geschehnisse entwickelt hätten, wenn der Schädiger pflichtgemäß gehandelt hätte, lässt sich naturgemäß nie mit letzter Sicherheit beantworten, weil dieses Geschehen eben nicht tatsächlich stattgefunden hat. Der Geschädigte hat daher (lediglich) ein Vorbringen zu erstatten, mit dem die Verursachung eines Schadens plausibel gemacht wird (*Leupold/Ramharter*, ÖBA 2010, 718; vgl auch 10 Ob 103/07f), dem Schädiger steht dann der Nachweis offen, dass ein anderer Verlauf wahrscheinlicher sei (6 Ob 104/06x [= JBl 2008, 450; Anm d Red]; 10 Ob 103/07f; 4 Ob 28/09k ÖBA 2010/1598; dieser Rsp zustimmend *Leupold/Ramharter*, ÖBA 2010, 718).

Anmerkung:

Der OGH thematisiert in der E die Schadensberechnung eines fehlerhaft beratenen Anlegers. Obwohl die E Literatur und bisherige Rsp sorgfältig aufarbeitet, wurde sie kürzlich kritisiert¹⁾; mE allerdings zu Unrecht, was Anlass für einige kurze Bemerkungen bietet.

Ausgangssachverhalt ist, dass ein Anleger im Rahmen eines Beratungsvertrags falsch beraten wurde und daher ein nicht seinen Vorstellungen entsprechendes Anlageprodukt erwarb. Im Fokus der rechtlichen Beurteilung steht die Aussage, dass bei der Schadensberechnung die Entwicklung der Anlage zu berücksichtigen ist, die der Anleger bei ordnungsgemäßer Beratung hypothetisch erworben hätte. Es könne also nicht ohne Weiteres die Rückerstattung der erworbenen Wertpapiere gegen den seinerzeitigen Erwerbspreis iSe Mindestschadens verlangt werden. Vielmehr müsse der hypothetische Vermögensstand bei richtiger Beratung mit dem tatsächlichen Vermögensstand verglichen werden.

ME steht dies in völligem Einklang mit der stRsp²⁾, dass der Anleger so zu stellen sei, wie er stünde, wenn der Berater pflichtgemäß gehandelt, ihn also ordnungsgemäß beraten hätte.³⁾ Bei richtiger Beratung hätte der Anleger nämlich idR anders veranlagt, weshalb eine Berücksichtigung der Entwicklung der hypothetisch erworbenen Alternativanlage erforderlich ist. Es entspricht auch generell schadenersatzrechtlichen Grundsätzen, zur Schadensberechnung die Differenz zwischen der tatsächlichen und der hypothetischen Vermögenslage bei Wegdenken des rechtswidrigen Verhaltens des Geschädigten heranzuziehen.⁴⁾ Das wegzudenkende rechtswidrige Verhalten besteht in der Verletzung des Beratungsvertrags. Die ordnungsgemäße Erfüllung dieses Vertrags soll den Geschädigten aber nicht bloß vor einer ungewollten Disposition schützen, sondern ihm vielmehr zum Abschluss eines Geschäfts verhelfen, das seinen Vorstellungen entspricht. Es macht deshalb für den Schadensumfang auch keinen Unterschied, ob eine Fehlberatung im Rahmen eines Beratungs- oder Vermögensverwaltungsvertrags erfolgt.⁵⁾ Denn bei beiden Verträgen geht es pri-

¹⁾ G. Graf, Was ist der Schaden des geschädigten Anlegers? *ecolex* 2011, 391.

²⁾ OGH RIS-Justiz RS0108267, zB 8 Ob 259/98s, *ecolex* 1999, 212.

³⁾ G. Graf, *ecolex* 2011, 391 ortet hingegen eine wesentliche „Akzentverschiebung“ der Judikatur.

⁴⁾ Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ (1997) Rz 2/19; ders., Zum Ersatzanspruch unzulänglich aufgeklärter Anleger, in FS Picker (2010) 523, 525.

⁵⁾ Zutr Berufungsgericht in 4 Ob 28/10m: „Im vorliegenden Fall werde eine fehlerhafte Anlageberatung im Rahmen einer Vermögensverwaltung behauptet, was jedoch an den Grundsätzen der Schadensberechnung nichts ändere“; aA G. Graf, *ecolex* 2011, 391, 393. Auch die in 9 Ob 85/09d ange-

mär darum, den Anleger in die Lage zu versetzen, die für ihn richtige Veranlagung auszuwählen. Blicke die hypothetische Disposition des Anlegers hingegen unberücksichtigt, wäre dieser iE – je nach deren Entwicklung – besser oder schlechter gestellt als bei rechtmäßigem Verhalten des Schädigers. Dafür besteht aber keine sachliche Rechtfertigung.

Von der Frage des Umfangs, ist die Art der Ersatzleistung zu unterscheiden: Deshalb bedeutet die Berücksichtigung der hypothetischen Alternativanlage mE auch keine Abkehr vom realen Schadensbegriff und der damit verknüpften Naturalrestitution.⁶⁾ Nach zutreffender hM erleidet ein Anleger einen realen Schaden, indem er eine nicht seinen Vorstellungen entsprechende Anlage erwirbt.⁷⁾ Dies gilt auch dann, wenn die Alternativanlage ebenso stark (oder noch stärker) im Kurs fällt wie die tatsächlich erworbene. Die Naturalrestitution ist nach richtiger Ansicht allerdings auf den Austausch des tatsächlich gekauften gegen das hypothetisch erworbene Anlageprodukt gerichtet,⁸⁾ womit der Anleger wiederum so gestellt wird, wie er bei ordnungsgemäßer Beratung stünde. Diese Ansicht mag vielleicht keine Naturalrestitution im technischen Sinn sein.⁹⁾ Sie bildet den Zustand des Geschädigten ohne rechtswidriges Verhalten aber so „natürlich“ wie möglich nach und ist daher mE der idR am besten geeignete Schadensausgleich. Alternativ dazu spricht mE aber auch nichts dagegen, dem Geschädigten das Wahlrecht¹⁰⁾ zu gewähren, anstatt der Übertragung der Anlage in natura deren (Kurs-)Wert in Geld zu fordern.¹¹⁾ Dessen ungeachtet kann der Geschädigte freilich wie in vorliegender E nach dem Verkauf der Anlage¹²⁾ die Differenz zwischen dem Verkaufserlös und dem Kurs der hypothetischen Alternativanlage in Geld fordern.

Zur Beweislast führt der OGH schließlich aus, dass der Geschädigte auch den hypothetischen Kausalverlauf bei richtiger Beratung zu behaupten und zu beweisen hat, um den Nachweis irgendeines Schadens zu erbringen. Das bedeutet iE, dass er vorbringen und beweisen muss, dass er bei richtiger Beratung anders (oder ausnahmsweise gar nicht) disponiert hätte. Der OGH setzt die Voraussetzungen an das Beweismaß allerdings herab: Der Anleger habe einen Schaden lediglich „plausibel“ zu machen, während der Schädiger daraufhin nachweisen könne, dass ein „anderer Verlauf jedenfalls wahrscheinlicher sei“. Das bedeutet, dass der Anleger seiner Beweislast bereits dadurch nachkommt, dass er plausibel darlegt, wie er bei richtiger Beratung disponiert hätte.¹³⁾ Aufgrund der schwierigen Beweislage des Anlegers muss daraufhin der Schädiger beweisen, dass bei richtiger Beratung ein ebenfalls verlustbringendes Geschäft getätigt

worden wäre.¹⁴⁾ Auf diese Art nähert sich der OGH der vielfach geforderten Beweislastumkehr¹⁵⁾ zugunsten des Anlegers, obwohl er diese ausdrücklich ablehnt, iE weitgehend an. Der OGH stellt damit in begrüßenswerter Weise klar, dass jede Klage ein (plausibles) Vorbringen zur Alternativentscheidung des Anlegers enthalten muss, ohne die Beweisforderungen an den Anleger dabei zu überspannen.

MMag. Martin Trenker

Zur pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung bei der Ausübung von Gestaltungsrechten des Stifters durch den Vertreter

DOI 10.1007/s00718-011-0003-z

§ 154 Abs 2 ABGB; PSG:

Sämtliche Gestaltungsrechte des Stifters können durch seinen gesetzlichen Vertreter ausgeübt werden.

In Angelegenheiten, die lediglich mittelbare Auswirkungen auf das Vermögen des Stifters mit sich bringen könnten, ist die Einholung der pflegschaftsbehördlichen Genehmigung nicht erforderlich. Die Umbestellung des Stiftungsvorstands brachte im vorliegenden Fall keinerlei wirtschaftliches Risiko mit sich, eine pflegschaftsgerichtliche Genehmigung war nicht einzuholen. [146]

OGH 28. 1. 2011, 6 Ob 240/10b, 6 Ob 241/10z (LG Wels 4. 8. 2010, 21 R 186/10t-69; 21 R 249/10g; 21 R 250/10d-75)

Das ErstG bestellte für den Betroffenen einen einstweiligen Sachwalter und übertrug diesem die Besorgung folgender dringender Angelegenheiten: „Verwaltung von Einkünften, Vermögen und Verbindlichkeiten, sowie sämtliche Stifterrechte der R W Privatstiftung.“ Dieser war bereits zuvor mit Beschluss vom 19. 4. 2010 zum Verfallenssachwalter bestellt worden.

Mit Beschluss vom 29. 6. 2010 wies das ErstG mehrere Anträge der Vertreter des Betroffenen ab.

Mit Beschluss vom 30. 6. 2010 verneinte das ErstG das Erfordernis einer pflegschaftsbehördlichen Genehmigung des Beschlusses des einstweiligen Sachwalters betreffend die Abberufung des im Firmenbuch eingetragenen Stiftungsvorstands, die Rücktrittserklärung des vorigen Stiftungsvorstands und die Bestellung von Stiftungsvorstandsmitgliedern.

Mit dem angefochtenen Beschluss I gab das RekursG einem Ablehnungsantrag des Betroffenen in Bezug auf einen vom RekursG bestellten Sachverständigen nicht statt, wies den Rek des Betroffenen gegen den Beschluss des ErstG zurück und ließ den ordentlichen Revrekurs nicht zu.

Mit dem gleichfalls angefochtenen Beschluss II wies das RekursG den Rekurs des Betroffenen gegen den Beschluss des ErstG vom 29. 6. 2010 zurück und ließ den ordentlichen Revrekurs nicht zu. Weiters wies es den Rekurs gegen den Beschluss des ErstG vom 30. 6. 2010 zurück, trug aber dem ErstG die Bestellung eines Kollisionskurators auf. Insoweit ließ es den ordentlichen Revrekurs mit der Begründung zu, der höchstgerichtlichen Judikatur sei nicht zu entnehmen, ob ein Kollisionskurator auch dann zu bestellen sei, wenn der Betroffene aufgrund seiner Behinderung des Gebrauchs der Vernunft gänzlich beraubt und deshalb geschäftsunfähig sei.

Die außerordentlichen Revrekurse des Betroffenen waren unzulässig.

sprochene Unterscheidung zwischen der Haftung auf das negative (Beratungsvertrag) und das positive (Vermögensverwaltungsvertrag) Interesse ist mE ohne Auswirkungen, zumal der Anleger in beiden Fällen so wie bei ordnungsgemäßer Beratung gestellt werden muss. Zur verfehlten Terminologie bereits Trenker, Umfang und Art des Ersatzanspruchs bei fehlerhafter Anlageberatung, wbl 2010, 618 f.

⁶⁾ So aber G. Graf, ecolex 2011, 391, 392.

⁷⁾ ZB OGH 6 Ob 103/08b, ÖBA 2009, 144 (P. Bydlinski); 7 Ob 253/97z, ÖBA 1999, 388 (Kletečka); G. Graf in Raschauer/Gruber, WAG 2007 (2010) § 38 Rz 103.

⁸⁾ Ebenso Koziol in FS Picker (2010) 523, 537 f.; P. Bydlinski, Haftung für fehlerhafte Anlageberatung: Schaden und Schadenersatz, ÖBA 2008, 159, 162; Wendehorst, Anlageberatung, Risikoaufklärung und Rechtswidrigkeitszusammenhang, ÖBA 2010, 562, 570.

⁹⁾ Ablehnend daher G. Graf, ecolex 2011, 391, 392 bei und in Fn 8.

¹⁰⁾ Bei Unmöglichkeit der Beschaffung der Alternativanlage wäre ohnehin notwendig, siehe Koziol in FS Picker (2010) 523, 537 f.

¹¹⁾ Ausf Trenker, Der Schaden bei Ansprüchen aus fehlerhafter Anlageberatung (2010) 29.

¹²⁾ Zur Möglichkeit des Geldersatz vor Verkauf der Anlage, Trenker, wbl 2010, 618, 619 ff.

¹³⁾ Man könnte diese Ausführungen mE als Beweis des ersten Anscheins zugunsten eines plausiblen, dem jeweiligen Risikoprofil entsprechenden Anlegerverhaltens deuten. Zur Vermutung „aufklärungsrichtigen Verhaltens“ vgl zB BGH XI ZR 214/92, NJW 1994, 512.

¹⁴⁾ Vgl auch die iE gleiche Beweislastverteilung bei Negativa: Der Kläger kann sich auf die bloße Behauptung des Nichtgeschehens einer Tatsache beschränken und der Beklagte müsste Gegenteiliges substantzieren (Rechberger in Rechberger, ZPO³ (2006) Vor § 266 Rz 11).

¹⁵⁾ Koziol in FS Picker (2010) 523, 539 ff.; P. Bydlinski, ÖBA 2008, 159, 167 f.; Steininger, ÖBA 2006, 60, 62 [Anm].